

Collection Savoir & Pratique

Petr MUZNY

*Professeur de droit aux Universités de Genève et de
Savoie Mont Blanc*

INTRODUCTION AU DROIT

5^{ème} édition

Pierre Manly Éditions

16 Un jour, deux prostituées vinrent se présenter devant le roi Salomon.
17 La première dit : « Que Sa Majesté veuille bien m'écouter. Moi et cette femme, nous habitons la même maison. J'ai mis au monde un fils, dans la maison, à un moment où elle était là. **18** Deux jours plus tard, elle aussi a mis au monde un fils. Nous vivons seules dans cette maison, il n'y a personne d'autre que nous deux. **19** Or cette nuit, le fils de cette femme est mort parce qu'elle s'était couchée sur lui. **20** Alors elle s'est levée au milieu de la nuit, et pendant que je dormais, elle a pris mon fils qui était à côté de moi et elle l'a couché dans son lit ; puis elle a placé son fils, qui était mort, à côté de moi. **21** Ce matin, quand je me suis levée pour allaiter mon fils, je l'ai trouvé mort ; je l'ai regardé attentivement à la lumière, et j'ai vu que ce n'était pas mon fils... »

22 A ce moment, l'autre femme s'écria : « Ce n'est pas vrai ! C'est mon fils qui est vivant et c'est le tien qui est mort ! » Mais la première reprit : « Non ! C'est ton fils qui est mort et le mien qui est vivant ! » C'est ainsi qu'elles se disputaient devant le roi. **23** Salomon prit la parole et déclara : « L'une d'entre vous dit : «L'enfant qui est vivant, c'est mon fils, et c'est ton fils qui est mort !» L'autre répond : «Non ! C'est ton fils qui est mort et c'est le mien qui est vivant !» **24** Eh bien ! voici ce que j'ordonne : «Qu'on m'apporte une épée.» » Dès qu'on l'eut apportée, **25** le roi ajouta : « Coupez l'enfant vivant en deux et donnez-en la moitié à chacune des femmes ! »

26 La mère de l'enfant vivant, poussée par son profond amour pour son fils, s'écria : « Majesté, qu'on donne plutôt l'enfant vivant à cette femme, mais surtout qu'on ne le fasse pas mourir ! » Quant à l'autre femme, elle disait : « Coupez l'enfant en deux ; de cette manière il ne sera ni à moi, ni à elle. » **27** Alors le roi déclara : « Ne tuez pas l'enfant ; remettez-le à la première des deux femmes, car c'est elle qui est la mère de l'enfant vivant ! »

28 Tous les Israélites apprirent comment Salomon avait rendu la justice à cette occasion, et ils furent remplis d'un profond respect envers le roi. En effet ils avaient compris que Dieu lui-même l'avait rempli de sagesse pour rendre la justice.

*1^{er} Livre des Rois, Chapitre 3, versets 16-28,
Bible en français courant*

Le code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes des paragraphes 2 et 3 de l'article L122-5, d'une part, que les "copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, sous réserve du nom de l'auteur et de la source, que "les analyses et les courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information", toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans consentement de l'auteur ou de ses ayants droit, est illicite (art; L122-4).

Toute représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, notamment par téléchargement ou sortie imprimante, constituera donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L 335-2 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

IBAN 978-2-9540296-3-4

© Pierre MANLY éd.s. – 2017

5^{ème} édition

pierremanly@gmail.com

PLAN GÉNÉRAL

1. AVANT-PROPOS

2. BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

3. TABLE DES MATIÈRES

4. LEÇONS

5. TEXTES ET SCHÉMAS

6. INDEX

1. AVANT-PROPOS

Réussir ses études de droit à l'Université

Mesdames, Mesdemoiselles, Messieurs,

Permettez-moi de vous souhaiter la bienvenue à ce cours d'introduction au droit.

Entamer des études de droit, c'est un peu comme se mettre à construire une maison : une maison dans laquelle vous pratiquerez tout au long de votre carrière professionnelle.

Une construction de qualité implique plusieurs conditions. Il vous faut savoir :

- sur quel terrain vous allez poser vos fondements (1);
- de quelle manière vous allez construire (2);
- avec quels matériaux vous allez bâtir (3);
- quel type de maison vous voulez édifier (4).

(1) Les fondements - Vous arrivez pour la plupart du Lycée, vous changez d'*Univers-cité*. Mais vous ne pouvez pas faire table rase du passé. Vous avez pris des habitudes – bonnes ou mauvaises – qui ne vous quitteront pas par enchantement.

Si vous aviez de bons résultats, que votre rédaction était simple, concise, structurée ; que votre lecture était fluide, perçante, méditée ; que votre raisonnement était logique, clair, convaincant ; alors votre sol sera sain, sans mauvaise surprise. Profitez-en pour continuer de le raffermir et de vous concentrer sur la qualité de la construction.

Si, en revanche, vos études ont jusqu'à présent été émaillées de difficultés ; que votre rédaction se rapproche du style Twitté et votre orthographe s'apparente à celle du mode SMS ; que votre lecture ressemble à un champ de bataille ; que votre raisonnement, vous ne le comprenez pas toujours vous-mêmes ; alors pensez à ce que fait le constructeur lorsqu'il tombe sur un gros rocher, de la molasse par exemple, au moment de creuser les fondements de la maison.

Il travaille encore plus, fournit plus d'efforts et d'énergie afin de percer des pieux dans la pierre et assurer un beau fondement à son édifice. Il se sert de l'inconvénient comme d'un avantage.

Vous avez des soucis d'écritures ? Saisissez un Bescherelle et écrivez, écrivez, écrivez ! Vous avez des problèmes de lecture ? Prenez des livres, de préférence sans bande-dessinée, et lisez, lisez, lisez ! Vous avez des difficultés de raisonnement ? Référez-vous à la leçon 4 de la 2^{ème} Partie de ce livre et pratiquez, pratiquez, pratiquez le syllogisme et la pesée des intérêts ! Rien de grand dans le monde ne s'est fait sans **efforts**.

(2) L'organisation - Jusqu'à présent, le monde scolaire vous a choyé. Vous obéissiez à un agenda de cours bien rempli, des devoirs bien précis à faire et un objectif unique : obtenir le bac. Votre autonomie était donc bien encadrée. La manière de travailler vous était dictée. Vous étiez un bon ouvrier.

Arrivés à la Fac, vous avez atteint la majorité. On vous traitera donc comme des adultes ou plutôt comme des chefs d'entreprise, votre entreprise.

À cet égard, vous êtes libres d'assister aux cours magistraux. C'est votre choix. Vous avez votre premier revenu, grâce à la bourse ou à un travail à mi-temps. Les activités sociales, culturelles, festives vous tendent les bras. Et vos "devoirs" en

travaux dirigés ? Vous êtes libres là aussi de vous satisfaire du strict minimum, puisqu'au milieu d'un groupe d'environ cinquante condisciples, vous pouvez vous faire tout petit.

Bref, vous avez une large liberté dans le choix de votre emploi du temps et la manière de construire votre maison. C'est cela ce qui rend la vie d'étudiant grisante. Profitez-en, sans oublier que la liberté conduit à l'échec lorsqu'elle n'est pas encadrée. En revanche, la liberté devient un avantage indéniable lorsqu'elle est bien utilisée.

Aussi, assistez aux cours (sauf lorsque votre enseignant se borne à lire son cours) en vous donnant la peine d'écouter attentivement le contenu de la matière. Prenez des notes précises, même quand l'enseignant ne dicte pas. Ne laissez pas vos notes en jachère. Chaque soir après les cours, relisez-les et mettez-les au propre. Approfondissez des points d'explication qui vous semblent peu clairs et/ou intéressants. La bibliothèque de la Fac de droit devrait rapidement devenir votre second foyer. N'hésitez pas à interroger l'enseignant ou le chargé de TD sur un aspect que vous n'avez pas bien compris. Discutez-en avec d'autres étudiants. Vous avez du temps de libre. Servez-vous en. C'est en dehors des bancs de l'amphi que commence le véritable travail universitaire

La différence entre l'adolescent et l'adulte, le lycéen et l'étudiant ? C'est que le premier reçoit la discipline alors que le second s'**autodiscipline**.

(3) Le matériel – Que faut-il acquérir comme matériel pour construire une belle carrière professionnelle ?

Le matériel de la réussite ne dépend pas du nombre de codes de droit rouges ou bleus que l'on possède sur son étagère. Elle ne repose pas non plus sur la mémoire éléphanterque que l'on ferait valoir à l'examen en remplissant sa copie de règles ou de

formules juridiques prêtes-à-l'emploi, un peu comme un *bodybuilder* chercherait à gonfler artificiellement ses muscles avant un concours. En outre, elle n'est pas liée, contrairement à ce que croient beaucoup d'étudiants, à un style alambiqué qui se veut savant, avec lequel l'on pourrait impressionner son correcteur.

Il est vrai que de bonnes connaissances de la matière, une mémoire solide ou un style maîtrisé constituent des instruments nécessaires pour parvenir à ses fins. Mais ils ne sont pas suffisants. Quand bien même la pédagogie dans les Universités françaises valorise encore trop souvent la quantité au détriment de la qualité et que le système étatique préfère le brillant du concours au mat de l'expérience pratique, ce qui fait d'un individu un bon juriste, c'est ce que Paul Ricoeur appelait la « sagesse pratique » : l'alliance de la technique et du cœur.

Au-delà de la maîtrise des connaissances juridiques, le bon juriste est celui qui sait faire preuve d'écoute et de mesure en s'efforçant d'être attentif au sens de la Justice, et cela au quotidien, dans les petites choses comme dans les grandes. Ses qualités de juriste dépendent tout autant de ses capacités que de sa personnalité.

Aussi, pour être un bon juriste, il vous faut devenir un observateur attentif de la vie sociale, à tous les niveaux de la société, dont vous saurez tirer expérience chaque jour.

A cet égard, il vous faudra faire preuve d'humilité en étant prêts à vous remettre continuellement en cause, car le bon juriste est bien conscient qu'il peut à tout moment se tromper dans ses décisions.

Apprenez donc à être des *juris-prudents*, comme disaient les romains, la prudence étant synonyme de **sagesse** dans le langage du passé.

(4) L'objectif – Les navigateurs savent que sans un cap à tenir, ils risquent de partir à la dérive. Avoir un but, permet aussi de ne pas se décourager dans des moments plus orageux de vos études. Aussi, demandez-vous régulièrement quel est votre cap à vous.

Autrement dit, interrogez-vous sur le « pourquoi » de vos études de droit. Pourquoi êtes-vous assis sur le banc en train de prendre des notes ? Pourquoi faites-vous ce travail dirigé ? Pourquoi préparez-vous les examens ?

L'erreur de nombreux étudiants est de croire que la seule finalité de leurs études est l'obtention du diplôme. Ils envisagent donc leur apprentissage en fonction de ce seul objectif. Ce faisant, ils passent à côté de l'essentiel : l'objectif premier est la préparation à la vie professionnelle. En fonction du but, la démarche est différente. L'étudiant focalisé sur la seule réussite à l'examen possédera une vue à court terme. Il aura tendance à bachoter avant l'épreuve en se concentrant uniquement sur la connaissance à « exhiber » dans sa présentation. Cette connaissance, il l'oubliera aussi vite qu'il l'avait apprise*. L'étudiant fixé sur sa préparation à la vie professionnelle aura une vue à long terme. Il aura quant à lui le désir d'acquérir cette connaissance en vue de la pratiquer. Il voudra donc, avant tout, comprendre les principes qui

* A la décharge de l'étudiant, c'est pour beaucoup le système des examens en France qui pousse à ce type de pratique. Le fait d'interdire à l'étudiant de se présenter à l'examen avec ses notes de cours et/ou ses références et recherches personnelles l'oblige à mobiliser la plus grande partie de son énergie pour la mémorisation de la matière au détriment de la réflexion. Partant, les conditions d'examen ne le préparent pas toujours correctement aux conditions de travail de sa future carrière professionnelle, sauf à croire qu'il travaillera entre quatre murs au seul bénéfice d'un stylo et d'une feuille.

soutendent cette connaissance afin de les utiliser dans son futur métier. Il construira des pans de compétences solides et durables. De plus, il sera mieux préparé pour faire face aux situations inattendues, celles qui ne correspondent pas aux règles mécaniquement apprises et qui sont le lot des juristes praticiens.

Avec cet objectif en tête, n'oubliez donc pas que la véritable maîtrise du droit passe par sa pratique régulière et répétée. Les longs mois d'interruption estivale seront peut-être pour vous l'occasion d'effectuer un stage, de consulter des ouvrages ou de suivre l'actualité. Ou alors pourrez-vous offrir quelques cours à des étudiants d'un niveau inférieur.

Au demeurant, gardez présents à l'esprit que, contrairement à l'opinion de nombreux juristes et autorités politiques qui pensent pouvoir réguler la société dans ses moindres interstices, le droit « est infiniment plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes », selon la célèbre formule du doyen Carbonnier. En d'autres termes, la maîtrise du droit passe, en premier lieu, par l'observation et la compréhension du fonctionnement de la société dont les rouages sont bien plus nombreux que le droit ne peut envisager de régler.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, cela signifie que vous devez sortir régulièrement la tête du droit pour mieux comprendre le droit, un peu comme le poisson qui saisit sa véritable nature en se retrouvant un instant hors de l'eau. Pour sûr, les meilleurs juristes ont toujours été ceux qui ont su associer à leur science du droit la maîtrise d'autres matières sociales.

Mon conseil ? En même temps que vous pratiquez le droit, ouvrez-vous au monde, enrichissez-vous, découvrez d'autres horizons. Vous aimez la musique, la technologie, la spiritualité, le sport, le théâtre, l'architecture, etc. ; alors cultivez cette

curiosité. Puis, *rapportez* vos trésors de connaissance au monde du droit. L'intelligence se construit par les mises en rapport !

Efforts, discipline, sagesse, curiosité : voici autant de qualités essentielles qui vous permettront de réussir dans vos études et vous suivront comme des guides sûrs tout au long de votre vie professionnelle.

Aussi, d'ores et déjà, je vous souhaite toute la réussite que vous méritez dans cette étape importante de votre vie. Et pour vous récompenser d'avoir lu jusqu'au bout cette préface, je vais partager avec vous un petit secret. Mes collègues et moi souhaitons que vous passiez tous vos examens avec succès. Non, il n'y a pas de *numerus clausus* à l'Université. Ceux qui répandent de tels bruits sont déconnectés de la réalité. En vérité, le budget d'une faculté dépend du nombre d'étudiants inscrits. Plus ils sont nombreux et plus leur budget est important. Plus élevé est le taux de réussite et mieux les facultés sont classées. Plus il y a de succès et meilleur sera le sentiment de l'enseignant qui aura l'agréable sentiment d'avoir été compris. Nous avons donc tout intérêt à ce que vous réussissiez. La balle est maintenant dans votre camp...

Comment l'ouvrage est conçu

Ce livre est conçu comme un support de cours et d'exercices. Pour des raisons de simplicité, il n'est pas divisé de manière classique en titres et sous-titres, mais en 16 leçons classées en trois parties : l'état, l'expression et la justification du droit. Chacune de ces leçons, permettant de faire le tour des sujets principaux du droit, ne devrait pas dépasser une heure de travail en cours.

Chaque leçon est organisée en quatre parties : A), B), C) et D). Il y a, premièrement, la bibliographie qui comprend les références principales relatives au sujet abordé. Cette bibliographie n'est pas exhaustive, mais elle comporte les principaux ouvrages vous permettant de compléter et d'approfondir la matière présentée dans ce cours. Internet jouant un rôle de plus en plus prégnant dans la diffusion de la connaissance scientifique, la bibliographie intègre également des références à des sites Internet utiles.

Deuxièmement, la leçon comprend un cours portant sur le sujet traité. A l'instar de la bibliographie, il ne s'agit pas d'un cours qui se veut exhaustif, mais qui a pour objectif de vous apporter les éléments fondamentaux de connaissance afin de mieux comprendre la matière du cours qui sera dispensé à la Faculté. N'hésitez donc pas à faire des recherches pour approfondir ces différents points.

Troisièmement, la leçon comporte des citations qui se rapportent au sujet traité. Ces citations peuvent être tantôt légales, tantôt jurisprudentielles ou encore doctrinales.

Quatrièmement, la leçon se conclut par un exercice. C'est la partie la plus importante puisqu'elle vous permet de devenir acteur à part entière de la leçon. C'est lors de cet exercice que

vous allez pouvoir pratiquer ce que vous avez appris et vérifier quels sont vos points forts et quelles lacunes vous devez combler. La correction de l'exercice se fera en cours.

Enfin, permettez-moi une courte explication sur le titre de ce livre. L'ouvrage s'intitule « Introduction au droit ». Il aurait aussi très bien pu s'intituler « Introduction au droit français » ou « Introduction au droit romano-germanique », car l'essentiel de son contenu porte sur le droit français d'origine romano-germanique. Toutefois, il m'a semblé préférable de laisser le qualificatif de côté, parce que, primo, l'ouvrage débute par une définition générale du droit, secundo, dans les prochaines éditions, je prévois de recourir à des exemples plus fournis de droit comparé. Aussi, afin d'éviter d'avoir à changer le titre lors de la réédition, j'ai choisi à dessein un intitulé plus général.

2. BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

a. Ouvrages généraux :

- Bernard Beignier & Corinne Bléry, *Introduction au droit*, Lexis Nexis, 5^{ème} édition, Paris, 2016, 964p.
- Jean-Pierre Boillod, *Manuel de droit*, Slatkine, 16^{ème} édition, Genève, 2013, 435p.
- Rémy Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Cours Dalloz, 12^{ème} édition, Paris, 2017, 270p.
- Jean Carbonnier, *Introduction à l'étude du droit et au droit civil*, PUF, collection Thémis, Paris, régulièrement réédité depuis 1955, dernière édition 2004, 800p.
- Pascale Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^{ème} édition, Paris, 2015, 366p.
- Michel Miaille, *Introduction critique au droit*, François Maspéro, Paris, 1980, 383p.
- Frédéric-Jérôme Pansier, *Méthodologie du droit*, Lexis-Nexis, Litec, 7^{ème} édition, Paris, 2016, 518p.
- Donald Poirier, Anne-Françoise Debruche, *Introduction générale à la Common Law*, Yvon Blais inc., Bruylant 3^{ème} édition, Québec, Bruxelles, 2005, 786p.
- Yves Le Roy & Marie-Bernadette Schoenenberger, *Introduction générale au droit suisse*, Bruylant, LGDJ,

Schultess, Bruxelles, Paris, Zürich, Bâle, Genève, 2015, 4^{ème} édition, 660p.

- Alain Sériaux, *Le droit, une introduction*, Ellipses, Paris, 1997, 335p.
- Patricia Vannier, *Fiches d'introduction au droit*, Ellipses, 3^{ème} édition, Paris, 2015. 287p.

Pour ce qui est de la définition des termes juridique, les étudiants sont invités à se référer aux ouvrages suivants

- Sébastien Bissardon, *Guide du langage juridique : vocabulaire, pièges et difficultés*, Lexis Nexis, Litec, Paris, 2013, 4^{ème} édition, 611p.
- Association Henri Capitant (Ss. la dir. de Gérard Cornu), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2007, 8^{ème} édition, 986 p.
- Pierre Lerat, *Vocabulaire du juriste débutant*, Ellipses, Paris, 2007, 8^{ème} édition, 256p.

b. Ouvrages spécialisés :

- C. Atias, *Devenir juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, Paris, 2014, 2^{ème} édition, 181p.
- N. Rouland, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, Paris, 1991, 318p.

- R. Sève et F. Terré (Dir.), *Vocabulaire fondamental du droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, Tome 35, Paris, 1990.
- M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 2001, 339p.

c. Sites Internet d'informations juridiques :

- <http://www.dictionnaire-juridique.com>
- <http://www.droit.org>
- <http://fr.jurispedia.org/index.php/Accueil>
- <http://www.legicite.com>
- <http://www.legifrance.gouv.fr>
- <http://www.lexinter.net>
- <http://www.vie-publique.fr>

3. TABLE DES MATIÈRES

PLAN GÉNÉRAL	6
1. AVANT-PROPOS.....	7
2. BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE	17
3. TABLE DES MATIÈRES.....	20
4. LEÇONS.....	25
INTRODUCTION	25
Leçon 1 : Le phénomène du droit : un caméléon	25
A) Bibliographie.....	25
B) Cours	26
C) Citations	34
D) Exercices	41
Leçon 2 : Une définition première du droit : un mètre social.....	43
A) Bibliographie.....	43
B) Cours	44
C) Citations	51
D) Exercices	53
1 ^{ère} PARTIE : L'état du droit.....	54
Leçon 1 : Le cadre du droit : un pré si peu carré.....	55
A) Bibliographie.....	55

B) Cours	56
C) Citations	62
D) Exercices	63
Leçon 2 : L'objet du droit : un instrument de mesure sociale	71
A) Bibliographie.....	71
B) Cours	72
C) Citations	82
D) Exercices	85
Leçon 3 : Les sources du droit : un cocktail explosif	87
A) Bibliographie.....	87
B) Cours	88
C) Citations	96
D) Exercices	97
Leçon 4 : Le destinataire du droit : un "ami qui vous veut du bien"	101
A) Bibliographie.....	101
B) Cours	102
C) Citations	113
D) Exercices	114
Leçon 5 : Les destinataires du droit : nous, créatures juridiques du Dr État	119
A) Bibliographie.....	119
B) Cours	121

C) Citations	131
D) Exercices	141
2 ^{ème} PARTIE : L'expression du droit	156
Leçon 1 : Les actes juridiques formels: du réseau routier à la pyramide	157
A) Bibliographie.....	157
B) Cours	158
C) Citations	174
D) Exercices	180
Leçon 2 : Les actes juridiques informels : les sources souterraines d'inspiration du droit.....	193
A) Bibliographie.....	193
B) Cours	194
C) Citations	206
D) Exercices	210
Leçon 3 : La Jurisprudence : « je m'exprime, donc je suis »	215
A) Bibliographie.....	215
B) Cours	216
C) Citations	223
D) Exercices	227
Leçon 4 : Le raisonnement juridique : la balance et le glaive	231
A) Bibliographie.....	231

B)	Cours	232
C)	Citations	246
D)	Exercices	248
Leçon 5 : Les acteurs de l'ordre juridictionnel : des fourmis dans une fourmilière.....		259
A)	Bibliographie.....	259
B)	Cours	261
C)	Citations	277
D)	Exercices	282
3 ^{ème}	PARTIE : La justification du droit.....	286
Leçon 1 : Les preuves en droit : « La vérité oui, mais pas à n'importe quel prix ! ».....		287
A)	Bibliographie.....	287
C)	Cours	288
C)	Citations	298
D)	Exercices	299
Leçon 2 : Les fondements légitimes du droit ? « Je donne ma langue au chat »		303
A)	Bibliographie.....	303
B)	Cours	304
C)	Citations	311
D)	Exercices	317
Leçon 3 : Les rapports entre le temps et le droit : un rendez-vous pas toujours à l'heure		319

A)	Bibliographie.....	319
B)	Cours	320
C)	Citations	330
D)	Exercices	333
Leçon 4 : Le positionnement du droit français dans l'espace : Au-delà de mon bourillon		
A)	Bibliographie.....	335
B)	Cours	336
C)	Citations	345
D)	Exercices	347
CONCLUSION DU LIVRE : LE DROIT ET LE NON- DROIT		
5.	TEXTES ET SCHÉMAS	353
	Doc. 1 :	353
	Constitution française du 4 octobre 1958 (à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008).....	353
	Doc. 2 :	383
	Schéma de la procédure législative en France.....	383
6.	INDEX.....	387

4. LEÇONS

INTRODUCTION

Leçon 1: Le phénomène du droit: un caméléon

A) Bibliographie

- J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} éd. Paris, 2001.
- J-C. Ricci, *Introduction à l'étude du droit*, Hachette Supérieur, 3^{ème} édition, Paris, 2007, p.7-10.
- J-F. Perrin, « Règle », in *Vocabulaire fondamental du droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, Tome 35, Paris, 1990, p.245-256.
- R. Sève et F. Terré, « droit », in *Vocabulaire fondamental du droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, Tome 35, Paris, 1990, p.43-47.
- M. Virally, « Le phénomène juridique », *Revue de droit public*, 1966, p.5-66.

B) Cours

Assis sur les bancs de l'amphithéâtre, vous vous attendez à bon droit qu'on vous explique d'emblée ce qui va occuper vos pensées durant les trois - voire plus, ou peut-être moins - prochaines années, à savoir « le droit ». C'est légitime. Avant d'acheter, il faut essayer. "Satisfait ou remboursé", ne voit-on pas fleurir l'invitation à tout bout de champ ? Alors essayons de satisfaire à votre demande.

Personnellement, plutôt que de définir une notion de manière abstraite, je préfère tout d'abord vous mettre en situation. C'est plus ludique et, surtout, plus efficace.

« Mettez des lunettes 3D pour voir le droit ! »

Regardez le premier exercice ci-après, dans la partie D) « Exercices ».

Si ce matin-là, vous passez quelques minutes après que l'accident est survenu, sur quoi allez-vous focaliser votre esprit ?

En tant que jeune bachelier, néophyte du droit, votre réaction sera somme toute similaire à celle de nombreux passants. Vous serez curieux de savoir ce qui s'est passé. Peut-être voudrez-vous connaître l'état de santé de l'accidenté en espérant que ce n'est pas trop grave. Vous penserez sans doute aussi à vous-mêmes en vous disant que vous l'avez échappé belle.

Mais un juriste, un familier du droit, ne verra pas les choses de la même manière. Au-delà de sa curiosité et de ses sentiments, sa réflexion se portera sur les liens entre cet accident - qu'il qualifiera

de « fait juridique » en distinction par rapport à « l'acte juridique »² - et le droit. En quoi le droit intervient-il ici ?

Et ces liens sont fort nombreux.

Il y a pêle-mêle tout d'abord la question de savoir ce qui s'est réellement passé ; la détermination des faits, des personnes impliquées, les preuves à apporter (droit procédural).

Il faut aussi choisir parmi les règles de responsabilité applicables. Sommes-nous en droit public, en droit privé ou en droit pénal ? Et s'il s'agit de droit privé, quelle disposition juridique s'applique-t-elle ? (droit de la responsabilité civile).

Les assurances vont-elles intervenir et à quelles conditions ? (droit des assurances)

M. Padbol partait-il au travail. Si oui, s'agit-il d'un accident du travail ? (droit du travail)

Il sera immobilisé plusieurs mois. Qui va prendre en charge ses absences, ses soins ? (droit de la sécurité sociale)

Le conducteur a-t-il commis un délit ? (droit pénal)

Pourrait-il se voir retirer le permis ? (droit administratif)

La victime est de nationalité suisse. L'accident est survenu en France. Le conducteur est étranger, de nationalité allemande. Il prétend que son système de navigation GPS l'a trompé en lui indiquant la mauvaise voie à suivre. Ce système a été fabriqué en Chine par des ingénieurs russes. Les cartes téléchargées

² La distinction entre acte et fait juridiques est importante en droit civil français, surtout au niveau du type de preuve requis pour convaincre le juge de la réalité de ce que l'on veut démontrer. L'acte juridique est une manifestation de volonté destinée à produire certains effets de droit, tandis que le fait juridique est un événement/action qui produit des effets juridiques non voulus. Sur la preuve, voir la leçon 1 de la 3^{ème} partie.

proviennent quant à elles d'une société américaine se servant d'images transmises par un satellite appartenant à un consortium européen. Comment cet aspect d'extériorité est-il applicable ? (droit international privé)

Se pose également la question de la compétence juridictionnelle, autrement dit, du tribunal susceptible d'être saisi en cas de litige. (droit procédural)

M. Padbol obtient un dédommagement pécuniaire et moral conséquent. Qui en bénéficiera ? Lui seul ? Son épouse également ? Sa fidèle maîtresse depuis de nombreuses années pourrait-elle y prétendre aussi ? (droit des régimes matrimoniaux et droit civil), etc.

Le juriste arrête là son imagination, submergé par toutes ces questions et bien d'autres. Il passe son chemin, bien conscient qu'il n'a fait qu'effleurer les questions que le droit devra se poser dans ce cas et auxquelles il devra répondre.

Le juriste conçoit donc le droit comme une vision de règles applicables à la vie en société : des règles du jeu qui ordonnent les actions en fonction de ce qui doit et/ou de ce qui peut être fait. Un peu à l'image des règles du jeu d'un Monopoly par exemple, les êtres humains (pions) mus par leur volonté (le sort du dé : faits/actes) atteignent des cases (situations de la vie courante) qui sont régies par des droits et des devoirs : tantôt la possibilité d'acheter un immeuble, tantôt l'obligation d'aller en prison.

Un droit multidimensionnel

Et encore, tout dépend de la profession de ce juriste. Le droit ne se donne pas à voir de la même manière suivant que l'on est magistrat, avocat, enseignant-chercheur ou juriste d'entreprise. L'avocat se demandera sans doute comment appliquer ces règles au mieux des intérêts de son futur client. Le magistrat s'interrogera en cas de litige sur le départage le plus équitable entre les parties

en présence. L'enseignant-chercheur réfléchira peut-être à la manière d'utiliser cet exemple dans son cours d'introduction au droit ou comment faire fonctionner au mieux les règles du jeu.

A travers ce cas, vous pouvez dorénavant mieux comprendre pourquoi il est difficile, voire erroné, de donner une seule et unique définition du droit, car la compréhension du droit dépend du point de vue où l'on se situe et de la manière dont il est mis en œuvre.

C'est en ce sens que le droit peut être comparé à un caméléon sous l'angle d'un non-juriste. D'une part, il se laisse difficilement appréhender à l'œil-nu, l'œil de l'ignorant, en cachant bien son jeu. D'autre part, il choisit ses moments pour apparaître et la manière avec laquelle il apparaît. Ici, il se révèle lorsque les choses tournent mal.

C'est pourquoi, on entend parfois les juristes dire que le droit est pathologique, comme si, à l'instar d'un traitement médical, on faisait seulement appel à lui pour guérir d'une maladie.

Certes, le droit donne souvent l'impression de n'apparaître qu'en cas de disharmonie afin de réguler la vie en société. Personnellement, je me garderai bien toutefois d'une vision aussi sombre du droit, pour deux raisons.

Primo, si l'on reste dans la comparaison avec le médicament, il serait absurde de dire tant que la personne n'est pas malade, le médicament n'existe pas. Ou si l'on se réfère au Monopoly, personne ne remettra en cause le fait que les règles du jeu existent même lorsque l'on n'y joue pas. Combien de gens sont-ils passés avant et après M. Padbol sur la place Cornavin à Genève sans être victimes d'un accident ? Peut-on pourtant nier que pour ces personnes-là, le droit était tout aussi présent ? Au même titre que l'homme invisible, le droit existe donc en continu, même si c'est lors de ses apparitions que l'on prend conscience de sa présence. Secundo, en matière de santé, il vaut mieux prévenir que guérir. C'est d'ailleurs le principe fondamental de la médecine

traditionnelle chinoise qui tend aussi à se développer dans notre médecine occidentale.

Nier le caractère préventif du droit, reviendrait donc à lui ôter une partie essentielle de sa fonction et à se méprendre sur sa véritable nature. J'illustre mes propos. Combien de gens choisissent-ils de ne pas divorcer à la lumière des conséquences juridiques induites par un tel choix, le fait de devoir payer une pension alimentaire élevée, de devoir revendre la maison familiale, etc. ? Et pourtant, oserait-on croire que le droit ne s'applique qu'à partir du moment où le conjoint dépose une demande de divorce ?

Il y a quelque temps, j'ai été contacté pour donner un avis de droit sur un dossier d'une association à but non-lucratif qui s'était vu refuser la distribution d'imprimés sur la voie publique par le conseil municipal de la ville. Le dossier a été transmis au juge. L'association attendait une décision. Je lui avais cependant conseillé de rencontrer au préalable les responsables de la ville afin de venir s'expliquer. La réunion a eu lieu. Les autorités de la ville ont compris la démarche de l'association. Ils ont été rassurés par la manière dont cela se déroulait et ont compris que le droit donnait raison à l'association. Les parties ont décidé de mettre fin à la procédure contentieuse. Question : aurait-on été en présence du droit seulement en cas de jugement, en cas de situation conflictuelle, pathologique ? À l'évidence, non ! Le droit a également une fonction préventive de régulation sociale. C'est le caractère invisible du droit, qui n'est pas moins important.

Gardez-donc présent à l'esprit que ce n'est pas le droit qui est « infiniment plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes », mais la vision que s'en fait la doctrine – les opinions des experts universitaires -. En réalité, le droit est bien plus présent dans notre vie que l'on peut en avoir l'impression. Simplement, il se fait discret et ne se donne à voir que dans certaines circonstances limitées. Les règles du jeu se révèlent au moment de jouer, mais elles préexistent le jeu et les conflits survenus lors du

jeu. En tant qu'étudiants, vous n'abordez qu'une petite parcelle de l'application du droit dans la société. La suite viendra à travers votre expérience pratique.

Attention aux visions réductrices du droit

Le droit n'est pas non plus tel que le donnent à voir les médias, celui des **tribunaux, des prétoires, des avocats en robe et du code**.

Vous vous apercevrez avec le temps, que c'est une vision très réductrice du droit. En réalité, le droit se joue pour beaucoup en dehors de ces clichés, ou pour le dire avec un jeu de mots, le droit se joue en dehors du droit.

En fait, les **tribunaux** ne traitent qu'une infime partie des affaires juridiques. Pour qu'un tribunal puisse s'occuper d'une affaire, il doit être saisi. Or, si les personnes ne forment pas de recours devant le juge, ce dernier ne peut se saisir de sa propre initiative. Beaucoup d'affaires pourtant juridiquement intéressantes ne naissent jamais parce que la personne décide de ne pas aller devant le juge. Pourquoi ? Les raisons sont multiples. Elle ne sait pas comment s'y prendre. Elle peut avoir peur de perdre. Elle ne veut pas dépenser de l'argent. Elle n'a pas le temps. Elle parvient à résoudre l'affaire à l'amiable. Elle a peur de dévoiler ses problèmes personnels au public. Il ne faut pas s'en attrister.

Même lorsque l'affaire parvient devant le juge, elle se règle la plupart du temps par écrit seulement, au moyen d'un dossier, c'est-à-dire une chemise cartonnée enveloppée par des élastiques contenant une requête ou des conclusions et accompagné de pièces appelées aussi productions. Rares sont les procédures impliquant une phase orale, nommée audience qui se tient dans la salle d'audience ou encore le **prétoire**. Peu de plaidoiries donc, et encore moins de rhétorique ou d'effets de manche susceptibles d'emporter la conviction du juge. La qualité de la demande est jugée sur pièces.

Même si les JT de 20h dans lesquels n'apparaissent pas les images d'un **avocat en robe** noire sont rares, la réalité du droit est bien différente. Seuls les recours devant le Tribunal de Grande Instance, le juge aux Affaires Familiales (JAF), les affaires criminelles impliquant un juge des Libertés et de la Détention (JLD), les Tribunaux pour enfants, les juridictions d'appel et de cassation impliquent le recours à un avocat. En dehors de ces cas limités, les gens peuvent agir seuls. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il faudrait se passer de l'avocat. Malheureusement, encore trop de gens souvent pour des raisons d'économies mal placées ne s'adressent pas à l'avocat dès le début de leurs problèmes. Ils le paient cher par la suite. En outre, les avocats ne sont pas les seuls représentants du droit. Combien de professions juridiques connaissez-vous ?

Avez-vous acquis un **Code** civil ? Couleur rouge ou bleue ? Ils en font même aujourd'hui avec des couvertures design. Ces codes sont très pratiques. Ils sont une compilation des lois dans une matière juridique donnée et ordonnés par articles. Code civil, pénal, de commerce. Selon vous, combien en existe-il ? Il vous faudra vite apprendre à vous familiariser avec ces codes ; leur ordonnancement, les articles, les appendices, etc. Ce serait toutefois se méprendre de croire que le droit s'incarne dans ces codes. Comme nous le verrons un peu plus loin, non seulement le droit ne se réalise pas avec la loi générale et abstraite, mais avec les jugements, les décisions, les actes individuels, spécifiques et concrets³, mais en plus les lois sont souvent écartées au profit de la pratique, du bon sens et des intérêts extra-juridiques. Vous n'y croyez pas ? Nous verrons quelques cas un peu plus tard⁴. Si vous trépignez d'impatience, adressez-vous d'ores et déjà à un juriste expérimenté. Il se fera un plaisir de vous donner des exemples.

³ Voir 2^{ème} Partie, en particulier les leçons 1 et 3.

⁴ Voir 2^{ème} Partie, leçon 4.

Aussi, l'un des objectifs sera pour vous d'acquérir cette vision affinée du droit. Cela vous permettra 1) de discerner les implications du droit dans la société et de comprendre que le droit ne se limite pas à ses seules applications formelles enseignées à l'Université tels que la loi, la jurisprudence, le contrat, etc., 2) aborder le droit sous différents angles, celui de l'étudiant tout d'abord, mais aussi celui de l'avocat, de l'universitaire ou du policier.

Le droit est bien un caméléon.

■ *Éclairages, conseils et astuces*

- Vous avez le réflexe CCP « conflit », « contentieux », « procès » ? Je vous enjoins plutôt à cultiver l'habitude CCT « calme », « conciliation », « transaction ».
- L'expérience démontre qu'« il vaut mieux un mauvais arrangement, qu'un bon procès. » Je vous encourage donc vivement à chercher d'emblée la tentative de conciliation avant d'entamer un procès souvent long, coûteux et pas toujours effectif au bout du compte. Le procès, c'est comme le « Destop », il faut l'utiliser quand il n'y a vraiment pas d'autre alternative.

C) Citations

« On a peine à se rendre compte du nombre d'actes ou de faits juridiques survenant dans une existence, voire dans une seule journée de la vie d'un homme normal. Cette quotidienneté du droit montre à la fois combien cette discipline est immergée dans le tissu social et combien elle est indispensable. L'achat d'un paquet de café chez l'épicier, le poinçonnage d'un ticket d'autobus ou de métro, la circulation à pied ou à bord d'un véhicule, sur une voie publique, l'accomplissement d'une démarche pour le compte d'un ami empêché sont autant de comportements remarquablement banals, et pourtant ils sont susceptibles d'engendrer des conséquences juridiques. Si le paquet de café est avarié ou provoque une intoxication alimentaire, si le ticket n'est pas poinçonné ou si l'autobus a un accident, si le renseignement recueilli pour le compte d'un ami est erroné, etc., des conséquences juridiques s'ensuivront. »⁵

« Le droit lui-même consisterait en un type d'activité [...]. Or, nous autres, professeurs de droit, cherchons à dire ce qu'est le droit pour le praticien, à l'intérieur de son métier. C'est une absurdité logique de confondre ces deux points de vue. Autre chose est la description théorique du droit, autre la définition requise par les praticiens. »⁶

⁵ J-C. Ricci, *Introduction à l'étude du droit*, Hachette Supérieur, 3^{ème} édition, Paris, 2007, p.9.

⁶ M. Villey, « Une définition du droit », in *droit et Histoire*, Archives de philosophie du droit, Sirey, Tome 4, Paris, 1959, p.47.

INTRODUCTION

Dans les suites d'un accident de la circulation routière avec intervention de la police ou de la gendarmerie plusieurs procédures peuvent être mises en œuvre simultanément :

- *la procédure pénale, à l'initiative du procureur de la république, qui a pour objet de sanctionner l'auteur d'une infraction.*
- *la procédure amiable obligatoire, à l'initiative de l'assureur du véhicule impliqué dans l'accident, qui a pour objet l'indemnisation transactionnelle.*
- *la procédure civile, à votre initiative, qui vous permet d'agir devant les juridictions civiles pour obtenir une indemnisation fixée par le juge.*

Le défaut de dépôt de plainte, l'absence de poursuites pénales à l'encontre de l'auteur de l'accident ou votre absence au procès pénal ne font pas obstacle à votre droit à indemnisation ; de même, en cas de refus de transiger avec l'assureur, vous pouvez, à tout moment, saisir le juge civil ou vous constituer partie civile lors du procès pénal pour obtenir votre indemnisation par le tribunal.

APRES L'ACCIDENT

Après l'accident de la route qui vous a causé un dommage corporel, les autorités de police ou de gendarmerie viennent sur le lieu de l'accident et établissent un procès-verbal d'enquête.

Il décrit les circonstances de l'accident à travers les constatations de ces autorités, les dépositions, les déclarations des témoins, les croquis et, le cas échéant, les photographies.

Le procès-verbal d'enquête permet de déterminer les responsabilités :

- la responsabilité pénale qui conduit à sanctionner l'auteur de l'infraction.
- la responsabilité civile qui oblige à indemniser la victime.

Dommage corporel : il s'agit d'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne.

Comment obtenir la communication du procès-verbal ?

En demandant une copie à l'assureur ou directement au procureur de la République. Dans son 1er courrier, l'assureur doit vous informer que vous pouvez obtenir gratuitement une copie sur simple demande.

Votre déposition

Elle doit faire état de votre version des faits mais aussi des conséquences de l'accident : matérielles et corporelles.

Au cours de votre audition, les autorités vous demanderont si vous souhaitez porter plainte. Si vous portez plainte, il n'y a pas de démarche complémentaire à faire.

Il est par ailleurs toujours possible de faire un complément de plainte.

Vous êtes conducteur

Votre responsabilité peut être engagée à l'égard des tiers même sans faute ; si vous êtes conducteur-victime, votre faute réduit voire supprime votre droit à indemnisation.

LA PROCEDURE PENALE

Le procès-verbal d'enquête est ainsi transmis :

- au procureur de la République qui décide des suites pénales à donner,
- aux assureurs des véhicules impliqués dans l'accident.

Vous êtes avisé de la décision du procureur de la république, il peut :

- classer sans suite et aucune poursuite ne sera engagée, mais c'est sans incidence sur votre droit à indemnisation car les autres procédures, amiable (assureur) et civile (juge) vous sont ouvertes.
- poursuivre l'auteur, et le jugement décidera de :

o la sanction (amende, peine d'emprisonnement, ...) pour condamner l'auteur d'une infraction (contravention ou délit). Cette décision sera prise, que vous interveniez ou non lors du procès pénal.

o l'indemnisation, si vous vous constituez partie civile. Cette constitution de partie civile peut se faire à tout moment, même le jour de l'audience.

Quel est l'intérêt de se constituer partie civile ?

Vous souhaitez être entendu ou préserver vos droits.

Vous êtes en désaccord avec l'assureur sur les responsabilités ou sur l'appréciation de vos préjudices matériels ou corporels.

La constitution de partie civile suppose une démarche

Soit avant le procès (en vous présentant au greffe du tribunal ou en envoyant une lettre recommandée avec accusé de réception à son président),

Soit le jour du procès, à l'audience (en vous présentant personnellement ou en étant représenté par un avocat).

PROCEDURE AMIABLE

Dans le même temps, l'assureur doit mettre en œuvre la procédure légale d'indemnisation à l'amiable si votre droit à indemnisation n'est pas contesté.

Qui a droit à indemnisation ?

Les passagers, piétons et cyclistes victimes, sauf s'ils ont recherché volontairement le dommage ou commis une faute inexcusable, cause exclusive de l'accident. Toutefois, cette faute ne peut être opposée à la victime si elle est âgée de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans ou encore si elle est atteinte d'une incapacité permanente ou d'une invalidité au moins égale à 80 %. Les conducteurs, sauf lorsqu'ils ont commis des fautes qui peuvent limiter voire exclure leur droit à indemnisation.

Comment se déroule l'indemnisation ?

L'assureur prend contact avec vous et vous demande des renseignements. Il joint une notice d'information à sa correspondance (notice d'information - Annexe art. A.211-11 du code des assurances).

L'assureur peut vous proposer une expertise médicale.

L'assureur peut vous verser une avance (provision) et doit vous faire une offre d'indemnisation dans les délais impartis par la loi.

Si vous acceptez l'offre transactionnelle, après éventuelle discussion, l'assureur vous indemnise.

Si vous refusez l'offre transactionnelle, vous devez alors réclamer l'indemnisation devant le tribunal.

L'expertise est une étape importante

L'offre d'indemnisation est soit définitive si votre état de santé est consolidé (c'est-à-dire non susceptible d'évolution) et que l'assureur en a été informé dans les trois mois suivant l'accident ; soit provisionnelle dans le cas contraire. Alors l'offre définitive vous sera présentée au plus tard cinq mois après que l'assureur aura été informé de votre consolidation.

LA PROCEDURE CIVILE

*À tout moment, vous pouvez saisir le tribunal civil :
pour obtenir en référé (procédure accélérée) la désignation d'un
médecin-expert et/ou le versement d'une provision,
ou pour l'indemnisation de vos dommages corporels et matériels,
- ou en cas de désaccord persistant sur l'appréciation de votre
droit à indemnisation, de votre préjudice, ou sur le montant de
l'offre.*

Compétence juridictionnelle

*>> Le tribunal d'instance (compétent pour les litiges de 4 000 à
10 000 €) ou le tribunal de grande instance (+ de 10 000 €) sont
compétents selon le montant de la réclamation.*

*Il s'agit du tribunal du lieu de l'accident ou du domicile du
responsable.*

*La représentation par avocat est obligatoire sauf devant le
tribunal d'instance.*

*Vous pouvez agir dans les 10 ans pour l'indemnisation de vos
dommages corporels et 5 ans pour vos dommages matériels.*

Précisions

*Quelle que soit la voie suivie pour l'indemnisation (pénale,
amiable, civile), il faut distinguer deux situations :*

*- le préjudice peut être évalué en fonction des éléments soumis :
l'indemnisation sera allouée par le juge ou proposée par
l'assureur ;*

*- au contraire, le préjudice ne peut être évalué, une expertise
médicale est nécessaire pour permettre l'évaluation médicale des
dommages.*

Expertise

*- L'expertise, qu'elle soit amiable ou judiciaire, servira de base à
l'indemnisation qui sera accordée.*

- L'évaluation de vos dommages corporels par un expert judiciaire ne fait pas obstacle à une indemnisation amiable.

L'expertise diligentée par le juge est dite « judiciaire » et suppose une avance sur frais (consignation).

L'expertise diligentée par l'assureur est amiable et prise en charge par lui.⁷

⁷ Information tirée du site : http://www.ffa-assurance.fr/sites/default/files/2014-01_depliant_sur_les_procedures.pdf

D) Exercices

Exercice n°1 : cas pratique

Monsieur Padbol à l'habitude de se rendre à son travail en vélo. Ce vendredi matin du premier mois de printemps, sur la place de l'étoile à Annemasse, il croise une voiture immatriculée en Belgique qui roule sur la voie réservée aux bus. C'est l'accident ! Sous la violence du choc, M. Padbol est projeté contre un autre véhicule dont il casse le pare-brise. Le vélo est détruit. La voiture est endommagée. Monsieur Padbol quittera l'hôpital après plusieurs semaines d'immobilisation. Il ne reprendra pas le travail avant 6 mois. Mais ses douleurs aux cervicales le poursuivront toute sa vie.

Questions :

- 1) Quel est le rapport entre cet évènement et le droit ?**
- 2) Est-ce que tous les juristes aborderont ce cas de la même manière ?**

Leçon 2 : Une définition première du droit : un mètre social

A) Bibliographie

- J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », in *Flexible droit*, LGDJ, 10^{ème} édition, Paris, 2001, p. 147.
- J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien, 4^{ème} édition, Paris, 2006, 389p.
- R. Legeais, *Grands systèmes contemporains. Approche comparative*, Litec LexisNexis, 2^{ème} édition, Paris, 2008, 494p.
- N. Rouland, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, Paris, 1991, p.12-76.

B) Cours

Heureux de pouvoir vous lancer dans les études de droit, vous allez, je l'espère, faire montre de curiosité en allant consulter les ouvrages intitulés « Introduction au droit ». Vous verrez que la définition du droit ne diffère pas beaucoup d'un ouvrage à l'autre. La plupart des professeurs vous diront à peu de choses près que le droit se définit comme « *l'ensemble des règles générales et abstraites indiquant ce qui doit être fait dans un cas donné, édictées ou reconnues par un organe officiel, régissant l'organisation et le déroulement des relations sociales et dont le respect est en principe assuré par des moyens de contrainte organisés par l'État.* »⁸

Je vous indique d'emblée que cette définition, même si elle est correcte à certains égards, en dit à la fois trop et trop peu.

Elle en dit trop peu, car elle est abstraite. Même si un étudiant la connaissait par cœur, cela ne l'aiderait pas à réussir ses études de droit. En soi, elle est inutile. En outre, elle n'aborde le droit que sous un seul angle ; celui de son étude. Or, comme nous l'avons déjà vu plus haut, il y a autant de « droit » qu'il y a d'acteurs. Le droit n'est pas perçu de la même manière par l'avocat qu'il l'est pas un professeur de droit ou par un étudiant en droit.

En même temps, elle en dit trop, car elle brosse une image du droit spécifique dans le temps et dans l'espace. C'est une description limitée dans le temps, car elle ne fait que décrire imparfaitement le droit tel que nous le connaissons depuis environ deux ou trois siècles. Le droit sous l'Ancien Régime, durant le Moyen-Âge, la période barbare ou celle de l'Empire romain ne correspond pas à cette définition.

⁸ Yves Le Roy & Marie-Bernadette Schoenenberger, *Introduction générale au droit suisse*, Bruylant, LGDJ, Schulless, Bruxelles, Paris, Zürich, Bâle, Genève, 2009, 2^{ème} édition, p.5.

C'est aussi une description limitée dans l'espace puisqu'elle se rapporte uniquement au droit d'un État démocratique dit « occidental », par opposition au droit « tribal », « théocratique », etc., que l'on retrouve ailleurs sur la planète. Et même si l'on devait rapporter cette définition au droit « occidental », il faudrait préciser « droit occidental romano-germanique », par opposition au droit anglo-saxon du « *common law* »⁹. Dans ce dernier, par exemple, le mode de production du droit relève en grande partie du juge qui est le principal créateur de règles de droit générales et abstraites.

Partant, cette définition ne porte que sur le droit moderne post-révolutionnaire dans les pays de tradition romano-germanique

On va donc partir d'un peu plus loin pour arriver, ensuite, à une définition un peu plus précise. Partir de plus loin, cela signifie regarder de manière universelle ce qui fait l'unité du droit quel que soit le temps et le lieu où l'on se trouve.

Arriver plus près, cela signifie caractériser plus précisément le droit occidental de tradition romano-germanique dans lequel nous vivons.

Les aspects universels du droit.

Pour déterminer à quelles conditions le droit existe, nous allons utiliser un raisonnement *a contrario* pour savoir à partir de quand le droit ne serait pas.

Premièrement, l'on peut s'accorder à dire que le droit n'existerait pas en l'absence d'humains. Le droit est une science de l'humanité. À cet égard, il faut préciser que la présence d'un seul humain ne suffirait pas non plus. Il en faudrait au minimum deux. Robinson Crusoé seul sur son île n'aurait pas besoin de droit. Mais avec l'arrivée de Vendredi, les choses changent. Il faut s'organiser et

⁹ Voir plus loin sur ces distinctions, la dernière leçon n°3, dans la 3^{ème} Partie.

départager leurs propres sphères d'action. Qui peut prendre ce lopin de terre ? Comment gérer le bois de chauffage ? Où se loger ? etc.

Ubi societas, ibi Jus ; les juristes ont-ils l'habitude de dire. Le droit est toujours apparu dans le cadre d'une société et plus précisément des rapports humains. L'existence du droit est une nécessité sociale.

Deuxièmement, le droit n'existerait pas s'il n'y avait pas de disharmonie possible ou d'incertitude sur le comportement à tenir. De Hammourabi en Babylone aux Républiques modernes, en passant par la loi mosaïque des Israélites ou la loi des XII tables des Romains, il s'est toujours agi d'assurer la subsistance de la société par la recherche du départage harmonieux entre les individus et la gestion de leurs relations. Même à l'ère de la perfection dans le jardin d'Éden, il y avait une loi, une seule d'ailleurs formant une ligne de conduite pour les humains vis-à-vis de Dieu : l'interdiction de ne pas manger du fruit de l'arbre de la connaissance du bon et du mauvais¹⁰. Si la manière de se comporter en société avait été en soi évidente sans possibilité d'empiètement d'une personne sur l'aire de l'autre, il n'y aurait pas eu besoin de départage. Or, tel n'est pas le cas. D'ailleurs, l'augmentation du nombre de lois n'est pas un bon signe. C'est que la société se complexifie et les situations potentielles ou avérées de conflit vont croissant.

Par sa fonction de délimitation le droit poursuit donc l'objectif d'ordre et de justice.

Troisièmement, le droit n'existerait pas s'il n'y avait pas d'instrument de régulation des rapports humains. Pour assurer le départage dans les relations humaines, il faut une référence, un modèle à suivre. Qu'elle soit écrite ou parlée, explicite ou

¹⁰ Livre de la Genèse, chapitre 2, versets 15 à 17.

implicite, impérative ou suggestive, l'existence du droit s'accompagne de la production d'une norme. Lorsqu'un membre de la famille décède, l'on détermine les parts de chacun dans la succession. Lorsque l'on veut déterminer si une commune peut être classée en état de catastrophe naturelle, il faut des critères de référence. Pour cela, il faut donc des normes de départage.

Le droit s'est en tout temps servi de normes de référence, de règles, pour assurer ce départage dans les rapports humains.

Quatrièmement, le droit n'existerait pas s'il n'y avait pas une autorité susceptible d'effectuer le départage, de l'appliquer et de le faire respecter. Dieu, chef de tribu, groupe de personnes, État etc., la nature de cette autorité est diverse dans le temps. Auto-proclamée, héritée, imposée, nommée ou élue, sa légitimité est également variable dans le temps. À notre époque, le fait que l'on accepte d'être soumis au jugement d'une personne (sa légitimité) provient surtout de son impartialité et indépendance. C'est l'un des principaux apports de la révolution française de 1789 : éviter l'arbitraire du monarque, car l'expérience humaine a démontré que l'on ne peut être à la fois juge et partie pour bien juger. Il faut donc que cette autorité soit une tierce personne et qu'elle ne reçoive pas ses ordres d'une autorité supérieure à laquelle elle serait soumise. Cela vous paraît-il évident ? En France, il a fallu attendre les années 2000 pour que, à la suite de plusieurs condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation¹¹ et le Conseil d'État¹², les deux juridictions suprêmes françaises,

¹¹ Cour de cassation, assemblée plénière, 22 décembre 2000, n° 99-11303 et 99-11615

¹² Conseil d'État, 6 décembre 2002, Trognon, n° 240028 ; Conseil d'État, section, 6 décembre 2002, Aïn Lhout, n° 221319. Selon ces arrêts, « la présidence du tribunal du contentieux de l'incapacité par le directeur régional des Affaires sanitaires et sociales ou son représentant, fonctionnaire soumis à une autorité hiérarchique, et ayant, du fait de ses fonctions administratives, des liens avec les organismes de sécurité

fassent progresser la situation en France. Toutefois, malgré tous les efforts accomplis en ce sens, il sera toujours difficile de garantir une pleine indépendance et impartialité des juges, ne serait-ce que parce que, primo, les juges sont humains, secundo, ils sont des fonctionnaires de l'État qui est parfois partie à un litige et tertio, rien n'empêche ces fonctionnaires de l'État de communiquer hors prétoire.

Ceci étant dit, retenons : le droit a toujours impliqué la présence d'une autorité légitimée qui dit le droit en jugeant.

Cinquièmement enfin, le droit n'existerait pas si nous ne disposions pas de la capacité à juger en fonction des normes de référence supérieures ; Justice, équité, intérêts personnels, ordre, etc. Pourquoi la loi attribuait-elle une plus large aux enfants légitimes, plutôt qu'aux enfants adultérins ? Pourquoi tel n'est aujourd'hui plus le cas ? Tout simplement, les valeurs qui inspirent la loi ont changé. Le droit poursuit des fins qui sont reflétés par des valeurs.

Quels que soient l'époque ou le lieu, les humains ont toujours puisé dans la capacité à effectuer des jugements en fonction de valeurs supérieures, la mise en œuvre du droit.

Juger, c'est mesurer en fonction d'une valeur supérieure.

Au même titre que la physique, la chimie ou les mathématiques, qui s'efforcent de mesurer la réalité physique en fonction de valeurs supérieures, le droit se sert également de références supérieures préétablies, des valeurs, afin de mesurer si le comportement en cause y correspond.

sociale, parties au litige » ainsi que « la désignation par cette autorité du médecin expert appartenant à ce tribunal et sa voix prépondérante en cas de partage », sont contraires aux exigences de l'article 6 (garanties du procès équitable) de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le droit a donc toujours servi d'instrument d'application de principes qui lui sont supérieurs. C'est pourquoi, il peut être qualifié de mètre ; un mètre social puisqu'il régit les comportements humains au sein d'une société.

D'ailleurs, pourquoi les humains ressentent-ils le besoin de faire appel à une autorité qui au moyen d'une norme va les départager si ce n'est parce qu'ils sont habités de ces principes et valeurs, tels que la justice ou l'ordre. Ajoutons, ce n'est pas parce que ces valeurs ou principes diffèrent d'un pays à l'autre que cela remet en cause leur valeur supérieure. Ces différences sont liées tout simplement aux divers contextes sociaux dans lequel vivent les individus.

Aussi, de notre point de vue – celui de la réflexion générale d'un professeur et/ou d'un étudiant – le droit peut se définir comme la **science de régulation des comportements humains par une autorité instituée, en fonction de principes supérieurs prônés dans une société donnée.**

Il y a donc ici cinq éléments constitutifs qui s'assemblent pour former le droit :

Un cadre : la société donnée.

Un instrument : la norme de départage.

Un objectif : les principes supérieurs.

Un émetteur : l'autorité instituée.

Un récepteur : les rapports humains.

Les aspects spécifiques du droit occidental romano-germanique

Partis de cette définition universelle, il nous faut maintenant l'affiner en l'appliquant à notre société francophone, celle du 21^{ème} siècle. Nous aborderons chacun de ces cinq points

individuellement dans les leçons qui suivent, au sein de la partie intitulée « L'état du droit » (1^{ère} Partie). S'ensuivra une deuxième partie « L'expression du droit » (2^{ème} Partie), qui précédera une dernière partie « La justification du droit » (3^{ème} Partie).

C) Citations

« C'est dire que la nature profonde du droit s'inscrit dans le rapport à autrui. Ce qui n'est pas étranger au fait dans l'univers juridique occidental, depuis Rome et jusqu'à une date non éloignée en France, l'être humain est plus habituellement envisagé non dans son humanité mais dans sa sociabilité, comme un personnage qui moule son action dans une forme fixe : le tuteur, le mineur, le créancier, le débiteur, le propriétaire, le locataire, etc. »¹³

« Les esquimaux y vivaient en groupes de quelques dizaines, le long d'une côte hostile. Tout conflit d'une certaine importance pouvait vite devenir un danger grave pour la communauté, d'où la nécessité de le résoudre pacifiquement. L'un des moyens souvent utilisés était les compétitions de chant. Devant la communauté rassemblée, les adversaires se livraient à ces duels. Chacun à leur tour, ils entonnaient des chants satiriques mettant en scène leur protagoniste. Par ses rires, l'assemblée les départageait et finissait par désigner un vainqueur. Celui-ci pouvait être la victime de l'acte précédemment commis par son rival plus habile dans la satire : peu importait, le conflit était considéré comme clos, et la réconciliation devait suivre. »¹⁴

Les sociétés traditionnelles ont-elles développé une façon de résoudre les conflits qui pourrait nous être utile ?
Oui, mais je pense aux conflits personnels – les sociétés traditionnelles n'hésitent pas à se faire la guerre entre elles. Aux États-Unis, en cas de divorce ou d'accident de voiture, par

¹³ J-L. Souriou, « En guise d'épilogue », in *droit et Morale* (dir. D. Bureau, France Drummond et D. Fenouillet), Dalloz, collection Thèmes et Commentaires, Paris, 2011, p.239.

¹⁴ N. Rouland, « Les modes juridiques de solution des conflits chez les Inuit », in *Études Inuit*, 3, 1979, p.80-102.

exemple, le système judiciaire ne cherche pas à réconcilier les protagonistes mais à savoir qui a raison et qui a tort. Résultat : dans mon pays, lorsque vous passez par la case justice, vous en sortez en général avec un sentiment de colère qui dure jusqu'à la fin de votre vie. En Nouvelle-Guinée, en revanche, tous les efforts visent à rétablir des relations normales entre les personnes concernées qui vont devoir de toute façon continuer de vivre dans le même village jusqu'à la fin de leur vie. Une telle « justice réparatrice », inspirée notamment des sociétés amérindiennes, est actuellement importée dans les pays occidentaux pour tenter de réconcilier des personnes divorcées et même des meurtriers avec les familles de leurs victimes. Il en résulte une chute des taux de récidive et les victimes ressentent moins de colère.¹⁵

¹⁵ J.Diamond, « Les sociétés traditionnelles m'ont appris l'art de la paranoïa constructive », Campus n°128, Université de Genève, mars 2017, p.38, téléchargeable également

D) Exercices

Exercice n°2 : question de réflexion

À partir du jugement de Salomon qui se trouve en préambule de ce livre, veuillez identifier et énoncer les cinq éléments universels du droit.

1^{ère} PARTIE : L'état du droit

Dans la leçon d'introduction, nous avons vu que le droit se caractérisait par cinq éléments constitutifs. Nous allons dans cette première partie aborder à tour de rôle ces cinq aspects afin d'avoir une image plus précise de ce qu'est le droit français, de son état.

Un cadre : une société donnée. (Leçon 1)

Un instrument : une norme de départage. (Leçon 2)

Un objectif : des valeurs supérieures. (Leçon 3)

Un émetteur : une autorité instituée. (Leçon 4)

Un récepteur : les personnes. (Leçon 5)

Leçon 1 : Le cadre du droit : un pré si peu carré

A) Bibliographie

D. Alland, *droit international public*, PUF, Collection « droit fondamental », 2000, 807p.

F. Monéger, *droit international privé*, LexisNexis, 7^{ème} édition, Paris, 2015, 285p.

M-L. Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle, *droit international privé*, LGDJ, 5^{ème} édition, Paris, 2015, 712p.

J-F. Aubert, *Petite histoire constitutionnelle de la Suisse*, Francke, 1974, 119p.

D. Simon, *Système juridique communautaire*, PUF, Collection « droit fondamental », 3^{ème} édition, 2001, 779p.

B) Cours

Le droit national applicable sur le territoire étatique

Depuis quelques temps, c'est la ruée sur les tabacs-journaux genevois. De nombreuses personnes à bord de véhicules immatriculés en Haute-Savoie, Savoie et Ain traversent la douane pour faire leurs achats en Suisse. Le coût de la vie serait-il dorénavant moins cher en territoire helvétique ? Certainement pas. La cause se trouve dans la récente légalisation du cannabis en Suisse¹⁶ ; substance qui demeure interdite en France.

« Vérité en deçà des Pyrénées, vérité au-delà », Blaise Pascal ne s'y était pas trompé. A chaque territoire sa propre version du droit.

En effet, depuis la naissance de l'État, le droit s'applique sur son territoire¹⁷. En France, l'article 3 du Code civil dispose :

¹⁶ Cf. Modification de l'article 2 al.1 de l'ordonnance sur les tableaux des stupéfiants, des substances psychotropes, des précurseurs et des adjuvants chimiques. (OTStup-DFI) Dans le tableau relatif à ces substances interdites, le cannabis est défini comme une « plante de chanvre ou parties de plante de chanvre présentant une teneur totale moyenne en THC de 1,0 % au moins et tous les objets et préparations présentant une teneur totale en THC de 1,0 % au moins ou fabriqués à partir de chanvre présentant une teneur totale en THC de 1,0 % au moins. » Autrement dit, les plantes dont la teneur en THC est inférieure à 1,0% ne sont pas interdites.

¹⁷ Notez toutefois que le droit peut aussi s'appliquer dans un cadre plus large qu'un État, tel que sur le territoire d'une organisation internationale par exemple. De même, le droit peut s'appliquer différemment sur certaines portions du territoire d'un État, il peut aussi s'appliquer au sein d'un espace étatique élargi. Voir plus bas.

« Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. »

On y apprend que c'est avant tout le « territoire », sous-entendu celui de l'État français délimité par les frontières qui fixe le cadre d'application du droit français. Cela signifie donc que le critère de territoire sur lequel se trouve la personne passe avant celui de la nationalité ou de l'origine de celle-ci.

Le conducteur du véhicule qui a percuté M. Padbol est certes belge, mais l'accident est arrivé en France. Même si la victime est d'origine sénégalaise et qu'elle vit en Suisse, l'affaire sera essentiellement traitée en France (lois et juridictions), même si ses répercussions se feront aussi sentir en Allemagne.

Toutefois, la France n'est pas le seul producteur de normes juridiques. Tous les États de la planète ont leur propre droit. Et même si, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, de nombreux États tendent à se rapprocher sur le plan régional dans leurs législations respectives, comme par exemple en Europe au sein de l'Union Européenne, l'harmonie n'est pas encore de mise. Aussi, de nombreuses questions surviennent dès lors que ces normes contradictoires se rencontrent au gré des relations humaines, puisque les frontières ne sont pas des cloisons étanches.

Le droit national applicable hors du territoire étatique

A cet égard, il y a une exception au principe de l'article 3 précité que l'on retrouve dans le dernier alinéa : *« l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant à l'étranger »*. Autrement dit, dans certains cas particuliers, c'est le critère de la

nationalité qui prend le dessus sur le critère du territoire. Cela concerne les questions relatives à son prénom, son nom, son lieu et sa date de naissance, sa filiation, sa capacité civile, son domicile et son état civil.

La question peut se poser en matière de nom par exemple. Un couple français qui, en France, peut choisir à la suite du mariage le nom de jeune fille de la femme, du mari ou l'adjonction des deux, déménage dans un État où la loi ne l'autorise pas. Elle permet seulement au couple de porter le nom du mari ou les deux accrochés, mais pas celui de la femme seul. Selon le dernier alinéa de l'article 3, il semblerait que la loi française continue de s'appliquer à l'étranger pour notre couple français. Mais que dire alors si la loi de ce pays l'interdit expressément ? C'est dans de tels cas que les États s'efforcent de résoudre la contradiction en passant des accords dits bilatéraux qui s'efforcent de régler ce genre de contradictions. Illustrons.

Prenons le cas d'un français qui part vivre dans un pays du Maghreb où la polygamie est autorisée. Est-il régi par la loi du pays de résidence (Maroc) ou par celle de sa nationalité (France) ? Peut-il s'y marier avec plusieurs femmes ? En sens inverse, un marocain souhaite faire venir en France sa seconde femme avec laquelle il s'est marié au Maroc. Ce mariage sera-t-il reconnu ?

C'est la Convention bilatérale franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille qui pose les principes pour résoudre cette question.

En outre, depuis une réforme du 1^{er} mars 2007, le dernier alinéa de l'article 3 du Code civil est complété par une autre disposition dudit, Code l'article 171-1, qui reprend les mêmes principes :

Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les

Français n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre.

Il en est de même du mariage célébré par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, conformément aux lois françaises.

Toutefois, ces autorités ne peuvent procéder à la célébration du mariage entre un Français et un étranger que dans les pays qui sont désignés par décret.

Retenons toutefois que les choses ne sont pas aussi simples et que le nombre de situations susceptibles de se présenter au droit est quasi illimité. Que dire par exemple de la situation où les époux ont la double nationalité franco-marocaine ?

En tout cas, dans le droit romano-germanique, le cadre pour l'application du droit est posé par le territoire de l'État, même si à titre d'exception il peut aussi produire ses effets en dehors du territoire par le biais du lien de nationalité qui lie l'individu à cet État.

Les droits divers applicables sur le territoire étatique

Notons que le droit national ne s'applique pas de manière uniforme sur le territoire d'un État, et ce pour deux raisons notamment.

La première est juridique. Dans un État fédéral, comme la Suisse, les États-Unis, l'Allemagne, etc., chaque État fédéré (Canton, *Federal State, Land*) dispose d'une certaine liberté qui lui permet d'appliquer sa législation de manière autonome dans la limite fixée par l'État fédéral. L'un des cas les plus connus est la peine de mort aux États-Unis. Si 22 États l'ont abolie *de jure* ou *de facto*, les autres continuent de l'appliquer. Ainsi, les mêmes faits commis au Nouveau Mexique ne seront pas punis de la même manière qu'au Texas. À quelques mètres près, un assassin aura la vie sauve ou risquera d'être mis à mort.

Dans un État unitaire, tel que la France, le Royaume-Uni, l'Italie, etc., le degré d'autonomie est moindre. Mais les collectivités publiques existantes (communes, régions, départements, etc.) disposent néanmoins d'une marge de manœuvre propre dans l'application de certaines règles de droit. Avec le temps, cette marge de manœuvre s'est élargie. Depuis la loi du 6 Février 1992 relative à l'administration territoriale de la France¹⁸, la France connaît un phénomène lent mais certain de décentralisation et de déconcentration. Dans le premier cas, l'État attribue plus de compétences et de moyens à ces collectivités publiques. Dans le second cas, l'État implante dans des circonscriptions locales des autorités administratives qui le représentent¹⁹.

En France, la région de l'Alsace-Moselle applique même dans certains domaines un droit local différent du reste des régions françaises. En matière religieuse par exemple, le Concordat de 1801 régit à sa manière les relations entre les cultes et les autorités publiques par rapport à la fameuse loi de séparation entre l'église et l'État du 5 décembre 1905 qui est en vigueur sur le reste du territoire français. Ainsi, la laïcité pourtant considérée sur le territoire de la République comme un principe fondamental solennellement affirmé, n'a pas droit de cité dans cette région de la France.

La deuxième raison est factuelle. Même si les juristes n'aiment pas le reconnaître en raison de l'idéal d'égalité et du caractère « indivisible » de la République, le droit fait l'objet d'une interprétation des textes au cas par cas qui tient régulièrement compte des différences de mentalités, de cultures, de traditions, de climats, etc.

¹⁸ Voir aussi plus récemment la Loi du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral (entrée en vigueur au 1^{er} Janvier 2016).

¹⁹ <http://www.vie-publique.fr/th/glossaire/decentralisation.html>

A cela, il faut ajouter le caractère subjectif de l'interprétation du droit de la part des juges, ces derniers étant – il faut le rappeler – des humains avec des sensibilités propres. La jurisprudence²⁰ de la part des cours suprêmes essaie d'unifier cela, mais sans pouvoir y parvenir totalement, puisque, entre autres raisons, la saisine de ces juridictions n'est pas obligatoire.

Le droit international applicable sur le territoire d'un Etat

Même si la première année, vous allez quasi exclusivement vous concentrer sur l'étude du droit national français, gardez présent à l'esprit qu'il existe un autre pan immense du droit – étudié à partir de la 2^{ème} ou 3^{ème} année -. C'est le droit international public (DIP). Au même titre que les individus sont régis par des règles de droit, les États, les Organisations internationales et non-gouvernementales, ainsi que les entreprises multinationales vivent en société, entretiennent des rapports et se soumettent à la loi. Ces rapports de plus en plus nombreux sont à l'origine de ce DIP qui les régit. Une résolution du Conseil de Sécurité des Nations-Unies, un traité qui règlemente le commerce international des armes, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) : ce sont là quelques-uns parmi les nombreux actes juridiques qui relèvent du DIP.

Ce droit intervient à un autre niveau, à un autre étage en quelque sorte des relations humaines. Mais le passage entre la sphère nationale et internationale n'est pas bloqué. Le droit international public est de plus en plus présent dans l'ordre juridique national. Il n'est pas rare que les tribunaux français jugent une affaire à la lumière des règles nationales et internationales, d'autant que le second a prééminence sur le premier. (cf. 2^{ème} Partie, Leçon 1)

²⁰ Sur la notion de « Jurisprudence », voir la leçon 3 de la 2^{ème} Partie.

C) Citations

« Si les populations de ces États restaient à l'intérieur des frontières sans jamais avoir de relations les unes avec les autres, il n'y aurait pas besoin de droit international privé. Chacun vivrait en autarcie et se verrait appliquer le seul droit de son État. De même, si le monde était composé d'États ayant la même législation en tous domaines, il n'y aurait non plus besoin de droit international privé, puisque le droit serait universel. Ce n'est bien sûr pas le cas. Les relations entre des personnes d'États différents sont de plus en plus nombreuses et l'unification du droit n'est pas pour demain. A titre d'exemple, les États-Unis d'Amérique, qui sont une fédération d'États, sont le domaine par excellence du droit international privé (conflicts of laws), parce que le droit de chacun des États de la fédération est différent et qu'il faut donc déterminer, chaque fois qu'une relation se crée entre des personnes d'États différents, quelle loi doit être appliquée à cette relation et éventuellement quel tribunal pourra être saisi en cas de litige. »²¹

²¹ F. Monéger, *droit international privé*, LexisNexis, 6^{ème} édition, Paris, 2012, p.1.

D) Exercices

Exercice n°3 : quiz

Voici dix questions basiques de culture générale en rapport avec le droit. En fonction de votre niveau, vous saurez immédiatement si vous êtes familiers du cadre d'application du droit ou si vous devez faire d'emblée quelques recherches pour vous mettre à jour avec ce cadre.

Question 1

Juridiquement, qu'est-ce que l'État ?

- a- Une société anonyme proche de la faillite.
- b- Une association de malfaiteurs.
- c- Une personne morale de droit public.

Question 2

Quelles autorités incarnent le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire en France ?

Question 3

Quel est le rôle du parlement français ?

- a- Ratifier les traités.
- b- Discuter et voter les projets de loi.
- c- Conseiller le gouvernement

Question 4

Classez les actes juridiques ci-dessous suivant leur niveau hiérarchique dans l'ordonnement juridique :

- a- La loi parlementaire
- b- Le règlement

- c- L'arrêté
- d- La constitution
- e- Le contrat

Question 5

Qui d'Emmanuel Macron ou de M. Philippe a le plus de pouvoirs ?

Question 6

Les qualificatifs : juridique, judiciaire, et juridictionnel ont-ils le même sens ? Donnez un exemple en utilisant chacun d'entre eux.

Question 7

Quelle différence y a-t-il entre un juge, une juridiction, un tribunal et une cour ?

Question 8

Quelle autorité a rédigé chacun des documents ci-après ?

- a- Un décret de nomination.
- b- Un contrat de mariage.
- c- Un contrat de travail.
- d- Un arrêté municipal.
- e- Un jugement de divorce.
- f- Un traité international.

Question 9

Quelle autorité n'est pas un organe exécutif de l'État ?

- a- Le préfet
- b- Le maire
- c- Le juge

Question 10

Citez au moins deux collectivités publiques territoriales et une de leurs compétences.

Exercice n°4 : commentaire de texte

Article 171-9 du Code civil

Créé par LOI n°2013-404 du 17 mai 2013 - art. 6

Par dérogation aux articles 74 et 165, lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74. A défaut, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune de leur choix. (...)

Questions :

- 1) Veuillez expliquer le sens de cet article.**
- 2) Quels problèmes pratiques les autorités risquent-elles de rencontrer dans l'application de cet article ?**

Exercice n°5: commentaire d'arrêt

Questions :

- 1) Quels sont les faits dans l'affaire ci-dessous ?**
- 2) Quelle est la solution rendue par la Cour de cassation ?**
- 3) Veuillez définir les expressions « ordre public international » et la « hiérarchie des normes ».**
- 4) Qu'en pensez-vous ?**

Cour de cassation chambre civile 1 Audience publique du mercredi 28 janvier 2015 N° de pourvoi: 13-50059 Publié au bulletin Rejet Mme Batut (président), président Me Rémy-Corlay, SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Spinosi et Sureau, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant : Vu les observations du Défenseur des droits ; Reçoit l'association Ahluna à l'appui du pourvoi ; Reçoit les associations ADDE, ADHEOS, ARDHIS, Les Amoureux au ban public, La Cimade, La Fasti, Le Gisti et la Ligue des droits de l'homme à l'appui des prétentions de MM. X... et Y... ; Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 22 octobre 2013), que le ministère public a formé opposition au mariage de M. X..., de nationalité française, et de M. Y..., de nationalité marocaine résidant en France, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, de l'article 5 de la Convention franco-marocaine,

du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, et des articles 175-1 du code civil, 422 et 423 du code de procédure civile ; que MM. X... et Y... ont saisi le tribunal d'une demande tendant, à titre principal, à l'annulation, subsidiairement, à la mainlevée de l'opposition ; Sur le premier moyen, ci-après annexé : Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt d'écarter la Convention franco-marocaine au profit des principes supérieurs du nouvel ordre public international instaurés par la loi du 17 mai 2013 et en conséquence de ne pas reconnaître une supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes ; Attendu que le motif de droit énoncé par l'arrêt pour ne pas reconnaître la supériorité du traité sur la loi suivant le principe habituel de la hiérarchie des normes ne peut constituer un des termes d'une contradiction donnant ouverture à cassation ; que le moyen est donc irrecevable ;

Sur le second moyen :

Attendu que le procureur général fait grief à l'arrêt de donner mainlevée de l'opposition au mariage de MM. X... et Y..., alors, selon le moyen :

1°/ que, selon l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, « 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 » ; que la Convention bilatérale franco-marocaine du 10 août 1981 a été régulièrement ratifiée par la France, traduite en droit français par le décret n° 83-435 du 27 mai 1983 et publiée au Journal Officiel du 1er juin 1983, et a fait l'objet de réciprocité ; que dès lors, cette Convention a une valeur supra légale ; qu'ainsi, en écartant l'application de l'article 5 de la Convention prévoyant que « les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de

même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité », pour faire prévaloir les dispositions prévues à l'article 202-1, alinéa 2, du code civil, instauré par la loi du 17 mai 2013 selon lesquelles « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence, le permet », la cour d'appel a violé l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

2°/ que, selon l'article 3 du code civil, « ...les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résident en pays étrangers » ; que selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, « les conditions de fond du mariage tels que l'âge matrimonial et le consentement, de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régis pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité » ; que selon l'article 4 de ladite Convention, « la loi de l'un des deux Etats désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public » ; que l'article 5 précité n'est pas contraire ni manifestement incompatible à la conception française de l'ordre public international tel qu'envisagé par la loi française du 17 mai 2013, en ce qu'il ne heurte aucun principe essentiel du droit français ni un ordre public international en matière d'état des personnes ; qu'en écartant l'application de la Convention franco-marocaine au profit de principes supérieurs d'un nouvel ordre public international, instaurés par la loi du 17 mai 2013, la cour d'appel

a violé l'article 3 du code civil ainsi que les principes du droit international privé ;

Mais attendu que si, selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ; que, par ce motif de pur droit, suggéré par la défense et substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Laisse les dépens à la charge du Trésor public ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-huit janvier deux mille quinze.

Leçon 2 : L'objet du droit : un instrument de mesure sociale

A) Bibliographie

Association Henri Capitant, « droit », « Règle », « Morale », « Norme » in *Vocabulaire juridique* (dir. G. Cornu), PUF, 2^{ème} édition, Paris, 1990.

La normativité, (Dir. J. Chevallier), Cahiers du Conseil constitutionnel, n°21, LGDJ, Paris, 2007. Consultable également sur à l'adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-21/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-21-janvier-2007.50152.html>

G. Cornu, *droit civil. Introduction au droit*, Collection « Domat droit privé », Montchrestien, 13^{ème} édition, Paris, 2007, n°25 et suivants.

D. Fenouillet, « Propos introductifs », in *droit et morale* (dir. D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet), Collection Thèmes et Commentaires, Dalloz, Paris, 2011, p.1-26.

J-C. Ricci, *Introduction à l'étude du droit*, Hachette Supérieur, 3^{ème} édition, Paris, 2007, 160p.

B) Cours

« Le droit est un peu tordu quand même ! » Sans doute entendrez-vous durant vos études - et même bien au-delà - un membre de votre entourage vous faire ce jeu de mots avec un sourire fier et espiègle au coin des lèvres. Comment ce jeu de mots est-il possible ?

Il est vrai que nombreuses sont les langues qui soulignent le lien étroit qui existe entre la matière juridique d'origine romano-germanique, objet de la science, (le substantif « droit ») et la description de ses effets au moyen du qualificatif qui se rapporte à une image spatiale (le qualificatif « droit » ou son contraire « tordu ») : droit, diritto, derecho, Recht, právo, حق, etc.,

Ce n'est pas un hasard. Le dictionnaire nous dit que le premier terme se rapporte à ce « qui est conforme à une règle », le second à ce « qui est sans déviation, d'un bout à l'autre ». Dans les deux cas, il est question de tracé. L'expression « droit tordu » renvoie donc à deux aspects particuliers ; la règle et sa mise en œuvre ou encore son objectif.

Le droit : créateur de lignes de conduite

Aussi, au même titre qu'un géomètre, par exemple, tracera un trait rectiligne au moyen d'une règle ou d'une équerre, le juriste lui aussi tracera une ligne de conduite à suivre au moyen d'une norme²². Cette norme peut être soit une règle, soit un principe²³.

A s'en tenir à cette explication linguistique, le droit se rapporte donc à un mode de production de normes qui quadrillent une

²² Le mot « norme » vient du latin *norma* qui veut dire équerre ou règle.

²³ Voir un peu plus loin dans cette leçon sur le sens de cette distinction. Voir aussi les développements de R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1995, 520 p.

société donnée afin de faire respecter un type de comportement souhaité.

Mais alors comment fonctionne une norme en tant que ligne de comportement à suivre ? S'il est en effet facile de s'imaginer comment l'on peut tracer et suivre une ligne au moyen d'une règle ou d'une équerre, de quelle manière une norme juridique permet-elle de fixer une ligne de conduite à des humains ?

La norme : un modèle

Une norme peut se définir comme un modèle, autrement dit, une référence à suivre. Sans doute vous souvenez-vous encore du moment où vous avez appris à écrire. Votre instituteur avait pour habitude de mettre au tableau ou dans votre cahier une belle calligraphie des lettres que vous deviez recopier dans les lignes en dessous tout en prenant soin de bien imiter ce que vous voyiez. L'écriture de votre instituteur vous servait de modèle ou encore d'exemple²⁴. Le rôle de la norme juridique est précisément de servir de modèle pour permettre au comportement humain de se calquer sur l'exemple à imiter. Comment cela fonctionne-t-il exactement ?

Un modèle qui fonctionne sous la forme d'une cause à effet

Je vous invite à lire la première citation de cette leçon (cf. infra, partie C)). Vous verrez qu'une norme fonctionne toujours, de manière plus ou moins explicite, sous la forme d'une condition et d'un effet. Pour le dire de manière simplifiée, la norme est exprimée comme suit : « **si** cette situation se produit, **alors** voici les conséquences qui s'appliqueront. »

Exemple : L'article 8 de la loi genevoise sur l'insertion et l'aide sociale individuelle.

Art. 8 Principes

²⁴ En latin, un modèle d'écriture se dit « exemplum ».

¹ *La personne majeure qui n'est pas en mesure de subvenir à son entretien ou à celui des membres de la famille dont il a la charge a droit à des prestations d'aide financière.*

Traduit sous la forme binaire condition/effet, cet article²⁵ de loi nous dit :

Si une personne est :

- majeure
- dans l'impossibilité de subvenir à son entretien
- ou de subvenir à l'entretien des membres de sa famille dont il a la charge (*conditions*)

alors, elle a droit à des prestations d'aide financière. (*Effet*)

La norme fixe un champ d'application au moyen de la condition. Si la situation qui se produit dans la réalité correspond à cette condition, alors la norme s'appliquera et produira les effets prévus.

C'est un peu comme lorsque nous utilisons notre téléphone portable. Si nous nous retrouvons dans le champ du signal, alors la communication pourra avoir lieu.

De même que les opérateurs de téléphonie régulent l'étendue et la puissance du signal en fonction du nombre d'antennes et de leur puissance d'émission, de même les autorités quadrillent la société de manière plus ou moins serrée en fonction du nombre de normes et du degré de puissance de régulation. Ce degré de puissance est appelé degré d'impérativité ou de normativité.

La norme : une corde d'équilibriste ou une autoroute

Nous avons dit plus haut que la norme était un modèle à suivre. Ce modèle peut être extrêmement précis et exigeant ou au contraire

²⁵ Un article se définit comme une unité d'un ensemble plus grand. La loi est composée d'articles qui eux-mêmes peuvent se subdiviser en alinéas ou paragraphes. En règle générale, les paragraphes sont des subdivisions d'articles numérotées alors que les alinéas ne le sont pas.

lâche et tolérant. La ligne tracée par les autorités est parfois aussi fine et exigeante qu'une corde sur laquelle doit marcher l'équilibriste, alors qu'en d'autres circonstances elle ressemble plutôt à une double-voie d'autoroute sur laquelle la marge de mouvement est bien plus large.

A cet égard, veuillez-vous référer maintenant à la deuxième citation de cette leçon (cf. infra, partie C)). Vous y verrez plusieurs exemples d'impérativité d'une norme juridique.

Tantôt impérative, tantôt directive, la norme juridique permet de diriger, suivant une intensité normative variable, les comportements humains dans la société.

La norme : un principe ou une règle

Il existe deux sortes de normes juridiques : la règle ou le principe.

Pour comprendre la différence, je prends un exemple simple tiré du Code de la Route.

Selon l'article R413-3 (modifié par décret n°2008-754 du 30 juillet 2008 - art. 7) :

En agglomération, la vitesse des véhicules est limitée à 50 km/h.

Cette disposition comporte une règle.

Selon l'article R412-6 (modifié par décret n°2008-754 du 30 juillet 2008 - art. 15) :

I.- Tout véhicule (...) doit, à tout moment, adopter un comportement prudent et respectueux envers les autres usagers des voies ouvertes à la circulation. Il doit notamment faire preuve d'une prudence accrue à l'égard des usagers les plus vulnérables. »

Cette disposition comporte un principe.

Quelle est la différence ? La règle indique une ligne de conduite claire et nette : rouler à 50km/h ou moins. En conséquence, la marge de manœuvre du conducteur est nettement déterminée: en-deça de 50 Km/h, c'est autorisé ; au-delà, c'est interdit. Le principe quant à lui fonctionne de manière différente. Le comportement à suivre est indéterminé : il faut être respectueux et prudent en conduisant. L'application de ce principe doit être effectuée au cas par cas, suivant les circonstances propres au jour, au lieu, au conducteur, aux passants, etc. C'est pourquoi, la marge d'appréciation du conducteur est large : c'est à lui de modeler continuellement sa conduite à ce principe. Idem pour les autorités étatiques, l'évaluation d'une situation à partir d'un principe requiert une analyse attentive des circonstances concrètes de chaque situation.

Autre différence, la règle varie, les principes restent. D'un Etat à l'autre par exemple, la vitesse sur l'autoroute change. En France, c'est 130km/h, en Suisse 120km/h, en Allemagne de nombreux tronçons sont encore illimités. En revanche, le principe de conduire de manière prudente et respectueuse s'applique en tout lieu et en tout temps.

Il faut noter que les règles et les principes ne s'opposent pas forcément. Parfois, comme ici, la règle doit être lue à la lumière du principe. Ainsi, aux abords d'une école en pleine ville par exemple, lorsque de nombreux enfants sont en train de sortir, le conducteur sera inspiré de ne pas s'en tenir à la règle des 50 km/h, mais d'« adopter un comportement prudent et respectueux » en réduisant sa vitesse en fonction « des usagers les plus vulnérables ».

Norme ... de droit

Le fonctionnement de l'Univers, de la société humaine et des individus repose sur des normes²⁶. Mais toutes ne sont pas des normes juridiques.

Combien de fois n'avons-nous pas entendu nos parents dire : « Ne parle pas la bouche pleine » ! Et que dire des règles de comportement au sein des religions : le célibat des prêtres, le port du foulard islamique, la circoncision des enfants mâles chez les juifs, etc. ? En musique, n'est-il pas de règle qu'une ronde vaut quatre temps ? Dans le sport, le ski alpin par exemple, n'est-il pas de règle qu'une porte enfourchée disqualifie le skieur ?

Le droit lui renvoie à des normes juridiques. Alors qu'est-ce qui fait qu'une règle ou un principe peut être qualifié de juridique ?

Comme vous pouvez le constater dans la troisième citation (cf. infra, partie C)), certains auteurs affirment que la règle de droit se différencie des autres règles par son caractère obligatoire qui doit être respecté de manière générale et abstraite. Ce serait l'un des critères déterminants. Autrement dit, la norme juridique aurait ceci de particulier qu'elle imposerait ses prescriptions indistinctement quelles que soient les personnes et les circonstances, sans pouvoir y déroger. Ce n'est pas, selon moi, un critère pertinent et ce, pour deux raisons. D'une part les règles ne sont pas toutes prescriptives et n'imposent parfois aucune prescription. Elles peuvent énoncer seulement une faculté. D'autre part, les règles de droit ne sont pas toutes générales et abstraites, en tout cas pas absolument. Je m'explique.

Primo, il est vrai que les règles de politesse, tel que le fait de remercier ou de laisser s'asseoir une personne âgée à notre place

²⁶ C'est ce qui explique d'ailleurs pourquoi le système de certification à partir de normes ISO prospère et peut s'appliquer à un nombre indéfini de domaines, qu'il s'agisse de catégoriser la qualité d'une construction, d'aliments, de la production de l'énergie, etc.

Cf. <http://www.iso.org/iso/fr/home/standards.htm>

dans les transports publics, n'engagent que ceux qui les appliquent. Mais, je vous l'ai déjà dit, les textes juridiques eux-mêmes ne sont pas forcément prescriptifs. Heureusement d'ailleurs. Autrement nous vivrions dans une société totalitaire qui cadenasserait le moindre de nos mouvements. Les règles de droit peuvent être directives, voire même suggestives. Il existe de nombreux cas. Par exemple, selon l'article 12 de la Constitution française du 4 octobre 1958, le Président de la République « *peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics* ». C'est une possibilité ou une faculté, au même titre que le fait de remercier est une possibilité. Et pourtant, qui oserait remettre en cause le fait que cette disposition est une norme juridique ? Idem, en matière d'adoption, l'article 348-4 du Code civil dispose que « *lorsque les père et mère ou le conseil de famille consentent à l'adoption de l'enfant en le remettant au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption, le choix de l'adoptant est laissé au tuteur avec l'accord du conseil de famille des pupilles de l'Etat ou du conseil de famille de la tutelle organisée à l'initiative de l'organisme autorisé pour l'adoption.* » La loi laisse donc une large marge de manœuvre à l'organisme habilité afin de choisir la personne qui adoptera l'enfant. Point n'est ici question de prescription, sauf peut-être d'habilitation pour la compétence de cette organisme.

Secundo, quand on dit que les règles de droit sont générales et abstraites, il faut faire attention à ce l'on entend par généralité et abstraction, car même dans l'exemple précité relatif aux limitations de vitesse, la règle s'applique à un type de personnes spécifiques (les conducteurs de véhicule à moteur), en un lieu spécifique (les routes françaises) et en un temps spécifique (en règle générale, sauf circonstances exceptionnelles le permettant). C'est donc toujours de manière relative qu'il faut comprendre le sens des mots généralité et abstraction. En réalité, les règles de droit mêlent à la fois des termes abstraits et concrets. Entraînez-vous : prenez un code, celui de la consommation par exemple, et essayez de

discerner quels articles contiennent des dispositions plus abstraites que concrètes, et inversement.

Notons en tout cas que les règles musicales, sportives et religieuses que nous avons énoncées plus haut n'ont rien à envier aux règles de droit de par leur généralité et leur abstraction. La ronde à quatre temps est d'ailleurs plus générale dans son application que la plupart des règles existantes dans notre système juridique²⁷, même celles qui nous paraissent les plus impératives, telle que l'interdiction de la peine de mort et de la torture.

Ce n'est donc pas cela le critère discriminant de la règle de droit.

Serait-ce alors la seconde raison qui est généralement invoquée par les professeurs de droit : la sanction de l'irrespect de la règle par une autorité publique ?

Il est vrai qu'un enfant n'a jamais été condamné pour avoir parlé la bouche pleine. Il se fera rouspéter ou, au pire, se prendra une rouste. En même temps, l'application des règles religieuses, musicales, sportives, etc., n'est pas exempte de sanctions. Excommunié de l'église pour avoir critiqué sa doctrine, évincé de la chorale pour avoir manqué les répétitions de manière répétée, disqualifié pour avoir mordu la ligne, le violeur de la règle pourra également faire l'objet d'une sanction. Et pourtant, point de droit dans les exemples ci-dessus.

Alors serait-ce la nature « publique » de l'autorité à l'origine de la sanction qui donnerait à la règle sa nature juridique ?

²⁷ Le système musical des gammes organisées en 12 notes de musique telles que nous le connaissons dans nos pays occidentaux, n'est toutefois pas universel. Dans la gamme orientale par exemple, on compte 24 notes organisées en différents sous-ensembles de sept notes. Il n'en demeure pas moins que ce modèle musical est bien plus étendu que la plupart des règles de droit dont la généralité et l'abstraction est limitée à la fois dans le contexte et dans l'espace.

Réfléchissons. Existe-t-il des règles pouvant être qualifiées de juridiques qui procéderaient d'une autorité privée ?

Il est vrai que la plupart des règles dites juridiques procèdent d'une autorité étatique. Comme nous le verrons plus loin, les traités, les constitutions, les lois parlementaires, les décrets, les décisions, etc., tous ces actes proviennent d'une autorité étatique.

Pour autant, n'existe-t-il pas d'exceptions ? La réponse est affirmative. Le règlement intérieur d'une entreprise privée qui contient des règles de fonctionnement pour les employés d'une entreprise en matière de « discipline, d'hygiène et de sécurité » (Article L.1321-1 du Code du travail), la convention collective de travail qui est un accord passé entre les organisations représentatives des employeurs et des employés, le règlement de l'Union Cycliste Internationale (UCI) qui régit les nombreuses fédérations nationales de cyclisme ou celui de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA), etc., ont pour trait commun de renvoyer à des règles de droit alors qu'à l'origine de celles-ci se trouve une personne privée. À titre d'exemple, le règlement de l'UCI établit des normes en matière d'antidopage et un tribunal de recours, appelé le Tribunal Arbitral du Sport qui sont des dispositions auxquelles l'on ne saurait nier le caractère de juridique. Et pourtant l'UCI est une association de droit privé à but non lucratif régie par les articles 60 et suivants du Code civil suisse.

Est-ce à dire que ce critère se rapportant à l'existence d'une autorité publique doit également être écarté ? Non, mais il faut nuancer. Tous les exemples précités ne contredisent pas la véracité de ce critère à condition de préciser que ces règles sont néanmoins juridiques parce que, *in fine*, elles peuvent être soumises au contrôle d'une autorité publique. Autrement dit, le caractère juridique d'un règlement intérieur, d'une convention collective, et bien d'autres actes contenant des règles élaborées par des personnes privées, dépend toujours de son respect par rapport à des

règles supérieures édictées par l'autorité publique. Ainsi, le règlement de l'UCI ne pourrait pas autoriser les cyclistes à enfreindre le Code de la route. La FIFA ne pourrait pas encourager les malversations et les pots-de-vin en son sein. Et le règlement intérieur d'une entreprise ne pourrait pas obliger les femmes à porter la Burqa.

Concluons donc : une norme devient juridique lorsque la ligne de conduite qu'elle énonce peut être soumise au contrôle d'une autorité publique.

Que dire de cette définition ? C'est une définition réaliste en ce sens qu'elle est passée au crible de la réalité. En même temps, elle est incomplète et passive. En effet, elle ne tient pas compte d'un élément essentiel dont nous avons parlé tout à l'heure. Toute norme juridique sert de modèle d'inspiration et/ou d'action. Mais alors, quelle est la source d'inspiration de la norme juridique elle-même ?

C) Citations

UNE STRUCTURE BINAIRE. Aucun juriste mieux que Henri Motulsky²⁸ n'a exprimé avec autant de clarté et de précision en droit français²⁹ l'idée suivant laquelle la structure de la loi était binaire. Qu'est-ce à dire ? Cela signifie que toute loi contenant une règle de droit³⁰ est agencée, fût-ce de manière latente ou expresse³¹, en deux parties. La première, appelée généralement présupposition (Voraussetzung) ou encore condition juridique, exprime le champ d'application de la règle. La seconde, nommé effet juridique (Rechtsfolge), énonce la conséquence découlant de l'application de cette règle. Le meilleur exemple, tiré de la loi du

²⁸ Voir notamment la thèse de H. Motulsky ; « *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* », thèse (préf. P. Roubier), Sirey, 1948.

²⁹ Le Professeur Motulsky se fondait en réalité sur les travaux antérieurs de la doctrine germanique et notamment ceux de R. STAMMLER, dans son ouvrage « *Theorie der Rechtswissenschaft* », 2^{ème} éd., Halle, 1923, notam. p.190.

³⁰ Ce qui exclut toutes les pseudo-lois, à l'instar des lois d'orientation récemment censurées par le Conseil constitutionnel (Décision 2005-512 DC du 21 février 2005 relative à la *loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*), qui ne contiennent aucune règle de droit.

³¹ Le Professeur Motulsky précise les rapports entre la règle de droit et la loi comme suit : « *La règle de droit ne se confond pas, loin de là, avec l'article de loi. Il arrive, certes, qu'une formule légale contienne une règle entière. (...) Mais le plus souvent, l'article ne renferme qu'une des deux parties, présupposition ou effet juridique, ou même seulement quelques éléments épars destinés, dûment complétés, à former l'une ou l'autre. Ainsi quand l'art. 1133 (...) dispose que la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, qu'elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* », il amplifie seulement l'un des facteurs composant la présupposition de la règle de l'art. 1131[à propos de l'illicéité de la cause], il ne contient même pas une présupposition entière » (*ibid.*, p.19).

Talion, est sans doute le suivant : « si tu tues (condition juridique), tu subiras la peine capitale (effet juridique) ».

CONDITION ET EFFET JURIDIQUES. Le premier élément représente en quelque sorte le matériau factuel auquel le libellé de la règle de droit fait explicitement référence. Il est la cristallisation par abstraction de la « matière brute des relations de la vie [qui] s'y trouve en même temps virtuellement contenue »³², pour reprendre les termes de Motulsky. Tout ce qui se rapporte à l'acte homicide (« tues ») s'introduit donc dans le champ d'application de la règle de droit par l'intermédiaire de cette condition.

La condition juridique correspond à l'étape de qualification de la loi.

Le second élément représente quant à lui les effets produits par la règle de droit lorsqu'elle s'applique. Il est la manifestation du principe de cause à effet exprimé généralement par la systématique « si..., alors... »³³. Dans l'exemple précité, elle se présente comme suit : « si la situation litigieuse se rapporte à un homicide, alors la conséquence immédiate veut que la punition soit « la peine capitale ».

L'effet juridique correspond à l'étape d'appréciation de la loi... » (...)

DEGRÉS D'IMPÉRATIVITÉ. La loi se caractérise essentiellement par son aspect impératif ou encore prescriptif. C'est pourquoi, on dit qu'elle est normative. Cette prescriptivité n'est cependant pas uniforme. Elle varie d'une loi à l'autre. Dans certains cas, la loi contient une faculté à l'endroit du juge. Par exemple, selon

³² *Ibid.*, p.45.

³³ Pour quelques exemples de cette systématique contenus dans le Code civil, voir ; B. Beignier en collaboration avec C. Blery, *Manuel d'introduction au droit*, P.U.F. 1^{ère} éd., Coll. droit fondamental, p. 24 et suivants.

*l'art.131-30 du Code pénal, « la peine d'interdiction du territoire français **peut** être prononcée, à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable d'un crime ou d'un délit ». Dans d'autres cas, elle dicte un impératif qui est lui-même sujet à variation. Tantôt, conformément à l'art. 13 de la Constitution du 4 octobre 1958, « le Président français **signe** les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des Ministres », tantôt, d'après l'art. 16 du Code civil, « la loi assure la primauté de la personne, **interdit** toute atteinte à la dignité de celle-ci... », ou encore, d'après l'art. 12 de l'arrêté municipal du Maire de St Michel de Maurienne du 13 mars 2001 portant sur le règlement de la foire aux plants, « il est **absolument interdit** à tout exposant de détenir des marchandises qui dégagent des odeurs désagréables, ainsi que des explosifs ou produits dangereux... ».*

Petr MUZNY, « Quelques suggestions en faveur de l'amélioration de la prévisibilité normative », Recueil Dalloz, Paris, 2006, p.2214-2219.

« La règle juridique, règle générale. C'est ce que l'on appelle le principe de l' « égalité civile » : tous les citoyens sont soumis aux mêmes règles. Ainsi, lorsque les articles R. 414-1 et R. 414-6 du Code de la route disposent respectivement que « les croisements s'effectuent à droite, les dépassements s'effectuent à gauche », ils énoncent une règle absolument générale, car elle vaut pour tous. On ne pourrait admettre que certains effectuent leurs croisements à gauche et que d'autres accomplissent leurs dépassements à droite ! En revanche les règles purement morales ou de politesse ne s'imposent pas à tous, mais uniquement à ceux qui le veulent. »³⁴

³⁴ J-C. Ricci, *Introduction à l'étude du droit*, Hachette Supérieur, 3^{ème} édition, Paris, 2007, p.31.

D) Exercices

Exercice n°6 : analyse de la règle de droit

- 1) Dans les articles suivants, veuillez expliquer où se situent la condition et l'effet juridiques de la règle de droit :**

Article L1521-7

(Modifié par Loi n°2005-371 du 22 avril 2005 - art. 1 JORF 23 avril 2005)

Si le capitaine refuse de faire connaître l'identité et la nationalité du navire, d'en admettre la visite ou de le dérouter, le commandant ou le commandant de bord peut, après sommations, recourir à l'encontre de ce navire à des mesures de coercition comprenant, si nécessaire, l'emploi de la force

Article 230 Cc. fr.

(Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 2 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005)

Le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce.

Article 24 al.1^{er} de la Constitution française du 4 octobre 1958

Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques.

- 2) Veuillez trouver trois principes et trois règles dans la constitution française du 4 octobre 1958 (cf. doc.1, Partie 5.).

- 3) Pour chacun des articles suivants, veuillez indiquer quel est le degré d'impérativité de la norme juridique :

Article L121-8

Créé par Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 - art.

Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte

Article 371-3 du Cc.fr.

(Créé par Loi n°70-459 du 4 juin 1970 - art. 1 JORF 5 juin 1970 en vigueur le 1er janvier 1971)

L'enfant ne peut, sans permission des père et mère, quitter la maison familiale et il ne peut en être retiré que dans les cas de nécessité que détermine la loi.

- 4) Veuillez trouver deux exemples de règles qui ne sont pas juridiques. Que faudrait-il faire pour qu'elles deviennent des règles de droit ?

Leçon 3 : Les sources du droit : un cocktail explosif

A) Bibliographie

- Bernard Beignier & Corinne Bléry, *Introduction au droit*, Lexis Nexis, 4^{ème} édition, Paris, 2014, partie introduction.
- (Dir. D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet), *droit et morale*, Collection Thèmes et Commentaires, Dalloz, Paris, 2011.
- M. Gauchet, *La religion dans la démocratie*, Gallimard, Paris, 2001.
- C. Perelman, *Éthique et droit*, Université de Bruxelles, Bruxelles, 1990, p.1-428.
- M. Villey, *Seize essais sur la philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 1968, 370p.

B) Cours

Le droit s'exprime donc par les règles et principes qui servent à tracer des lignes de conduite à suivre. Comme on vient de le voir, on les qualifie de juridiques, parce qu'elles sont élaborées, édictées et appliquées sous le contrôle d'une autorité qui, dans notre société romano-germanique, est étatique.

Ce sont donc les autorités qui tiennent en main l'instrument qu'est la règle ou l'équerre.

La question du « comment » et du « pourquoi »

Savoir *comment* sont tracées les lignes de conduite est un bon départ pour celui qui veut devenir un juriste.

Toutefois, cela ne suffit pas. En soi, une norme (équerre) n'a de sens qu'à travers son utilisation et, plus précisément, son orientation. Afin de devenir un juriste de qualité, il faut donc également comprendre un aspect essentiel : *pourquoi* les lignes de conduite sont orientées de cette manière.

En effet, au même titre qu'une équerre ou une règle est toujours placée sur une surface en fonction d'une référence qui fixera l'angle de son orientation, une norme juridique est nécessairement édictée en fonction d'une référence supérieure qui va déterminer son orientation, en d'autres termes, son contenu. C'est sa raison d'être. On peut découvrir cette référence en se demandant « pourquoi cette règle et pas une autre ? ».

Exemple : la loi édicte quatre causes de divorce en France. Ces règles tracent donc les lignes de conduite en matière de divorce (art. 229 Cc. fr.). Si quelqu'un veut divorcer, il doit suivre la ligne de conduite fixée par les autorités. Le praticien, par exemple l'avocat, devra savoir comment fonctionnent ces règles de droit afin de conseiller le client sur la meilleure voie à suivre.

Mais le bon juriste, celui qui n'est pas seulement un technicien froid du droit, devrait également savoir pourquoi ces normes-là ont été édictées et pas d'autres. Autrement dit, il devrait garder présent à l'esprit ce qui a inspiré le législateur pour faire entrer en vigueur ces dispositions-là et pas d'autres, ce qui lui a servi de modèle de référence. Pourquoi le législateur n'a-t-il pas par exemple interdit le divorce ? Ou, inversement, pourquoi n'a-t-il pas libéralisé totalement le divorce sans rien n'exiger ?

Ce genre de questions sont aux fondements du droit, parce qu'elles montrent clairement qu'il existe des valeurs supérieures au droit qui l'inspirent. Contrairement à ce que prétendent certains, le droit n'est pas neutre. Il est engagé. Sa direction n'est pas le fait du hasard. Il est déterminé en fonction de choix faits par les autorités qui manient l'instrument du droit. La preuve en est que lorsqu'un régime change d'autorité, les normes changent également en fonction de l'idéologie de cette autorité. Le problème, c'est que ces valeurs qui inspirent les choix ne se donnent pas facilement à voir, car elles sont bien souvent implicites. Ce sont pourtant elles qui déterminent le contenu du droit. Avoir conscience qu'elles existent et les connaître, c'est parvenir à déterminer la direction choisie pour tracer la ligne de conduite. C'est savoir où nous mène la norme. Or, il est plus facile de cheminer quand on sait où l'on va.

Alors quelles sont ces valeurs ?

Les valeurs de la démocratie-libérale

De même qu'il est nécessaire de connaître le début d'un film pour comprendre son intrigue et son dénouement, il faut également revenir aux origines du droit. Il faut en avoir une vue historique.

Il existe *grosso modo* deux grandes sources d'inspiration de la règle ou du principe dans notre société romano-germanique.

Il y a l'influence judéo-chrétienne et celle gréco-romaine. Certes, ces deux influences ont été diluées avec le temps, mais leur vision

du monde³⁵ continue d'inspirer notre droit de tradition romano-germanique.

Cette double influence forme ce cocktail explosif, car l'une est religieuse et tire sa référence de la loi divine, l'autre est sociale et tire sa référence de la loi humaine. La première place Dieu au centre de l'Univers et sa volonté comme modèle à suivre. La seconde place l'homme au centre de l'Univers, sa raison étant la mesure de toutes choses³⁶.

Certains auteurs ont voulu concilier les deux visions du monde. Mais la réalité montre que c'est difficilement réalisable. L'on ne peut pas servir deux maîtres à la fois, pour paraphraser un passage biblique, ou avoir le derrière entre deux chaises.

Dans notre société contemporaine, nous assistons progressivement à la prévalence de la pensée libérale-démocratique, fondée sur le mode décisionnel de la majorité. En France en particulier, la pensée religieuse et la morale qu'elle nourrit sont reléguées dans la sphère privée de l'individu, l'espace public se vidant de toute connotation religieuse au nom du principe de laïcité. Même si la célèbre loi sur la séparation entre l'église et l'État du 9 Décembre 1905 ne dit pas que la laïcité nécessite de faire preuve de neutralité dans l'espace public, avec le temps c'est l'interprétation qui en a été consacrée. Une croix, un tableau du Christ ou une référence à Dieu, n'ont plus leur place dans une salle de tribunal ou dans un texte de loi, sauf si elles ont une valeur historique. Le foulard islamique ou le turban sikh n'ont pas droit de cité dans les collèges

³⁵ Quand je parle d'essence, je me réfère à la structure de ces deux modes de pensées. En effet, tant la Bible que les Institutes romaines n'ont plus grand-chose à voir avec le droit français du 21^{ème} siècle.

³⁶ La personne « est la raison d'être du droit ; l'humanisme l'a mise à sa place : au centre de la vie, de la société et du droit » ; PH. Malaurie, *Les personnes, les incapacités*, Cujas, 1999, p. 7 (avant-propos de la 4^{ème} édition)

et les lycées³⁷. Parfois, ces références sont tout bonnement évincées, comme en droit civil, avec l'exemple du mariage homosexuel, mais aussi par rapport aux causes de divorce, à l'inopposabilité de l'adultère, à la disparition de la notion de faute morale en matière de responsabilité civile, etc.

Il y a certes de temps en temps des soubresauts moraux, éthiques et solidaires nourris à distance de la sève religieuse. Il convient de ne pas fumer dans les lieux publics, de ne pas faire de publicité pour l'alcool, de limiter les bonus exorbitants des banquiers et traders, de ne pas vendre ou louer des parties de son corps, de ne pas vendre des navires de guerre à une puissance belligérante. Dans d'autres cas, il y a des luttes entre les autorités de l'État pour résister à la prééminence Mais tout ceci est bien limité face à la déferlante libérale démocratique.

Liberté ne rime pas avec stabilité

Que charrie cette vague ? Les défauts de ses qualités. Le modèle démocratique prône, selon la CEDH « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »³⁸. C'est grâce à ce modèle démocratique que les peuples occidentaux sont depuis quelques dizaines d'années parvenus à se sortir en partie du carcan de l'arbitraire étatique. C'est aussi à partir de là que les individus sont parvenus à retrouver certaines libertés de manière effective, comme celle d'expression, de conscience, de religion, de réunion, d'entreprendre, etc., même si leur protection fait l'objet d'une lutte constante.

En même temps, la démocratie a fait perdre aux individus en stabilité ce qu'ils ont gagné en liberté. La démocratie, mue par la

³⁷ Voir l'article 1 de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics

³⁸ CourEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 49.

pensée d'un jour, est en perpétuel mouvement. Les lois changent au rythme des majorités politiques. Elles s'accumulent et forment des labyrinthes dont même les juristes chevronnés ont du mal à se sortir. Les références se diluent et se perdent. Quoi de plus "normal". Exit la religion, la morale, la communauté, les bonnes mœurs. Sur quoi se fonder dorénavant pour juger ? La raison humaine ? Aïe, à la seconde où j'écris ces lignes, il y a 7 319 564 242 de raisons humaines sur la planète terre. Laquelle a raison ? Celle qui est la plus forte, la plus riche, la plus nombreuse ? Mais aussi, comment les concilier en cas de désaccord ?

Encore une fois, la seule réponse qu'apporte la démocratie, c'est la victoire de la majorité temporaire, en perpétuelle évolution. Nous vivons dans un bateau dont le commandant de bord change à chaque escale avec une nouvelle route à la clef. Et le navire tourne souvent en rond. Cela n'a rien de bien rassurant, C'est pourquoi certains observateurs ont prédit à propos de la démocratie qu'elle contenait les germes de sa propre destruction. Reste donc la question : d'où la majorité tire-t-elle ses valeurs ? Autrement dit, qu'est-ce qui forme notre esprit ? Voici la question fondamentale à se poser, car c'est véritablement de cette « éducation des esprits » que jaillissent les valeurs du droit moderne.

Un peu de stabilité néanmoins

La démocratie est néanmoins parvenue à générer un peu de stabilité en se trouvant des limites. L'une de ses limites les plus marquées ? Je vous laisse deviner. Si je vous dis : interdiction de porter la Burqa. Vous avez trouvé ?

Il y a encore vingt ans en arrière, les valeurs ennemies au modèle libéral-démocratique étaient celles du communautarisme communiste.

Aujourd'hui, cet ennemi ayant disparu avec la chute du mur de Berlin, il a fallu trouver une autre forme d'opposition qui fixerait

les limites du système juridique dans une démocratie-libérale. C'est son modèle antinomique.

Un proverbe dit que l'ennemi de mon ennemi est mon ami. Dans notre société occidentale actuelle ce qui réunit la pensée judéo-chrétienne et celle gréco-romaine : le rejet du modèle communautariste religieux et social prôné par certains courants de l'Islam.

La Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) ne s'y est pas trompée en disant tout haut ce que certaines autorités pensaient tout bas.

A propos d'un parti politique turc qui avait été dissout par la Cour constitutionnelle turque pour avoir cherché à prôner l'application stricte de la loi islamique, la Shari'a, dans le pays, la CourEDH pose à titre de principe :

« Or la Cour partage l'analyse effectuée par la chambre quant à l'incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention :

« 72. A l'instar de la Cour constitutionnelle, la Cour reconnaît que la charia, reflétant fidèlement les dogmes et les règles divines édictés par la religion, présente un caractère stable et invariable. Lui sont étrangers des principes tels que le pluralisme dans la participation politique ou l'évolution incessante des libertés publiques. La Cour relève que, lues conjointement, les déclarations en question qui contiennent des références explicites à l'instauration de la charia sont difficilement compatibles avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention, comprise comme un tout. Il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes

religieuses. (...) Selon la Cour, un parti politique dont l'action semble viser l'instauration de la charia dans un État partie à la Convention peut difficilement passer pour une association conforme à l'idéal démocratique sous-jacent à l'ensemble de la Convention. »

La Cour ne saurait perdre de vue que des mouvements politiques basés sur un fondamentalisme religieux ont pu par le passé s'emparer du pouvoir politique dans certains États, et ont eu la possibilité d'établir le modèle de société qu'ils envisageaient. Elle considère que chaque État contractant peut, en conformité avec les dispositions de la Convention, prendre position contre de tels mouvements politiques en fonction de son expérience historique.

La Cour observe aussi que le régime théocratique islamique a déjà été imposé dans l'histoire du droit ottoman. La Turquie, lors de la liquidation de l'ancien régime théocratique et lors de la fondation du régime républicain, a opté pour une vision de la laïcité confinant l'Islam et les autres religions à la sphère de la pratique religieuse privée. Rappelant l'importance du respect du principe de la laïcité en Turquie pour la survie du régime démocratique, la Cour considère que la Cour constitutionnelle avait raison lorsqu'elle estimait que le programme du Refah visant à établir la charia était incompatible avec la démocratie (paragraphe 40 ci-dessus). »

Cette opposition ne cesse de s'affirmer. Ne l'avez-vous pas ressenti lors des événements tragiques de Charlie Hebdo ?

Ces deux visions inconciliables engendrent une opposition de mentalités, un « choc des civilisations. »³⁹

Peut-on caricaturer et moquer le prophète de l'Islam ? La pensée libérale démocrate teintée d'individualisme et soutenue par les textes des droits de l'homme crie : « Vive la liberté

³⁹ Voir l'ouvrage du même nom de Samuel P. Huntington, éd. Odile Jacob, Paris, 2000, 545p.

d'expression ! » L'interprétation majoritaire de la doctrine musulmane mue par l'esprit communautaire et se référant à la Charia scande « À bas le mécréant (Kuffar) ! »

Peut-on changer de religion ? La pensée libérale démocrate qui consacre l'autonomie personnelle et celle judéo-chrétienne qui favorise la responsabilité entre l'Homme et Dieu fondée sur la conscience individuelle l'admettent au titre de la liberté de religion. La tradition musulmane mue par l'esprit communautaire et se référant aux hadiths⁴⁰ affirme que cette apostasie mérite la mort.

Entre les deux, se présente donc un fossé difficile à combler. L'avenir n'annonce pas de jours paisibles.

Résumons : individualisme, laïcité, évolutivité, voici les valeurs qu'insuffle le modèle de démocratie libérale à notre société et à ses règles de droit. Vous ne comprenez pas ? Laissez-moi vous le dire en des termes familiers : dans notre société de droit romano-germanique, le droit préfère la mini-jupe à la burqa.

⁴⁰ Un Hadith est un recueil des propos censés avoir été tenus par le prophète Mahomet, tels que rapportés par ses compagnons lors de son vivant. Ces Hadiths, au nombre de six selon l'Islam sunnite, forment la tradition musulmane (appelée Sunna) qui vient clarifier le sens du Coran. S'agissant par exemple, du changement de religion considéré comme une apostasie (Irtidaad), le Coran renvoie à Dieu la responsabilité de punir le l'apostat. Un Hadith de Ibn Abbas reprend les propos tenus par Mahomet qui aurait dit : « Quiconque change de religion, tuez-le ! ».

C) Citations

« Le bilan doctrinal semble donc assez juste, qui évoque le déclin de la morale en droit. Plus précisément, n'est-ce pas le déclin des valeurs chrétiennes que l'on constate, ici ou là ? Carbonnier a joliment dit que la religion était accueillie en droit « par la médiation d'autres systèmes normatifs » : ce n'est pas avec le christianisme que le Code civil a traité directement, c'est avec la morale médiatrice ».

Et l'hypothèse pourrait bien être celle d'un repli constant de la morale chrétienne en droit positif. Le droit de la famille est à cet égard exemplaire : disparition de la distinction des enfants légitimes et naturels, reflux de la fidélité, ouverture d'un statut de couple aux homosexuels, avenir incertain du devoir d'honneur filial, etc.

Mais l'hypothèse ne doit-elle pas être relativisée ? N'a-t-on pas, dans le même temps, fait valoir combien les droits de l'homme empruntaient à la théologie, constituaient un « avatar du droit naturel », un nouveau « credo » ? la dignité (art. 16 C.civ.), avant d'être philosophique ou juridique, n'est-elle pas principe de foi ? (...) Pareillement, ne peut-on déceler, derrière la protection contre le surendettement et l'exclusion sociale, le souci de protéger les plus démunis, et finalement de respecter l'étincelle humaine qui éclaire chacun de nous ? De même, les progrès de la loyauté en droit processuel, de la bonne foi en droit du travail, etc, ne portent-ils pas à relativiser le désengagement de la morale classique ? »⁴¹

⁴¹ D. Fenouillet, « Propos introductifs », in *droit et morale* (dir. D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet), Collection Thèmes et Commentaires, Dalloz, Paris, 2011, p.15-16.

D) Exercices

Exercice n°7 : commentaire d'arrêt

Sur quelles valeurs se fonde la solution de l'arrêt de la cour de Cassation « Galopin » du 29 octobre 2004.

*Demandeur(s) à la cassation : Mme Muriel X...
Défendeur(s) à la cassation : Mme Micheline Y..., agissant en son nom propre et en sa qualité d'héritière de sa mère*

Mme X... s'est pourvue en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris (2^e chambre, section B) en date du 5 janvier 1996 ;

Cet arrêt a été cassé le 25 janvier 2000 par la première chambre civile de la Cour de cassation ;

La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Paris, autrement composée, qui, saisie de la même affaire, a statué par arrêt du 9 janvier 2002 dans le même sens que la 2^e chambre, section B de la même cour par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation ;

Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris (1^{ère} chambre, audience solennelle), M. le premier président a, par ordonnance du 17 novembre 2003, renvoyé la cause et les parties devant l'Assemblée plénière ;

La demanderesse invoque, devant l'Assemblée plénière, le moyen de cassation annexé au présent arrêt ;

Ce moyen unique a été formulé dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Boutet, avocat de Mme Muriel X... ;

Un mémoire en défense a été déposé au greffe de la Cour de cassation par Me Choucroy, avocat de Mme Micheline Y... ;

Le rapport écrit de M. Bizot, conseiller, et le projet d'avis écrit de M. Allix, avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

(...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 900, 1131 et 1133 du Code civil ;

Attendu que n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (première chambre civile, 25 janvier 2000, pourvoi n° 97-19.458), que Jean Y... est décédé le 15 janvier 1991 après avoir institué Mme X... légataire universelle par testament authentique du 4 octobre 1990 ; que Mme X... ayant introduit une action en délivrance du legs, la veuve du testateur et sa fille, Mme Micheline Y..., ont sollicité reconventionnellement l'annulation de ce legs ;

Attendu que, pour prononcer la nullité du legs universel, l'arrêt retient que celui-ci, qui n'avait "vocation" qu'à rémunérer les faveurs de Mme X..., est ainsi contraire aux bonnes mœurs ;

Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 janvier 2002, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Leçon 4 : Le destinataire du droit : un "ami qui vous veut du bien"

A) Bibliographie

- D. Alland (Dir.), *droit international public*, PUF, 2000, Paris, 807p.
- O. Beaud, « L'État », in *Vocabulaire fondamental du droit*, (R. Sève et F. Terré dir.) Archives de philosophie du droit, Sirey, Tome 35, Paris, 1990, pp 119-142.
- K-D. Borchardt, *L'ABC du droit de l'Union Européenne*, Office des publications de l'Union Européenne, Luxembourg, 2010, 148p ; accessible également à l'adresse Internet suivante : http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_fr.pdf
- G. Burdeau, *L'État*, Le Seuil, n°244 Paris, 1970, 182p.
- P. Pactet, F. Mélin-Soucramanien, *droit constitutionnel*, Armand Colin, 33^{ème} éd., Paris, 2014, 643p.
- F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Que-sais-je ?, 10^{ème} édition, Paris, 2015, 128p.
- J-M. Pontier, C. Debbasch, *Introduction à la politique*, Dalloz, 5^{ème} édition, Paris, 2000, 527p.

B) Cours

Cet ami qui dit vous vouloir du bien, c'est l'État.

C'est lui qui est le transmetteur du droit moderne « occidental ». Regardez-vous, regardez autour de vous. Qu'est-ce qui détermine l'organisation et le fonctionnement du système scolaire ? Celui de l'Université ? L'âge de la majorité ? Les conditions d'obtention de vos diplômes ? Le fonctionnement des transports publics et privés vous permettant de vous rendre à l'Université ? Le type de nourriture que vous mangez ? Le type de musique ou de film que vous ne pouvez écouter ou regarder ? C'est l'État.

Allons encore plus loin, qu'est-ce qui vous permet d'exister juridiquement, d'avoir le prénom et le nom que vous portez, d'habiter à l'adresse indiquée sur votre carte d'identité ? C'est toujours l'État.

L'omniprésence de l'État

C'est en effet l'État qui est à l'origine de l'organisation juridique de notre société. C'est lui qui fixe les règles de son fonctionnement, qui détermine quelles sont les autorités compétentes pour la régir, qui pose les normes de régulation en vue d'assurer l'harmonie au sein de celle-ci. Bref, le pilote de notre société, c'est l'État.

Cet État a évolué dans sa forme. Il n'a cessé de prendre du poids dans l'histoire juridique moderne de notre société. Il était État-Gendarme, affairé aux fonctions minimales de notre société : défense, justice, police. Il est devenu État-Providence : fournisseur officiel du bien-être social.

C'est simple, il est difficile aujourd'hui de trouver un domaine social que l'État ne régisse pas. Travail, éducation, loisirs, sexualité, etc., l'État a toujours son mot à dire.

Définition de l'État

Mais alors qu'est-ce donc que cet État ?

Puisque vous n'avez jamais serré la main de l'État, c'est que l'État est une entité artificielle, une création humaine, une œuvre de la pensée. Les juristes – dotés d'une imagination débordante – l'ont créée en la qualifiant de personne ; une personne morale de droit public.

C'est à partir du seizième siècle environ que les juristes ont eu une idée adaptée aux besoins sociaux du moment et à l'évolution des mentalités : remplacer Dieu, le Souverain omniscient et omnipotent, par une autre source de pouvoir, susceptible de régir leur vie de manière légitime et fondée sur la raison. La figure du Roi, de l'Empereur ou encore du Pape (souverain pontife) avait fait son temps. Une fois la personne décédée, il fallait la changer. Ce n'était pas très pratique. Il s'agissait donc trouver un moyen d'asseoir l'autorité d'une personne disposant d'une puissance absolue et susceptible de durer dans le temps.

L'on retrouve ces deux aspects principaux dans l'État.

Il s'agit d'une part d'une institution, autrement dit l'expression d'une volonté pérenne et impersonnelle. Elle est pérenne, car elle s'inscrit dans le temps. L'État français est vieux de plusieurs centaines d'années. C'est une création faite pour perdurer. Elle est impersonnelle, car son existence ne dépend pas de celle d'un humain. Ce n'est pas l'État Mitterrand, Chirac, Sarkozy ou Hollande. C'est la République française qui n'existe qu'à travers ses représentants.

Il s'agit, d'autre part, d'une personne disposant de la puissance souveraine. Cette puissance souveraine s'exprime au sein du territoire de l'État, mais aussi en dehors du territoire de l'État, sur la scène internationale. Abordons ces deux aspects.

La signification de la puissance souveraine de l'État dans l'ordre interne

Vous connaissez le proverbe « Nul n'est censé ignorer la loi ». Or la loi est édictée par l'État. Nul n'est donc censé ignorer la volonté de l'État. Nul n'est d'ailleurs censé ignorer que ce sont les autorités représentant l'État qui font les règles de droit, mais aussi qui les appliquent et en vérifient l'exécution. Parlement, gouvernement, juges, autorités administratives : ce sont en effet toujours des autorités étatiques qui initient et/ou contrôlent les actes juridiques. Aussi, même si, comme nous l'avons vu plus haut, il existe effectivement des autorités privées à l'origine de règles de droit, elles restent toujours sous la supervision d'une autorité étatique.

En outre, la mise en œuvre d'une loi incombe à un représentant de l'État : ministre, préfet, maire, autorité administrative indépendante, etc. Obtenir un passeport ou un permis de conduire, s'inscrire au registre du commerce et des sociétés, se voir fixer le montant de l'impôt sur le revenu, toutes ces décisions d'application de la loi dépendent d'une autorité étatique.

Au demeurant, pour ce qui est de la vérification de sa mise en œuvre, c'est encore l'État qui intervient. Par exemple, si vous avez un litige avec votre voisin à propos de la construction d'une clôture, il vous semblera tout naturel de vous adresser, non pas aux anciens du village ou à l'association des voisins du quartier, mais au tribunal d'instance compétent. Il existe certes des mécanismes alternatifs de résolution des litiges, des commissions de médiation, des voies conciliatoires, des arbitres, etc., mais tout ceci n'est que subsidiaire par rapport au rôle décisif de l'État.

Ainsi, qui oserait défier son monopôle de création du droit ?

Gare à ceux en effet qui voudraient prendre la place de l'État. Dans certaines banlieues françaises, les heurts réguliers avec les jeunes

des cités montrent que l'État est susceptible et n'admet aucune forme de concurrence.

Mais, me direz-vous, comment peut-on accepter un tel monopôle sans se révolter ?

La légitimité de l'État

Les concepteurs de "l'ami qui vous veut du bien" y ont pensé. Ils ont créé des subterfuges permettant de mieux accepter son autorité. L'un s'appelle le principe de souveraineté populaire/nationale, l'autre se nomme le suffrage universel direct.

L'idée est de faire croire que la volonté de l'État n'est en réalité que l'expression de la volonté de la population qui le compose. Ne disait-on pas d'ailleurs pendant de nombreuses décennies : « la loi est l'expression de la volonté générale » ?

En réalité, les juristes qui se sont penchés en détail sur la question se sont bien rendu compte que les choix de l'État démocratique étaient rarement le reflet de la volonté du peuple. Il suffit d'ailleurs de voir, par exemple, comment les lois sont initiées et votées, comment la cote de popularité d'un président démocratiquement élu descend en flèche à la suite de son élection pour comprendre que le point de vue de la population n'équivaut pas à celui des représentants du peuple.

Fort heureusement, certaines "soupapes de sécurité" permettent de remédier aux velléités de révolution : la reconnaissance des libertés individuelles, l'alternance politique, un niveau économique plutôt satisfaisant, *panem, vinum et circenses*⁴², etc., constituent autant de

⁴² « Du pain, du vin et des jeux de cirque », comme disaient les romains pour faire oublier au peuple l'ennui et les problèmes sociaux. Voir, P. Veyne, « Panem et circenses : l'évergétisme devant les sciences humaines », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, vol. 24, n° 3, 825-785 p., 1969

doses de morphine pour calmer les douleurs des populations en souffrance.

Mais si la morphine vient à manquer durant une période trop longue, les représentants de l'État ont du souci à se faire. Dernière en date, l'Égypte de Hosni Moubarak et l'Ukraine de Viktor Ianoukovytch en ont fait l'amère expérience. M. Erdogan a failli lui aussi y goûter.

La signification de la puissance souveraine de l'État dans l'ordre international

Ce pouvoir s'exprime aussi en dehors du territoire, sur la scène internationale. L'État au sens du droit international public, c'est une collectivité publique composée 1) d'autorités publiques effectives qui régissent 2) une population donnée vivant sur 3) un territoire délimité par des frontières et qui dispose 4) de la souveraineté.

Le seul souci, c'est que le vocabulaire de « souveraineté » a été emprunté, ici encore, au vocabulaire religieux relatif à Dieu. Or, ce qui s'applique à Dieu qui est qualifié de Seul et Unique, peut difficilement être transposé à une société composée de multiples États, puisque les Nations-Unies dénombrent actuellement 193 États-Membres.

Comment faire alors avec 193 prétendus souverains ?

Il a fallu avec le temps raboter cette notion de souveraineté pour la faire correspondre à la réalité. Il n'est plus question de pouvoir absolu qui permettrait à un État d'agir à sa guise sur la scène internationale. Un État souverain, c'est avant tout une entité qui ne peut être forcée à faire quelque chose par une autre entité, à moins qu'elle ne l'ait accepté au préalable. Exemple : la France ne peut être forcée à réduire sa frontière en abandonnant la Savoie à l'Italie. En revanche, ce n'est pas parce que la France est forcée à payer une amende de la Commission européenne pour n'avoir pas

mis en œuvre à temps une directive budgétaire, qu'elle n'est plus souveraine. Elle a en effet décidé de s'engager au préalable à respecter ces engagements. Cet engagement et les conséquences qui s'ensuivent ne sont donc que l'expression de cette souveraineté.

Pour savoir si une entité demeure souveraine, il faut savoir si elle dispose toujours, au sens juridique, de la capacité de déterminer librement l'ampleur de ses compétences. La réponse à cette question n'est pas compliquée à trouver. Il suffit de regarder le texte juridique qui fixe la répartition des compétences entre les États. Par exemple, est-ce que la France est toujours souveraine par rapport à l'Union Européenne (UE) ?

La réponse se trouve dans l'acte qui contient la répartition des compétences entre les deux entités : le traité de Lisbonne. Plus précisément, il faut regarder au niveau des règles de révision de ce traité pour savoir si les États, dont la France, sont toujours libres ou non de céder leurs compétences. Si la révision du traité se fait à l'unanimité, cela signifie qu'un État a toujours la maîtrise de ses compétences et qu'il ne peut être forcé d'en céder. Si la révision intervient à la majorité, c'est que d'autres États au sein de l'UE, s'ils sont majoritaires, pourraient forcer les États minoritaires à abandonner leurs compétences. C'est l'article 48§4 du TUE qui nous donne la réponse. Il dispose que :

« Une conférence des représentants des gouvernements des États membres est convoquée par le Président du Conseil en vue d'arrêter d'un commun accord les modifications à apporter aux traités.

Les modifications entrent en vigueur après avoir été ratifiées par tous les États membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives. »

La réponse est donc claire : la France demeure souveraine face à l'UE, car elle demeure toujours libre de refuser de céder une

compétence en raison de la règle de l'unanimité qui régit la révision du traité fixant la répartition des compétences.

La même méthode vaut pour toutes les autres situations sur la scène internationale.

Cela ne veut toutefois pas dire que l'État agit seul. De plus en plus, les États délèguent leurs compétences à d'autres entités, que l'on appelle des organisations internationales, afin qu'elles s'occupent de certains domaines du droit international. L'Organisation des Nations-Unies est la plus connue sur la planète, mais il y a aussi l'Organisation Mondiale du Commerce, le Fonds Monétaire International, etc.

À l'échelle européenne, les organisations les plus connues sont l'Union Européenne en matière économique et le Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme.

Si l'on revient maintenant à l'État dans l'ordre interne, qu'en est-il de son organisation ?

Organisation de l'État

Avec le temps, l'État a été organisé en trois pouvoirs : le pouvoir législatif représenté par un parlement généralement bicaméral ; le pouvoir exécutif entre les mains soit d'un président, soit d'un gouvernement, ou bien des deux ; enfin le pouvoir judiciaire - que nous appellerons plutôt « pouvoir juridictionnel »⁴³ - assuré par un ensemble hiérarchisé de juridictions. C'est ce que l'on connaît communément sous le terme de « séparation des pouvoirs ».

Ces pouvoirs ont des fonctions qui leurs correspondent.

- 1) La fonction d'élaborer et d'adopter les lois. C'est la fonction législative.

⁴³ Pour de plus amples explications voir la leçon 4, de la 2^{ème} Partie.

- 2) La fonction d'exécuter les lois et de ratifier les traités. C'est la fonction exécutive.
- 3) La fonction de trancher les litiges et de vérifier la conformité d'une norme inférieure par rapport à une norme supérieure. C'est la fonction juridictionnelle.

En règle générale, à chaque pouvoir une fonction, l'objectif étant que chaque pouvoir puisse à la fois mieux se spécialiser dans une fonction spécifique et satisfaire à ses obligations de manière effective, mais aussi d'éviter que toutes ces compétences se retrouvent entre les mains d'un seul pouvoir.

Toutefois, l'idée de Montesquieu n'était pas que chaque pouvoir dispose d'une compétence sans partage dans son propre domaine. Autrement la séparation des pouvoirs n'aurait été que l'application de l'adage : « diviser pour mieux régner ». Non, l'idée était plutôt que chaque pouvoir disposât d'une parcelle de chaque fonction ; afin d'interagir et de se contrôler mutuellement.

Ainsi, le pouvoir législatif pouvait très bien intervenir dans la fonction exécutive en ratifiant par exemple les traités ou, inversement, le pouvoir exécutif pouvait participer à la fonction législative en initiant des projets de loi. C'est ce que les américains, qui ont parfaitement appliqué les idéaux de Montesquieu en la matière, ont appelé la théorie des « checks and balances »⁴⁴. En France, on parlera d'interpénétration des pouvoirs ou d'enchevêtrement des fonctions.

En revanche, le pouvoir judiciaire (ou juridictionnel) doit être placé à part. Rien ne justifie que les autres pouvoirs se mêlent de sa fonction de juger. Celle-ci exige au contraire indépendance et impartialité. L'expérience montre toutefois qu'une telle exigence

⁴⁴ Contrôles et équilibres.

demeure encore une vue de l'esprit dans de notre États de la planète.⁴⁵

Régime présidentiel ; régime parlementaire

Les relations entre les pouvoirs, et plus particulièrement ceux affairés à produire des lois - l'exécutif et le législatif -, sont organisées de nombreuses manières. Mais aussi bizarrement que cela puisse paraître, sur la planète entière, ce sont surtout deux modèles de relations entre ces deux pouvoirs qui émergent.

Le premier modèle est de type présidentiel. Il existe aux États-Unis d'Amérique et dans la plupart des pays d'Amérique latine. Ce régime se caractérise par trois conditions. Primo, il existe un pouvoir exécutif monocéphale. Cela signifie que le président est le chef de l'État et qu'il gouverne en même temps. Il ne dispose pas de ministres.

Secundo, le président tire sa légitimité du peuple et non pas du parlement. Son mandat, autrement dit son existence-même, ne dépend pas de l'autre pouvoir. Ils sont tous deux autonomes quant à leur existence.

Tertio, il n'existe pas de mécanisme de renversement, c'est-à-dire que le pouvoir législatif ne peut pas renverser le président au moyen d'une motion de censure ou d'une question de confiance, de même que le président ne peut pas dissoudre le parlement au moyen d'un droit de dissolution.

Le second modèle est de type parlementaire. La plupart des pays d'Europe l'ont adopté. Trois conditions contraires le caractérisent. Tout d'abord, le pouvoir exécutif est bicéphale, à savoir qu'il existe à la fois un chef d'État et un gouvernement à la tête duquel

⁴⁵ Voir par exemple : G. Tusseau, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques – ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », in *droits*, PUF, 2012/1 (n° 55), Paris, p.41-84.

se trouve le premier ministre. Ensuite, le gouvernement tire sa légitimité du parlement, ou de l'une de ses chambres, qui lui tire sa légitimité du peuple. En d'autres termes, les deux pouvoirs sont intimement liés quant à leur existence et le gouvernement doit continuellement disposer de la confiance d'une majorité parlementaire. Enfin, et c'est aussi ce qui explique cela, les deux pouvoirs peuvent se renverser mutuellement ; le pouvoir exécutif étant à même de dissoudre le parlement et, en sens inverse, le parlement pouvant renverser le gouvernement.

Ce sont ces pouvoirs exécutif et législatif qui, en fonction de leurs interactions spécifiques, sont aux commandes de l'État.

Des états dans l'État

Retenons toutefois que l'État n'agit pas seul. Il a, à côté de ses leviers de pouvoir, des rejets ; des sortes de mini-états. Ce sont également des personnes morales de droit public, mais à l'échelle locale. L'article 72 de la Constitution les énumère : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer [...].* » Il leur a promis l'autonomie et plus de pouvoir puisque le même article poursuit : « ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ».

Toutefois, même si les réformes successives poussent à plus d'autonomie financière et de décentralisation du pouvoir, la réalité en souligne clairement les limites. C'est toujours le législateur qui détermine la fiscalité des collectivités. Autrement dit, c'est toujours le « papa État » qui fournit l'argent de poche à son « petit collectivité », qui peut ensuite en disposer librement.

Les actes juridiques ; instrument de réalisation de la politique étatique

Quel que soit le modèle, l'État réalise sa politique intérieure en cherchant à atteindre ses objectifs au moyen de l'adoption d'actes normatifs. Ces actes normatifs sont de divers types.

Un peu à l'instar du peintre qui utilise toutes sortes de pinceaux, des fins, des plats, des ronds, des en éventail, des brosses, etc., l'État utilise toutes sortes d'instruments juridiques qui contiennent des règles/principes et au moyen desquels il régule le fonctionnement de la société.

Ces actes juridiques seront décrits plus en détail dans les leçons qui suivront.

C) Citations

« Au-dessus de ceux-là s'élève un pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d'assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et doux. Il ressemblerait à la puissance paternelle si, comme elle, il avait pour objet de préparer les hommes à l'âge viril ; mais il cherche au contraire, qu'à les fixer irrévocablement dans l'enfance ; il aime que les citoyens se réjouissent pourvu qu'ils ne songent qu'à se réjouir. Il travaille volontiers à leur bonheur, mais il veut en être l'unique agent et le seul arbitre ; il pourvoit à leur sécurité, prévoit et assure leurs besoins, facilite leurs plaisirs, conduit leurs principales affaires, dirige leur industrie, règle leurs successions, divise leur héritage ; que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre. (...)

Après avoir pris ainsi tour à tour dans ses puissantes mains chaque individu, et l'avoir pétri à sa guise, le souverain étend ses bras sur la société tout entière; il en couvre la surface d'un réseau de petites règles compliquées, minutieuses et uniformes, à travers lesquelles les esprits les plus originaux et les âmes les plus vigoureuses ne sauraient se faire jour pour dépasser la foule; il ne brise pas les volontés, mais il les amollit, les plie et les dirige; il force rarement d'agir, mais il s'oppose sans cesse à ce qu'on agisse; il ne détruit point, il empêche de naître; il ne tyrannise point, il gêne, il comprime, il énerve, il éteint, il hébète, et il réduit enfin chaque nation à n'être plus qu'un troupeau d'animaux timides et industriels, dont le gouvernement est le berger. »⁴⁶

⁴⁶ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, p.324.

D) Exercices

Exercice n°8 : question de raisonnement et de dissertation

À la lumière des articles de la loi fondamentale allemande ci-dessous, quel type de régime constitutionnel connaît la République fédérale allemande ?

III. LE BUNDESTAG

Article 38 [Elections]

(1) 1 Les députés du Bundestag allemand sont élus au suffrage universel, direct, libre, égal et secret.

2 Ils sont les représentants de l'ensemble du peuple, ne sont liés ni par des mandats ni par des instructions et ne sont soumis qu'à leur conscience.

(2) Est électeur celui qui a dix-huit ans révolus ; est éligible celui qui a atteint l'âge de la majorité.

(3) Les modalités sont réglées par une loi fédérale.

Article 39 [Législature, réunion, convocation]

(1) 1 Le Bundestag est élu pour quatre ans, sous réserve des dispositions ci-après.

2 La législature prend fin avec la réunion d'un nouveau Bundestag.

3 Les nouvelles élections ont lieu quarante-six mois au plus tôt, quarante-huit mois au plus tard après le début de la législature.

4 En cas de dissolution du Bundestag, les nouvelles élections ont lieu dans les soixante jours.

(2) Le Bundestag se réunit au plus tard le trentième jour qui suit les élections.

(3) 1 Le Bundestag décide de la clôture et de la reprise de ses sessions. 2 Le président du Bundestag peut le convoquer avant la date prévue.

3 Il est tenu de le faire si un tiers des membres, le président fédéral ou le chancelier fédéral en font la demande.

(...)

V. LE PRESIDENT FEDERAL

Article 54 [Election]

(1) 1 Le président fédéral est élu sans débat par l'Assemblée fédérale.

2 Est éligible tout Allemand ayant le droit de vote pour les élections au Bundestag et âgé de quarante ans révolus.

(2) 1 La durée des fonctions du président fédéral est de cinq ans. 2 Une seule réélection immédiate est permise.

(3) L'Assemblée fédérale se compose des membres du Bundestag et d'un nombre égal de membres élus à la proportionnelle par les représentations du peuple dans les Länder.

(4) 1 L'Assemblée fédérale se réunit au plus tard trente jours avant l'expiration des fonctions du président fédéral ou, en cas de cessation anticipée, au plus tard trente jours après celle-ci.

2 Elle est convoquée par le président du Bundestag.

(5) A l'expiration de la législature, le délai prévu à l'alinéa 4, 1^{ère} phrase commence à courir à compter du jour de la première réunion du Bundestag.

(6) 1 Est élu celui qui obtient les voix de la majorité des membres de l'Assemblée fédérale.

2 Si aucun candidat n'atteint cette majorité au cours de deux tours de scrutin, est élu au tour de scrutin suivant celui qui réunit sur son nom le plus grand nombre de voix.

(7) Les modalités sont réglées par une loi fédérale.

(...)

VI. LE GOUVERNEMENT FEDERAL

Article 62 [Composition]

Le gouvernement fédéral se compose du chancelier fédéral et des ministres fédéraux.

Article 63 [Election et nomination du chancelier]

(1) Le chancelier fédéral est élu sans débat par le Bundestag sur proposition du président fédéral.

(2) 1 Est élu celui qui réunit sur son nom les voix de la majorité des membres du Bundestag.

2 L'élu doit être nommé par le président fédéral.

(3) Si le candidat proposé n'est pas élu, le Bundestag peut élire un chancelier fédéral à la majorité de ses membres dans les quatorze jours qui suivent le scrutin.

(4) 1 A défaut d'élection dans ce délai, il est procédé immédiatement à un nouveau tour de scrutin, à l'issue duquel est élu celui qui obtient le plus grand nombre de voix.

2 Si l'élu réunit sur son nom les voix de la majorité des membres du Bundestag, le président fédéral doit le nommer dans les sept jours qui suivent l'élection.

3 Si l'élu n'atteint pas cette majorité, le président fédéral doit, soit le nommer dans les sept jours, soit dissoudre le Bundestag.

(...)

Article 67 [Motion de défiance constructive]

(1) 1 Le Bundestag ne peut exprimer sa défiance envers le chancelier fédéral qu'en élisant un successeur à la majorité de ses membres et en demandant au président fédéral de révoquer le chancelier fédéral.

2 Le président fédéral doit faire droit à la demande et nommer l'élu.

(2) Quarante-huit heures doivent s'écouler entre le dépôt de la motion et l'élection.

Article 68 [Motion de confiance, dissolution du Bundestag]

(1) 1 Si une motion de confiance proposée par le chancelier fédéral n'obtient pas l'approbation de la majorité des membres du Bundestag, le président fédéral peut, sur proposition du chancelier fédéral, dissoudre le Bundestag dans les vingt et un jours.

2 Le droit de dissolution s'éteint dès que le Bundestag a élu un autre chancelier fédéral à la majorité de ses membres.

(2) Quarante-huit heures doivent s'écouler entre le dépôt de la motion et le vote.

Leçon 5 : Les destinataires du droit : nous, créatures juridiques du Dr État

A) Bibliographie

- J-P. Baud, *L'affaire de la main volée. Une histoire juridique du corps*, Seuil, Paris, 1993, 256p.
- L. Bergel, « Le rôle des fictions dans le système juridique », in *Revue de droit de McGill*, 1988, p. 362, n° 4.
- C. Biquet, « Les fictions en droit », In *Hanyang Law Review*, 2013, 30(1), 275-305.
- M. Fabre-Magnan, M. Levinet, J-P. Marguénaud et F. Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté de consentement », in *La liberté du consentement, le sujet, les droits de l'homme et la fin des bonnes mœurs*, droits, Revue française de théorie juridique, nos°48 et 49, 2009.
- B. Lemmenicier, « Le corps humain : propriété de l'État ou de soi ? », in « *Biologie, personne et droit* », droits, Revue française de théorie juridique, n 13, 1991, pp. 111 et svts.
- J-M. Poughon, « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique », in *Europe des libertés*, PUS, n 11, Février-Avril 2003, Strasbourg, consultable également sur Internet à l'adresse : http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5.

- J. Sainte-Rose, « La condition juridique de l'enfant à naître », in *La liberté de la personne sur son corps*, (Dir. P. Muzny), Dalloz, Coll. Thèmes & Commentaires, Paris, 2010.

B) Cours

Des « créatures juridiques » ? Le monde du droit serait-il composé d'êtres surnaturels, fantastiques, fruits de l'imagination humaine ?

C'est en tout cas ce que les juristes veulent nous faire croire en répétant les mêmes affirmations pour perpétuer la tradition. Prenez n'importe quel ouvrage de droit civil et vous verrez qu'il y sera rapidement question de « personnalité juridique ». Selon ces auteurs, les destinataires du droit sont bien les êtres humains. Mais ils vous diront que pour être aptes à devenir titulaires de droits et redevables d'obligations, un être humain doit en quelque sorte revêtir un habit spécial pour entrer dans le monde du droit, la personnalité juridique, à l'instar des boîtes jet-set qui exigent des candidats à la fête une forme d'apparat bling-bling pour être l'un des leurs.

D'ailleurs n'a-t-on pas l'habitude de dire aux étudiants de première année que le terme « personnalité » vient d'un mot d'origine étrusque *persona* qui signifie masque de théâtre, comme s'il fallait que l'être humain se saisisse du masque social offert par le droit, faute de quoi il ne pourrait pas faire partie du jeu de la vie ? Et, en guise de justification, ne lui explique-t-on pas qu'il n'y a encore pas si longtemps de cela en France (loi d'abrogation du 1^{er} mai 1854), l'État pouvait condamner un être humain à la « mort civile », en ce sens que, bien que physiquement vivant, il n'existait plus aux yeux du droit : sa succession étant ouverte, son mariage dissout, ses contrats annulés, etc. ?

Le fait est que le droit n'a cessé de reconstruire la réalité qui nous entoure au point qu'il y a parfois un monde d'écart entre ce que nous percevons dans la réalité physique et la vision que nous offre la fiction juridique. Ainsi, le pigeon et son pigeonnier sont des biens immeubles par destination, la société commerciale est une personne morale, la clause est « réputée non écrite », alors

qu'elle est bien là devant nos yeux. Toutefois, répandre l'idée d'une telle représentation de la réalité n'a rien de gratuit. En énonçant que le destinataire du droit doit disposer de la personnalité juridique que lui octroie l'État - à partir d'exemples plutôt anecdotiques -, l'on aboutit à faire dépendre l'existence et la capacité d'un individu dans la société du choix de l'État de lui accorder ou non cette personnalité. L'on comprend donc mieux que l'artifice de la personnalité juridique, loin d'être un moyen de libération de l'être humain, comme les juristes prétendent l'affirmer, constitue en réalité une aliénation de son humanité au profit de l'État, cet ami qui nous veut du bien.⁴⁷ Bref, l'État obtient ainsi un droit de vie et de mort sur nous êtres humains.

La vie et la mort d'une personne juridique sont au pouvoir de l'État

Ces propos ne sont pas que théoriques. Ils ont des effets pratiques. Prenons pour exemple la question fondamentale de la venue à l'existence d'un être vivant. Au lieu de se poser la question de savoir quand commence scientifiquement la vie conformément à la réalité médicale, les représentants de l'État, législateur ou juge, se demanderont plutôt quand il convient de faire débiter la personnalité juridique en fonction des intérêts existants.

Et la réponse ? Ils vous diront, en principe⁴⁸, que c'est à la naissance, comme si le nourrisson qui, depuis plusieurs mois pourtant, respire, se nourrit, écoute, parle, réfléchit, communique,

⁴⁷ Sur ce point, voir également les critiques de M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, éd. François Maspero, Paris, 1976, 388p.

⁴⁸ Je dis en principe, car il y a la célèbre règle issue de l'adage latin « l'enfant simplement conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt » (*Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*) qui permet dans certaines circonstances d'attribuer à un enfant non encore né des droits lorsque c'est à son avantage, en matière successorale par exemple.

rigole, pleure, etc., prenait vie seulement au moment de dire bruyamment coucou à la sortie de l'utérus.

C'est pourquoi ils vous diront aussi que le droit à la vie n'est pas du tout violé en cas d'avortement, car, selon le droit, la personnalité juridique peut n'être attribuée qu'à un enfant né viable, c'est-à-dire apte à vivre.

D'ailleurs, en cas d'accident de voiture causé par un chauffard ivre par exemple, la Cour de cassation jugera que l'auteur de l'accident devra indemniser la victime des préjudices subis pour elle-même, pour son véhicule, pour son animal de compagnie, etc., mais pas pour le fœtus qu'elle porte et qui a été tué durant l'accident⁴⁹.

De même, l'absence d'une personne depuis dix ans ou le fait qu'elle soit portée disparue équivaut à un décès. Loin des yeux, loin...

Quant à la personne décédée, ne considère-t-on pas fictivement en matière successorale qu'elle ne meurt jamais à travers la continuation de sa personne par ses héritiers ?

Ajoutons à ce monde de fiction juridique que le droit, fondé sur l'héritage romain, conçoit la réalité sans nuances, en noir et blanc seulement. Le droit nous dit : soit ce qui nous entoure est une chose, soit c'est une personne. En dehors de ces deux catégories, point de salut.

Par exemple, si le fœtus n'est pas une personne, il est nécessairement une chose et se trouve soumis en tant que tel au régime des choses, au même titre que les biens périssables et consommables, à ceci près que le fœtus ne fait l'objet d'aucun dédommagement, contrairement aux choses endommagées.

⁴⁹ Voir le fort regrettable arrêt Cass. Ass. plén., *Vo*, 29 juin 2001, n°99-85-973.

Idem pour les animaux, même si depuis la loi du 16 Février 2015⁵⁰, le législateur les a fait passer de la catégorie de biens meubles à celle d'« *êtres vivants doués de sensibilité* », ils ne possèdent toujours pas de personnalité juridique et demeurent de ce fait des choses. On peut donc, hormis quelques exceptions, en disposer comme bon nous semble.

Le corps humain est sacré, ou presque

Nous sommes également des créatures juridiques à la botte du Dr. État-Frankenstein, en raison du statut de notre corps durant notre vie. Je m'explique.

Vous entendrez les juristes dire que le droit se fonde sur le critère de l'existence d'un corps humain. Le corps humain, comme disait Kant, serait le substrat de la personne ou encore pour reprendre les termes de Jean Carbonnier, l'un des plus célèbres juristes français du 20^{ème} siècle : « le corps [ferait] la personne », il serait sa demeure, mieux, son palais. Je dis tout cela au conditionnel parce que c'est le contenu du message diffusé par les enseignants de droit à des milliers de jeunes étudiants en droit, comme si le droit français avait pris l'habitude d'attribuer au corps un caractère sacré. Cela signifie que, selon cette vision des choses, notre corps ne nous appartient pas vraiment, que l'on ne peut pas en faire ce que l'on veut.

Je ne nie pas tous ces propos en bloc. On ne peut pas par exemple utiliser notre corps pour nuire aux autres. Mais quand il s'agit de choix qui n'ont d'effet direct que sur nous-mêmes ? C'est ici qu'il faut nuancer.

Il est vrai, à la lecture du Code civil (art.16 et suivants), que le corps ou l'une de ses parties ne peut pas faire l'objet d'un

⁵⁰ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

commerce. Il est indisponible, inaliénable, incessible. Il n'est pour l'instant pas permis par exemple de louer son utérus pour porter l'embryon d'autrui. La vente de ses organes n'est pas autorisée. Même au décès d'une personne, sa dépouille ou ses cendres continuent de bénéficier d'une protection juridique particulière.

Certaines affaires abondent en ce sens. Mentionnons-en deux. Dans la première, un détenu de la prison d'Avignon avait exprimé son mécontentement en se sectionnant un doigt et en le mettant dans un colis pour l'envoyer au Garde des Sceaux. Les gardes s'en aperçurent et confisquèrent son doigt au motif que son corps ne lui appartenait pas⁵¹.

Dans l'affaire Moore concernant les États-Unis d'Amérique cette fois, un patient, qui avait été atteint de leucémie et s'en était sorti, produisait des cellules uniques au monde. Les médecins s'en étant aperçus, avaient prélevé pendant plus de sept ans ces cellules, à l'insu du patient, et les revendaient au prix fort à des sociétés pharmaceutiques. Dès que le patient eut connaissance de cette revente, il porta l'affaire devant les juridictions américaines, qui rejetèrent son recours au motif que M. Moore n'était pas propriétaire de son corps et, partant, de ces cellules. Une fois prélevées, ces dernières pouvaient donc faire l'objet d'accords marchands.

Avec ces deux exemples, l'on se rend compte que la sacralisation du corps humain n'est pas un cadeau pour l'être humain. Ce faisant, l'État oublie que l'humanité n'est pas seulement dans le corps, la chair, mais aussi dans l'esprit et la volonté qui l'animent.

Cette approche est d'autant plus regrettable que lorsque cela arrange l'État, certaines parties de notre corps peuvent en réalité

⁵¹ TGI d'Avignon (référé) Daoud, 24 septembre 1985 ; Note P. Dertin, Gazette du Palais, 15 février 1986, « un doigt de droit, deux doigts de bon sens... ».

faire l'objet de contrats de vente, sans que cela ne choque. Dès le 21 juillet 1952, il en a été ainsi avec le sang, le plasma et ses dérivés. Par la suite, cela s'est étendu au lait de nourrisson, au placenta, au cordon ombilical, aux tissus fœtaux, etc.

Il suffisait au législateur de sortir ces produits du champ d'application de la loi et aux juristes de modifier la terminologie en vigueur en requalifiant ces produits du corps humain de « produits thérapeutiques » ou encore de « déchets hospitaliers ». Mais le fait est là, le sang au même titre que tous les autres éléments du corps précités font l'objet d'un échange marchand. L'apparence est sauve, mais les fictions juridiques ont leurs limites, à qui veut bien y réfléchir.

Le corps humain, propriété de l'État ?

Le fait que nous, destinataires du droit, soyons des créatures juridiques assujetties au droit de la République française ressort également d'un autre aspect de la fiction juridique qu'est la personnalité juridique. Les juristes affirment que cette personnalité donne droit à des avantages. Avec elle, nous obtenons des attributs : le nom, le prénom, le domicile, etc. Nous nous voyons également bénéficier de la capacité juridique. Selon la définition habituelle, c'est l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer. Elle nous permet d'être propriétaire, d'agir en justice, de voter, de nous exprimer, etc. Bref, c'est l'expression de la liberté de la personne dans la société. Qu'en tant que personne nous disposions de la capacité d'agir dans la société est une évidence. Mais la question pertinente est plutôt celle-ci : quelle est l'étendue de cette capacité et de quoi dépend-elle ?

La réponse à cette question apparaît clairement si l'on se penche sur le contraire de la capacité, à savoir l'incapacité. En droit, il y a essentiellement deux sortes d'incapables : les mineurs, c'est-à-dire ceux qui ont moins de dix-huit ans et les majeurs dont les facultés mentales sont altérées (fous, déments, aliénés, prodiges, etc.). Ces

deux types de personnes ont, selon le droit, besoin d'une personne de confiance pour les accompagner dans leurs prises de décision : parents, administrateur légal, curateur ou tuteur.

Cela signifie donc que la capacité juridique est déterminée en fonction du degré d'autonomie de la personne, autrement dit, de sa capacité à prendre des décisions en connaissance de cause pour soi-même. D'ailleurs, le droit nuance l'incapacité d'une personne en fonction de l'évolution de son degré d'autonomie, un adolescent de dix-sept ans ayant quasiment les mêmes droits qu'un majeur, au contraire d'un enfant de huit ans.

Cela signifie qu'une personne ayant atteint l'âge de dix-huit ans est dorénavant présumée capable de discernement. Et il n'est évidemment pas question pour l'État de s'immiscer dans les choix des individus et de considérer comme incapables tous ceux, par exemple, qui ne penseraient pas comme lui⁵².

La réalité veut que, si nous sommes doués de discernement, alors nous pouvons faire ce que nous voulons avec notre propre vie et notre propre corps. Cigarette, alcool, sports extrême, soins médicaux inhabituels, euthanasie, voire suicide : l'État ne peut empêcher les gens de prendre des décisions qui nuisent à leur vie, même si la majorité les désapprouve. C'est aussi cela le sens du régime démocratique dans lequel nous vivons.

Deux exemples célèbres

Et pourtant, certaines affaires célèbres dont vous entendrez parler lors de vos études juridiques démontrent que cette liberté de prendre des décisions pour soi-même est toute relative. Ces affaires ont ceci de particulier qu'elles sont, comme diraient les anglophones « borderline ». Autrement dit, elles remettent en

⁵² Selon l'Observatoire National des Populations « Majeurs Protégés », il y a actuellement en France environ 120'000 adultes faisant l'objet d'un régime de protection, soit un ratio de 1/420.

cause nos idées préconçues et secouent nos habitudes parce qu'elles ne concernent pas n'importe quelle liberté. Elles se rapportent à qu'il y a de plus sensible en nous : notre propre corps. En raison de cette sensibilité, ces affaires permettent de révéler le véritable état d'esprit de l'État quant à l'étendue de la liberté individuelle.

C'est le Conseil d'État, la plus haute juridiction administrative française qui a jugé ces deux affaires.

La première affaire Morsang-sur-Orge concernait une personne de petite taille qui avait été embauchée par une société pour servir de projectile lors d'un jeu organisé dans des discothèques et appelé le « lancer de nain ». Le maire de la commune avait pris un arrêté interdisant ce type de spectacle. En fin de compte, le Conseil d'État lui a donné raison au nom de l'ordre public français et plus précisément au nom de la sauvegarde de la dignité humaine.

L'aspect négatif de cette affaire ne se trouve pas tant dans la solution rendue, que dans la démarche du Conseil d'État. Les juges se sont servis d'une notion décisive, la dignité, sans expliquer ce qu'ils entendaient par là. Cette affaire opposait la liberté de cette personne de petite taille, qui avait enfin trouvé du travail et qui avait accepté de participer au jeu en toute connaissance de cause, à la vision sacrée de notre corps humain telle que l'ont perçue les juges du Conseil d'État. La libre disposition du corps trouve là ses limites. Voici donc le paradoxe de l'État français qui ne trouve pas indigne qu'un homme puisse s'envoyer en l'air avec une prostituée, mais qui, au nom de ce même principe, réprimande celui qui se fait envoyer en l'air par l'un de ses compagnons de jeu.

La leçon est que notre corps ne nous appartient pas. Il est entre les mains de l'"ami qui nous veut du bien".

L'affaire Senanayake c/ Assistance Publique Hôpitaux de Paris souligne également ce paradoxe. Dans cette affaire, un adulte de 44 ans, père de famille et malade des reins depuis de nombreuses

années se faisait soigner pour une insuffisance rénale aigue. En raison de complications, les médecins qui le soignaient ont voulu lui administrer des transfusions sanguines. Le patient n'en voulait pas. Il était témoin de Jéhovah et souhaitait être soigné au moyen d'alternatives aux transfusions. Il écrivit à cet égard une lettre pour clarifier sa position et décharger les médecins de leur responsabilité en cas de décès. Les médecins passèrent outre sa volonté et lui administrèrent une transfusion de force. Le patient mourut néanmoins quelques jours plus tard. Les ayants-droit du patient décidèrent d'engager la responsabilité des médecins. En dernier ressort, le Conseil d'État jugea que les médecins n'avaient pas commis de faute aux motifs qu'ils avaient agi « dans le seul but de tenter de le sauver, d'accomplir un acte indispensable à sa survie et proportionné à son état ».

Voici donc comment les représentants de l'État imposent à un adulte capable, doué de discernement, l'obligation de survivre coûte que coûte, même si cela viole sa propre conscience. Fumeurs, la cigarette vous sera bientôt interdite ! Carnivores, le jour viendra où les cinq légumes et fruits par jour vous seront imposés !

Exit le respect des choix réfléchis d'un individu sain d'esprit, exit la loi elle-même qui exige pourtant du médecin de toujours agir en accord avec la volonté du patient⁵³. La personne ne serait donc qu'un corps physique dénué de toute conscience.

La créature juridique doit se soumettre aux sentiments paternels de l'État qui sait ce qui est le mieux pour nous.

⁵³ Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des patients ; art. L. 1111-4 : « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne... ».

Heureusement, la situation est en train d'évoluer sous le contrôle de la CourEDH⁵⁴.

⁵⁴ Arrêt *Témoins de Jéhovah de Moscou c/ Russie*, du 10 Juin 2010 : « La liberté d'accepter ou de refuser un traitement médical particulier, ou de choisir une forme alternative de traitement est consubstantielle aux principes d'autodétermination et d'autonomie personnelle. Un patient adulte doué de discernement est libre de décider s'il doit ou non subir une intervention chirurgicale ou se soumettre à un traitement ou, en appliquant le même raisonnement, à une transfusion sanguine. Toutefois, pour que cette liberté soit véritablement effective, les patients doivent disposer de la faculté de faire leurs propres choix en harmonie avec les opinions et valeurs qui les habitent, peu importe si ces choix peuvent paraître irrationnels, insensés ou imprudents aux yeux d'autres personnes. De nombreuses juridictions de renom saisies de cas concernant le refus par des patients Témoins de Jéhovah de recevoir une transfusion sanguine ont abouti à la conclusion que nonobstant le caractère à la fois légitime et l'importance très élevée qui doivent être attribués à l'intérêt public de préserver la vie ou la santé d'un patient, un tel intérêt doit néanmoins s'effacer devant le droit prééminent du patient de mener sa vie comme il l'entend. Elles ont souligné à quel point la liberté de choix et le droit d'autodétermination sont des composantes essentielles de la vie et que, sauf nécessité de protéger des tierces personnes, comme cela peut être le cas durant une épidémie avec la mise en place de campagnes de vaccination publiques, l'Etat doit s'abstenir de s'ingérer dans la liberté d'un individu de faire ses propres choix en matière de santé, car une telle ingérence ne peut qu'affaiblir la valeur de la vie et non pas la renforcer ».

C) Citations

« Les caractéristiques corporelles de leurs propres enfants, de procréer artificiellement, de congeler les embryons pour une naissance dans deux siècles est socialement nuisible.

En effet, en refusant cela on sacrifie des vies humaines et on met en péril l'espèce elle-même. Aussi brutal que cela puisse paraître, si pour vivre un peu mieux une personne astreint à une dialyse hebdomadaire recherche désespérément un rein naturel pour une transplantation et que d'autres personnes sont prêtes, moyennant rémunération - de leur vivant ou après leur mort - à renoncer à un rein, un échange mutuellement bénéfique est possible. Empêcher un tel échange c'est sacrifier la vie de la personne astreinte à la dialyse, en lui refusant une possibilité d'améliorer son bien-être. C'est aussi empêcher celui qui renonce à son rein -un pauvre par exemple -de gagner sa vie en mettant en valeur la seule ressource dont il dispose: les éléments de son corps. En imposant le don et la gratuité le législateur fait reposer la transplantation d'organes sur les seuls donateurs dont on sait qu'ils ne sont pas suffisamment nombreux. Par ailleurs, il incite chaque personne sous dialyse à se porter demandeur d'une transplantation. Il crée une pénurie d'organes à la transplantation. Il crée un désordre social. Car il sait très bien qu'en imposant la gratuité, et donc en interdisant qu'une rémunération dédommage celui qui renonce à un rein, qu'au lieu de résoudre ce problème social dramatique, il l'aggrave. Empêcher une femme stérile d'avoir un enfant grâce à une mère porteuse, c'est priver celle-ci des joies d'avoir son propre enfant et la condamner à se reporter sur le marché de l'adoption. C'est en même temps refuser à une autre femme le droit de gagner de l'argent comme elle l'entend. »⁵⁵

⁵⁵ B. Lemmenicier, « Le corps humain : propriété de l'État ou de soi ? », in « *Biologie, personne et droit* », droits, Revue française de théorie juridique, n°13, 1991, p. 111.

« L'idée même que l'individu puisse disposer d'un droit sur son propre corps était déjà réfutée par des juristes du siècle dernier, comme Savigny ou Ihéring. Une telle conception conduirait notamment à reconnaître un droit au suicide et mettrait sur un même plan le droit de propriété, qui concerne l'action individuelle vers l'extérieur, et un droit sur soi-même.

Par ailleurs, le respect du corps conduit à restreindre la libre disponibilité du corps. En effet, la possible dégradation qui s'ensuivrait avilirait non seulement l'individu propriétaire de son corps, mais concernerait, par-delà sa personne, l'Homme en général. Se dégradant lui-même, l'individu dégrade par là même l'idée d'homme, d'humanité qu'il incarne et représente malgré tout. On reconnaît la logique religieuse selon laquelle tout chrétien est le Temple de Dieu qu'il ne saurait salir. Se salissant, il salirait, par-delà sa personne, la chrétienté tout entière. Cette logique s'est laïcisée. L'Individu, reflet de l'Humanité, de même qu'il ne saurait, selon le principe kantien, considérer autrui comme un moyen, ne saurait se considérer lui-même comme un instrument de dégradation. C'est ainsi qu'il ne saurait s'aliéner définitivement (art. 1780 CC), ce qui interdit esclavage ou le servage.

De même, l'Individu, faisant partie de l'Humanité, ne saurait dégrader cette meilleure part de lui-même, en s'avilissant jusqu'à l'animalité : "le corps n'est pas un tas de viande ou équivalent d'une somme d'argent". L'ordre juridique, au risque d'imposer un ordre moral, conclut à l'interdiction de spectacles comme le lancer de nains, ou des campagnes publicitaires déshumanisant certaines personnes. Mais certains auteurs poussent plus avant le respect du corps humain et nous retrouvons de nouveau la résonance religieuse : "Il serait trop réducteur de limiter la dignité à la protection de la personne en son corps. La dignité de la personne doit prévaloir aussi à l'égard de la personne en son âme. La

dignité de l'être humain ne réside-t-elle pas dans sa faculté de penser, de parler, dans sa conscience ?" De là, le rejet de toute discrimination, au nom du respect du corps anonyme, du corps de l'Homme. C'est l'art. 16 CC qui "interdirait ainsi tout acte ou attitude qui nierait l'humanité d'une personne en raison de tel élément personnel qui ne lui est pas propre mais qu'elle partage avec d'autres personnes". Le principe de dignité chrétienne, "il n'y a plus...", devient le principe de dignité humaine. Ainsi se trouve fondé le principe d'indisponibilité de son corps par l'individu. Toute idée que l'individu serait propriétaire de son corps conduirait à considérer ce dernier comme un objet extérieur au sujet. D'où la limite posée par l'article 1128 du Code civil.

(...)

La dénonciation des "hypocrisies"

Elle repose sur l'idée suivante : au nom d'une morale, de la bioéthique, qualifiée de "branche spécialisée de la morale laïque" s'imposent les principes de gratuité, de respect du corps, d'indisponibilité du corps. On en arrive à enfermer l'individu dans un carcan juridique qui limite ses prérogatives. Ainsi, l'individu qui "donne" son sang, ses organes, apparaît exclu du circuit économique où vont entrer ces éléments et produits de son corps. Bien plus, ce dernier peut être exploité industriellement. On en arrive ainsi au résultat paradoxal de l'exploitation fructueuse des ressources corporelles (et qui sait ? génétiques bientôt brevetables...) d'un individu, sans que celui-ci en tire un quelconque profit. La contestation se fonde sur la méconnaissance, voire l'exclusion de l'intérêt économique de l'individu Plus précisément, celui-ci n'est plus considéré comme libre d'agir en vue de son utilité particulière, qui apparaît contraire au concept de dignité, forgé par une morale collective. »⁵⁶

⁵⁶ J-M. Pognon, « L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scolastique juridique et réalisme économique », in *Europe des libertés*, PUS, n 11, Février-Avril 2003, Strasbourg.

Chapitre II : Du respect du corps humain

Article 16

Créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 2 JORF 30 juillet 1994

La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.

Article 16-1

Créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994

Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

Article 16-1-1

Créé par LOI n°2008-1350 du 19 décembre 2008 - art. 11

Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence.

Article 16-2

Modifié par LOI n°2008-1350 du 19 décembre 2008 - art. 12

Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci, y compris après la mort.

Article 16-3

Modifié par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 9 JORF 7 août 2004

Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

Article 16-4

Modifié par Loi n°2004-800 du 6 août 2004 - art. 21 JORF 7 août 2004

Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.

Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite.

Est interdite toute intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée.

Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne.

Article 16-5

Créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994

Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.

Article 16-6

Créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994

Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci.

Article 16-7

Créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994

Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

Article 16-8

Créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994

Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur.

En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci.

Article 16-9

Créé par Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994

Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public.

Arrêté du 12 avril 2016 modifiant l'arrêté du 9 mars 2010 relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles

Le ministre des finances et des comptes publics, la ministre des affaires sociales et la ministre des outre-mer,

Vu le code de la santé publique, notamment son article L. 1221-9 ;

Vu le code de la sécurité sociale, notamment ses articles L. 164-1 et R. 164-1 ;

*Vu l'arrêté du 8 septembre 1999 relatif à la majoration du tarif des produits sanguins labiles dans les départements d'outre-mer ;
Vu l'arrêté du 9 mars 2010 modifié relatif au tarif de cession des produits sanguins labiles ;
Vu la décision du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé du 20 octobre 2010 modifiée fixant la liste et les caractéristiques des produits sanguins labiles,*

Arrêtent :

Article 1

Les dispositions de l'article 2 de l'arrêté du 9 mars 2010 modifié susvisé sont modifiées de la façon suivante :

« La définition et le tarif de cession des produits sanguins labiles sont les suivants : (En euros HT)

Sang humain total (unité adulte, unité enfant et unité pédiatrique)

116,81

Concentré de globules rouges humains homologues (unité adulte, unité enfant et unité pédiatrique)

193,19

Concentré de globules rouges humains homologues déleucocyté (unité adulte, unité enfant et unité pédiatrique)

193,19

Concentré unitaire de granulocytes d'aphérèse

566,22

Mélange de concentrés de plaquettes standard :

— concentration minimale de 1×10^{11} plaquettes par poche

78,83

— puis par tranche supplémentaire d'unité thérapeutique de $0,5 \times 10^{11}$

39,42

Concentré de plaquettes d'aphérèse :

— concentration minimale de 2×10^{11} plaquettes par poche		
228,61		
— puis par tranche supplémentaire d'unité thérapeutique de $0,5 \times 10^{11}$		
57,15		
Mélange de concentrés de plaquettes standard viro atténué par amotosalen :		
— concentration minimale de 1×10^{11} plaquettes par poche		
78,83		
— puis par tranche supplémentaire d'unité thérapeutique de $0,5 \times 10^{11}$		
39,42		
Concentré de plaquettes d'aphérèse viro atténué par amotosalen :		
— concentration minimale de 2×10^{11} plaquettes par poche		
228,61		
— puis par tranche supplémentaire d'unité thérapeutique de $0,5 \times 10^{11}$		
57,15		
Plasma lyophilisé (200 ml au minimum après reconstitution)		
370,00		
Forfait pour concentrés globules rouges autologues (unités adultes SAGM-M	par	érythraphérèse)
452,70		
Forfait pour transfusion autologue programmée (comprenant un concentré de globules rouges et un plasma frais congelé autologues),	par	prélèvement
234,14		
Majoration pour transformation “ déleucocyté “ (applicable sur concentré de globules rouges autologue)		
26,18		
Majoration pour transformation “ cryoconservé ”		
124,30		
Majoration pour qualification “ phénotypé Rh Kell “		

3,39

Majoration pour qualification " phénotype étendu "

15,77
Majoration pour qualification " CMV négatif "

11,15
Majoration pour transformation " déplasmatisé "

75,45
Majoration pour transformation " irradié " (applicable sur
chaque produit)

15,26
Majoration pour transformation " réduction de volume "

23,97
Majoration pour transformation " reconstitution du sang à usage
pédiatrique "

25,27
Majoration pour transformation " CGR cryoconservé suspendu en
solution SAG-M après décongélation "

175,11

Dans les départements d'outre-mer, les tarifs des produits sanguins labiles mentionnés au présent article sont affectés d'un coefficient multiplicateur égal à 1,05 au titre du coût des mesures spécifiques de sécurité sanitaire. »

Article 2

Le ministre des finances et des comptes publics, la ministre des affaires sociales et la ministre des outre-mer sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent arrêté, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait le 7 juillet 2017.

La ministre des solidarités et de la santé,

Pour la ministre et par délégation :

Le directeur général de la santé,

B. Vallet

*Le ministre de l'action et des comptes publics,
Pour le ministre et par délégation :
La directrice de la sécurité sociale,
M. Lignot-Leloup*

D) Exercices

Exercice n°9 : Commentaire d'arrêt

Veillez souligner la partie principale de l'arrêt ci-dessous et indiquer en quoi les juges du Tribunal Fédéral ont respecté le droit des individus à l'autodétermination.

142 I 195

19. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour de droit public dans la cause *Fondation Armée du Salut Suisse et Société coopérative Armée du Salut Oeuvre Sociale contre Grand Conseil et Conseil d'Etat de la République et canton de Neuchâtel* (recours en matière de droit public)

2C_66/2015 du 13 septembre 2016

(...)

BGE 142 I 195 S. 196

A. Le 4 novembre 2014, le Grand Conseil de la République et canton de Neuchâtel (ci-après: le Grand Conseil) a adopté une loi modifiant la loi du 6 février 1995 de santé (ci-après: LS ou la loi sur la santé; RSN 800.1). A l'issue du délai référendaire, qui n'a pas été utilisé, le Conseil d'Etat de la République et canton de Neuchâtel (ci-après: le Conseil d'Etat) a promulgué cette modification législative par arrêté du 4 novembre 2014, publié dans la Feuille d'avis officielle dudit canton du 17 décembre 2014 et entré en vigueur le 1er janvier 2015. Les nouvelles dispositions ont la teneur suivante:

BGE 142 I 195 S. 197

"Art. 35a Assistance au suicide a) principe

1 Toute personne capable de discernement a le droit de choisir les modalités et le moment de sa mort.

2 Les institutions reconnues d'utilité publique doivent respecter le choix d'une personne patiente ou résidente de bénéficier d'une assistance au suicide en leur sein, par une aide extérieure à l'institution, si les conditions suivantes sont remplies:

a) la personne souffre d'une maladie ou de séquelles d'accident, graves et incurables;

b) toute prise en charge thérapeutique envisageable en fonction de son état de santé, en particulier celle liée aux soins palliatifs, lui a été présentée et la personne a explicitement pris position à ce sujet;

c) la personne n'a plus de domicile ou son retour dans son logement n'est pas raisonnablement exigible.

3 Les institutions non reconnues d'utilité publique doivent informer clairement les personnes patientes ou résidentes de leur politique interne en matière d'assistance au suicide.

4 Le Conseil d'Etat précise au besoin les modalités d'application de cet article.

Art. 35b b) saisie de l'autorité de surveillance

En cas de refus d'une institution de respecter le choix de la personne patiente ou résidente, cette dernière peut saisir l'autorité de surveillance des institutions."

B. Agissant par la voie du recours en matière de droit public, la Fondation "Armée du Salut Suisse" et la Société coopérative Armée du Salut Oeuvre sociale (ci-après: la Société coopérative Armée du Salut) demandent au Tribunal fédéral d'annuler la loi neuchâteloise du 4 novembre 2014 portant modification à la loi sur la santé. Elles invoquent une violation de la liberté de

conscience et de croyance (art. 15 Cst.), ainsi que du principe d'égalité (art. 8 Cst.).

Le Grand Conseil conclut à l'irrecevabilité du recours de la Fondation "Armée du Salut Suisse", subsidiairement à son rejet, et au rejet du recours de la Société coopérative Armée du Salut. Le Conseil d'Etat a fait savoir qu'il n'avait pas d'observations à formuler.

Par ordonnance du 17 février 2015, le Président de la IIe Cour de droit public a rejeté la requête d'effet suspensif des recourantes.

Le Tribunal fédéral rejette le recours dans la mesure où il est recevable.

BGE 142 I 195 S. 198

Considérants

(...)

L'individu qui désire mourir ne dispose pas d'un droit de bénéficier d'une aide au suicide, que ce soit par la mise à disposition des moyens nécessaires (lorsque les personnes concernées ne remplissent pas les conditions pour se voir octroyer une aide au suicide, selon les directives de l'Académie suisse des sciences médicales) ou par le biais d'une aide active (lorsque la personne concernée n'est pas

BGE 142 I 195 S. 204

en mesure de mettre elle-même fin à ses jours à cause de la paralysie; cf. MARTIN SCHUBARTH, Assistierter Suizid und Tötung auf Verlangen, ZStrR 127/2009 3 p. 7).

En revanche, le droit protège l'individu s'il est entravé illicitement dans son projet de suicide. Les personnes capables de discernement qui sont en mesure de prendre elles-mêmes le produit létal bénéficient ainsi d'un droit protégeant leur

décision. En ce sens, il ne s'agit pas d'un droit de mourir, mais bien plutôt d'une liberté de mourir, dans la mesure où un droit porte sur une prestation que l'on peut exiger de l'Etat alors qu'une liberté vise à respecter l'autonomie de la personne, c'est-à-dire un choix qui est garanti par l'Etat.

Il s'agit à présent d'examiner les conséquences de l'existence de cette liberté. Par la suite, il sera indifféremment fait mention de "liberté" ou de "droit", l'art. 35 Cst., dont il est notamment question ci-dessous, concernant la réalisation des droits comme des libertés (PASCAL MAHON, in *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Aubert/Mahon [éd.], 2003, n° 1 ad art. 35 Cst.).

4. La tâche consistant à garantir aux citoyens l'accès à la jouissance effective de leurs droits incombe en premier lieu au législateur, par le biais du droit infraconstitutionnel (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *droit constitutionnel suisse*, vol. II, 3e éd. 2013, n. 163 p. 74, n. 120 p. 57 et n. 129 p. 60). Or, comme le souligne le Grand Conseil dans ses observations, la liberté des patients et des résidents des institutions reconnues d'utilité publique de choisir la forme et le moment de la fin de leur vie pouvait être violée par celles qui s'opposaient à la venue d'une organisation d'aide au suicide dans leurs locaux. C'est d'ailleurs lorsqu'un hôpital a refusé d'accéder à la demande d'un patient que le législateur neuchâtelois s'est saisi de la problématique. Le Parlement de ce canton a alors légiféré relativement à une liberté qui existe pour tout citoyen. Il a ainsi agi conformément à la séparation des pouvoirs qui fait peser la responsabilité de la mise en oeuvre des droits fondamentaux sur le législateur ou l'exécutif plutôt que sur le juge. Ceci est particulièrement judicieux, dans un domaine tel que celui en cause qui met en jeu des valeurs éthiques, philosophiques et

théologiques (cf. CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, *Das Mittel zur Suizidbeihilfe und das Recht auf den eigenen Tod*, Bulletin des médecins suisses, 2007, n. 19 843, p. 844), et qui relève de choix sociétal et politique qu'il appartient en premier lieu au législateur de trancher (cf. ATF 136 II 415 où le Tribunal fédéral a BGE 142 I 195 S. 205

déclaré nul un accord portant sur l'assistance au suicide fournie par une organisation privée, passé entre le Ministère public du canton de Zurich et cette organisation). Le pouvoir législatif neuchâtelois a donc clarifié la situation juridique relative à l'assistance au suicide pour les citoyens en institutions reconnues d'utilité publique et précisé les contours de la liberté individuelle et de la protection de la vie, entérinant de la sorte un glissement allant de la liberté de mettre fin à ses jours vers un droit subjectif d'obtenir de l'aide d'autrui pour ce faire (OLIVIER GUILLOD, *Soins et respect de la volonté du patient en fin de vie: regard de droit comparé*, Jusletter 31 janvier 2011).

Ainsi, avec la nouvelle attaquée, le législateur neuchâtelois a garanti l'effectivité de la liberté de choisir la forme et le moment de la fin de la vie pour les résidents et les patients des institutions reconnues d'utilité publique, à savoir une liberté qui, sans cet acte normatif, resterait théorique pour les personnes concernées. Certes, la liberté de mourir, garantie par les art. 10 al. 2 Cst. et 8 CEDH, n'implique que la personne qui veut mettre fin à ses jours. A l'inverse, l'assistance au suicide fait intervenir un tiers qui fournira à la personne concernée de quoi commettre elle-même cet acte. Il faut toutefois constater que la nouvelle elle-même n'induit pas une obligation de l'Etat dans le sens où ce n'est pas l'Etat, ou l'institution chargée d'une tâche d'utilité publique, qui doit organiser la procédure relative à l'assistance au suicide; elle ne fait qu'imposer aux institutions reconnues d'utilité publique, certes par le biais d'une mesure du législateur,

de tolérer la présence des organisations privées d'aide au suicide et prohibe les entraves pratiques qui pourraient être instaurées pour empêcher cette assistance. L'acte normatif ne consacre ainsi pas un droit de mourir avec l'aide de l'Etat: il rend effectif le droit à l'autonomie personnelle qui permet à un individu de choisir la manière dont il entend mourir, par exemple en ayant recours au suicide assisté. Avec ce texte, un résident qui remplirait les conditions strictes de l'art. 35a LS et qui se verrait refuser l'accès à une organisation d'assistance au suicide par un EMS reconnu d'utilité publique pourrait porter sa cause devant l'autorité de surveillance (art. 35b LS). En revanche, comme susmentionné, il ne pourra pas exiger de l'Etat qu'il lui fournisse directement l'assistance au suicide (produit létal, accompagnement, etc.). En d'autres termes, le législateur n'a fait que concrétiser, pour les personnes en institutions reconnues d'utilité publique, le droit de mourir tel qu'il existe pour les personnes n'étant pas dépendantes d'une institution.

BGE 142 I 195 S. 206

Ceci ressort d'ailleurs de la novelle: l'art. 35a al. 1 LS rappelle que "Toute personne capable de discernement a le droit de choisir les modalités et le moment de sa mort". Outre cette condition de la capacité de discernement posée par l'Académie suisse des sciences médicales dans ses directives, l'art. 35a al. 2 LS reprend également celle des alternatives de traitement qui doivent être proposées au patient/ résident; la condition des directives qui veut que le patient soit en "fin de vie" est toutefois devenue "maladie ou [de] séquelles d'accident, graves et incurables" (souffrir d'une maladie ou de séquelles d'accident graves et incurables ne signifie pas forcément être en fin de vie; cette différence évoque aussi celle importante pour les médecins entre assistance au suicide et aide au décès [cf. Fédération des médecins suisses, Prise de position de janvier

2008; www.fmh.ch/files/pdf2/2008_01_28_meinung_sterbehilfe_f1.pdf]); l'art. 35a al. 2 LS ajoute une condition par rapport aux directives, à savoir l'absence de logement de la personne en institution ou le retour dans le logement qui n'est pas raisonnablement exigible.

5. La recourante allègue que la nouvelle en cause viole sa liberté de religion (15 Cst. et 9 CEDH): elle lui impose d'accueillir en son sein des organisations d'assistance au suicide alors qu'elle est opposée à une telle aide. La vie humaine est pour elle une valeur fondamentale et elle la considère comme un don sacré de Dieu; la vie ne saurait être annihilée par la volonté de l'homme. Selon la recourante, son refus de l'assistance au suicide tient à une conviction religieuse, ainsi qu'à la foi qui procède d'une conception spirituelle des rapports entre Dieu et la vie humaine.

5.1 L'art. 15 Cst. prévoit que la liberté de conscience et de croyance est garantie (al. 1); toute personne a le droit de choisir librement sa religion ainsi que de se forger ses convictions philosophiques et de les professer individuellement ou en communauté (al. 2); toute personne a le droit d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir et de suivre un enseignement religieux (al. 3; portée positive de cette liberté); nul ne peut être contraint d'adhérer à une communauté religieuse ou d'y appartenir, d'accomplir un acte religieux ou de suivre un enseignement religieux (al. 4; portée négative).

La liberté de conscience et de croyance protège le citoyen de toute ingérence de l'Etat qui serait de nature à gêner ses convictions religieuses (pour plus de détails, cf. ATF 142 I 49 consid. 3.2 et 3.3 p. 52 ss; ATF 123 I 296 consid. 2b/aa p. 300). Elle confère au citoyen le

BGE 142 I 195 S. 207

droit d'exiger que l'Etat n'intervienne pas de façon injustifiée en édictant des règles limitant l'expression et la pratique de ses convictions religieuses (ATF 118 la 46 consid. 3b p. 52). Cette liberté comporte la liberté intérieure de croire, de ne pas croire et de modifier en tout temps sa religion et ses convictions philosophiques; elle comprend également la liberté d'exprimer, de pratiquer et de communiquer ses convictions religieuses ou sa vision du monde, dans certaines limites, ou de ne pas les partager (liberté extérieure). Cela englobe le droit pour le citoyen de se comporter conformément aux enseignements de sa foi et d'agir selon ses croyances intérieures - y compris celle de ne pas suivre de préceptes quelconques. Elle protège toutes les religions, quel que soit le nombre de leurs fidèles en Suisse (ATF 142 I 49 consid. 3.4 p. 53; ATF 139 I 280 consid. 4.1 p. 282; ATF 123 I 296 consid. 2b/aa p. 300).

La liberté religieuse est également garantie par l'art. 9 par. 1 CEDH, selon lequel toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. La portée de cette disposition est ici pratiquement identique à celle de l'art. 15 Cst. L'art. 18 du Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II; RS 0.103.2) comporte un principe similaire.

Comme tout droit fondamental, la liberté de conscience et de croyance peut être restreinte. Aux termes de l'art. 36 al. 1 Cst., toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale; les restrictions graves doivent être prévues par une loi (ATF 139 I 280 consid. 5.1 p. 284 et les références citées); les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés. En

outre, toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et être proportionnée au but visé (cf. art. 36 al. 2 et 3 Cst.).

(...)

5.4 En l'espèce, (...) d'après les statuts de cette société, les activités sociales et philanthropiques qu'elle exerce doivent être menées en accord avec les buts de l'Armée du Salut internationale, étant précisé que, d'après la jurisprudence, "l'Armée du Salut est une association, ou une secte, religieuse" (ATF 15 682 consid. 3 p. 691; cf. aussi ATF 13 6 consid. 2 p. 9). Cette référence confère auxdites activités, qui constituent une spécificité de l'Armée du Salut, un aspect religieux, la vision du monde globalement et fondamentalement religieuse de ce mouvement étant notoire. Partant, la Société coopérative Armée du Salut bénéficie de la protection de la liberté de conscience et de croyance.

Cette société coopérative est propriétaire de l'EMS "Le Foyer", reconnu comme étant d'utilité publique, qui est lui-même soumis aux nouvelles dispositions attaquées. Celles-ci l'obligent à ouvrir ses portes aux organisations d'assistance au suicide, alors que la conviction religieuse de la recourante lui interdit d'aider quiconque à se suicider. Avec cette contrainte, le législateur porte atteinte à l'aspect externe de la liberté de conscience et de croyance qui garantit la possibilité d'agir conformément à ses convictions religieuses et de ne pas être astreint à procéder à des actes qui heurtent la croyance (cf.

BGE 142 I 195 S. 210

AUBERT/MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, 2003, nos 5 ss ad art. 15

Cst., p. 141; AUER/ MALINVERNI/HOTTELIER, *op. cit.*, n° 471 ss, p. 225; CAVELTI/KLEY, in *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, 3e éd. 2014, nos10 ss ad art. 15 Cst., p. 398; HÄFELIN/HALLER/ KELLER/THURNHERR, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 9e éd. 2016, n. 405 ss, p. 126; PETER KARLEN, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, 1987, p. 261 ss; KIENER/KÄLIN, *Grundrechte*, 2e éd. 2013, p. 315; ANNE KÜHLER, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, 2012, p. 203; RENÉ PAHUD DE MORTANGES, in *Basler Kommentar*, *Bundesverfassung*, 2015, nos 34 ss ad art. 15 Cst., p. 337; RHINOW/SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2e éd. 2009, n. 1463 p. 288 ss; CHRISTOPH WINZELER, in *Die Religionsfreiheit als individuelles und korporatives Grundrecht*, *L'homme et son droit*, Zufferey/Dubey/Previtali [éd.], 2011, p. 611 ss). Contrairement à ce que prétend la recourante, le noyau intangible de sa liberté de conscience et de croyance n'est partant pas touché.

5.5 Lorsque l'exercice d'un droit fondamental par une personne (voire la concrétisation d'un tel droit par une autorité à travers la poursuite d'un intérêt public) se heurte à l'exercice d'un ou de plusieurs autres droits fondamentaux par une autre personne, il y a conflit de libertés (à distinguer de la notion de concours, cadre dans lequel il peut être question de subsidiarité invoquée par la recourante: cf. ATF 137 I 167 consid. 3.7 p. 176).

Un tel conflit existe en l'occurrence entre les deux libertés en cause, à savoir la liberté de conscience et de croyance et celle de se suicider.

5.6 En vue de résoudre un conflit de libertés, il incombe au juge de vérifier que la décision entreprise ménage un juste équilibre entre les différents principes constitutionnels et droits

fondamentaux en jeu (ATF 140 I 201 consid. 6.7 p. 212; ATF 128 I 327 consid. 4.3.2 p. 344 s. et les références citées), étant rappelé que la Constitution fédérale ne prévoit elle-même aucune hiérarchie entre les droits fondamentaux (ATF 137 I 167 consid. 3.7 p. 176). Pour parvenir, de façon rationnelle et transparente, à l'établissement d'un tel équilibre, le juge se laissera en règle générale guider par les principes ancrés à l'art. 36 Cst., en les adaptant le cas échéant aux besoins spécifiques qui découlent des conflits entre plusieurs libertés ou intérêts collectifs fondamentaux. L'al. 2 de l'art. 36 Cst., qui exige que toute

BGE 142 I 195 S. 211

restriction à un droit fondamental soit justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un autre droit fondamental, envisage en effet l'hypothèse de conflits entre libertés, en traitant de l'opposition entre, d'une part, le droit fondamental dont la restriction est contestée par un particulier et, d'autre part, soit un intérêt central d'un autre particulier, soit un intérêt public opposé qui tend, notamment, à défendre certaines valeurs ou droits fondamentaux de la collectivité face aux intérêts ou actions de l'individu (ATF 140 I 201 consid. 6.7 p. 212 et les références citées).

5.7 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'art. 35a LS constitue une base légale (art. 36 al. 1 Cst.) suffisante pour restreindre la liberté de conscience et de croyance de la requérante. En outre, avec l'adoption de cette norme, il est important de souligner que le législateur neuchâtelois a procédé à une hiérarchisation légale des valeurs dans le contexte des institutions d'utilité publique touchant des subventions et a clairement opéré un choix en faisant prévaloir le droit à l'autodétermination des résidents et patients sur la liberté de conscience et de croyance des institutions reconnues d'utilité publique (art. 36 al. 2 Cst.). Il

ressort en effet des travaux préparatoires que l'"Armée du Salut Suisse" avait déjà fait connaître son opposition à la nouvelle en cause lors de la procédure d'élaboration du projet de loi; la Commission Santé avait alors choisi: "tout en reconnaissant que le recours à l'assistance au suicide par un pensionnaire pouvait être difficile à admettre pour certaines institutions, ce qui a prévalu c'est le respect du choix de l'individu, pour autant que sa capacité de discernement soit toujours pleine et entière" ("Complément au rapport de la Commission santé - assistance au suicide, rapport au Grand Conseil, du 27 mars 2014, à l'appui d'un projet de loi portant modification à la loi de santé", ch. 1 et 4.3).

Sous l'angle de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), il s'agit de déterminer si l'obligation de tolérer en son sein des personnes apportant de l'aide au suicide à un patient ou un résident est ou non supportable pour la recourante qui estime qu'un être humain ne peut pas mettre un terme à sa vie. A cet égard, il faut relever que les cas où une aide est requise en institution devraient rester peu fréquents (le canton de Vaud, pionnier en la matière, a eu douze cas en 2013 dans des hôpitaux ou EMS [www.npg-rsp.ch/fileadmin/.../VD_2014_interpell_Ehrwein_prevention_suicide.pdf]). De plus, l'Etat neuchâtelois a subordonné le suicide assisté dans les institutions qui touchent des

BGE 142 I 195 S. 212

subventions à différentes conditions restrictives: il faut que la personne souffre d'une maladie ou de séquelles d'accident graves et incurables et que cette personne n'ait plus de domicile ou que son retour dans son logement ne soit pas raisonnablement exigible. Cette dernière condition implique que sont seuls concernés les résidents, dont il est à supposer qu'ils n'ont plus de domicile, et les patients (qui à la différence des

résidents devraient encore en avoir un) qui ne peuvent plus y être transportés. En outre, lorsque les patients ont encore un domicile, les cas où le retour s'y avère impossible ne doivent pas être la règle. Ces éléments vont dans le sens d'une atteinte supportable à la garantie invoquée par la recourante. Dans les rares cas où toutes les conditions pour faire appel à une aide au suicide seraient remplies, la liberté de conscience et de croyance de la recourante se heurterait au droit fondamental du résident de choisir le moment et la forme de sa mort qui ne pourrait pas être respecté. Le Tribunal fédéral relève ici que la recourante ne devra prendre aucune part active dans ce processus de l'assistance au suicide et qu'il lui incombera uniquement de le tolérer. La recourante estime à cet égard qu'il faut tenir compte, dans la balance des intérêts, du point de vue de l'ensemble du personnel et des autres résidents; outre que ledit point de vue n'est pas établi, il est souligné qu'est ici en cause la liberté de conscience et de croyance de la recourante et non pas celle de tiers. De plus, en adoptant les conditions restrictives mentionnées à l'art. 35a LS donnant accès à l'aide controversée, le législateur a veillé à empiéter de la façon la plus restreinte possible sur le droit fondamental de la recourante. Il faut ajouter à cela, que la recourante peut se soustraire à l'obligation litigieuse en renonçant à son caractère d'utilité publique et, partant, aux subventions touchées à ce titre. A l'inverse, si la liberté de conscience et de croyance devait l'emporter sur la liberté de mettre fin à sa vie, cela signifierait que les résidents/patients (qui n'ont pas toujours le choix de l'établissement où séjourner) dans la position de réclamer l'aide en cause (qui ne peuvent donc plus physiquement rentrer chez eux) se verraient définitivement privés de leur droit à l'autodétermination, sans aucune alternative pour en bénéficier.

5.8 En conséquence, la pesée des intérêts en présence fait primer la liberté de choisir le moment et la forme de la fin de sa vie des résidents et patients de l'EMS "Le Foyer" sur la liberté de conscience et croyance de la recourante.

Exercice n°10 : travail de recherche

Dans la partie « Cours » ci-dessus, il est indiqué que l'on peut disposer des animaux à notre guise. Autrement dit, en tant que propriétaires nous avons en quelque sorte tous les droits sur eux, à quelques exceptions près. Veuillez effectuer une brève recherche juridique pour trouver quelles sont ces exceptions. Veuillez ensuite les énumérer par écrit.

2^{ème} PARTIE : L'expression du droit

Dans cette partie, nous allons voir comment l'État exprime le droit dans la société. Il diffuse la matière juridique que sont les règles de droit au moyen de différents canaux qu'on appelle les actes juridiques (Leçons 1 et 2). Mais il se sert aussi du porte-parole et interprète attitré de ces actes juridiques, à savoir le juge qui intervient pour trancher les litiges et clarifier le sens de ces actes au moyen de l'interprétation qui produit la jurisprudence (Leçon 3). Afin de parvenir à une conclusion qui permet de solutionner les litiges, le juge doit suivre une démarche intellectuelle qu'on appelle le raisonnement juridique, décliné en plusieurs modes (Leçon 4).

Le juge n'est cependant pas la seule figure du procès. Ce dernier se déroule en présence de divers acteurs juridiques, les auxiliaires de justice, qui jouent un rôle spécifique lors de la procédure juridictionnelle. D'ailleurs, il n'existe pas un juge, mais toute une organisation juridictionnelle hiérarchisée permettant de répondre au flux continu du contentieux (Leçon 5).

Leçon 1 : Les actes juridiques formels: du réseau routier à la pyramide

A) Bibliographie

- P. Daillier, A. Pellet, M. Forteau *droit international public*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009, Paris, p.92-97.
- J-P. Leclerc et al., *Guide de légistique*, 2^{ème} éd, 15 avril 2013, <http://www.legifrance.gouv.fr/droit-francais/Guide-de-legistique>
- <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/institutions/administration/action/voies-moyens-action/quelle-est-hierarchie-entre-ces-differents-textes.html>
- J-C. Ricci, *Introduction à l'étude du droit*, Hachette Supérieur, 3^{ème} édition, Paris, 2007, p.109-118.

B) Cours

Avez-vous déjà consulté une carte routière ?

Si tel est le cas, n'avez-vous pas été fascinés par ce réseau, cette organisation complexe qui permet de réguler le flot ininterrompu de véhicules leur permettant de se rendre d'un point A vers un point B ?

A l'instar du réseau routier, le système juridique constitue également une organisation complexe qui contient les routes permettant de faire le lien entre le destinataire, le point A, l'État, et le destinataire, le point B, les personnes physiques et morales. Ces routes ou voies juridiques par lesquels est véhiculée la norme juridique à l'adresse des membres de la société sont les actes juridiques. Un acte juridique se définit comme une manifestation de volonté produisant des effets de droit. C'est un instrument de communication qui permet aux autorités étatiques de transmettre une ligne directrice au moyen d'une règle ou d'un principe de droit⁵⁷.

A l'instar du réseau routier qui comporte des voies de taille différente ; de l'autoroute au chemin d'accès à l'entrée de la maison, en passant par les routes nationales, départementales, les voies communales, etc., ces actes juridiques ont des niveaux d'importance divers.

Regardez quelques instants le schéma ci-après. Vous y voyez énoncés plusieurs types d'actes juridiques. Il y a le traité, la constitution, la loi parlementaire, le décret et l'arrêté.

Ces actes juridiques, on les appelle aussi des lois. Un traité est une loi, une constitution est une loi, une loi parlementaire est une loi, un décret est une loi etc. Pour être plus exact, il faudrait dire que ce

⁵⁷ Nous en avons parlé dans la leçon 2 de la Partie 1.

sont des lois au sens matériel. Qu'est-à-dire ? Ce sont des lois qui comportent une règle ou un principe de droit général et abstrait, à savoir qu'elle s'applique à un groupe innomé de personnes et de situations. Comme un récipient qui contiendrait une certaine matière, de la confiture ou du sel par exemple, ces lois contiennent une règle/principe juridique. C'est pour cela qu'on les nomme des lois au sens matériel.

Exemple : l'article 45 al.1 de la Constitution française dispose : « ...*tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis* » Cet acte juridique (la Constitution) contient donc une règle de droit générale et abstraite suivant laquelle il est possible d'apporter une modification (un amendement) lors de la discussion d'un projet de loi devant l'une des deux chambres du parlement, à condition toutefois que cet amendement ait « un lien » avec ce projet.

Appliquons cela à une situation concrète. Peut-être avez-vous suivi les débats relatifs à la loi dite « Macron » adoptée le 5 Juillet 2015, cette loi importante aux yeux du gouvernement, car il espérait que sa mise en œuvre permettrait d'améliorer la croissance économique en France. Or, alors que la loi avait fait l'objet de plusieurs mois de préparation, d'étude d'impact, de 400 heures de débat souvent houleux, un parlementaire dont on taira le nom a décidé d'ajouter un amendement à ce projet autorisant l'enfouissement de déchets nucléaires radioactifs sur le site de Bure aux confins de Haute-Marne et de la Meuse (projet CIGEO). Cet amendement a été présenté à 5h00 du matin le samedi 18 avril 2015, pendant que les français dormaient. Il n'a fallu que 10 minutes pour que cet amendement soit voté et accepté par les sénateurs présents. Ni vu, ni connu, ce greffon législatif a donc été incorporé dans la loi. Mais le Conseil constitutionnel veille. Dans sa décision du 5 août dernier, il a censuré cet amendement en considérant qu'à la lumière

de l'article 45 al.1 précité, ce cavalier législatif n'avait pas de lien avec la loi en question.

Parce que la Constitution contient cette règle de droit – et bien d'autres d'ailleurs – on la qualifie donc de loi au sens matériel. La même chose vaut pour les autres actes juridiques. S'ils contiennent une règle de droit, ce sont alors des lois au sens matériel.

Petite parenthèse, la notion de loi renvoie étymologiquement à ce qui peut être lu : *lege*. Or, ce qui peut être lu, doit au préalable être écrit. La loi signifie donc dans son acception première un acte écrit qui produit des effets.

Hiéarchie des actes juridiques

Vous remarquerez aussi que le schéma ci-après a la forme d'une pyramide. Autrement dit, il y a un ordre ou encore une hiérarchie entre ces actes juridiques.

Lequel ?

Les règles de droit sont hiérarchisées en fonction du degré de complexité de leur procédure d'élaboration⁵⁸. Hormis le cas spécifique des traités, dans l'ordre national, l'élaboration de la constitution suit une procédure plus complexe que celle de la loi parlementaire qui elle-même suit une procédure plus complexe que le décret, etc.

Pour illustrer, prenons le cas de la loi parlementaire, dite aussi loi au sens formel, parce qu'elle est adoptée en la forme parlementaire dans le cadre de la procédure législative ordinaire. Cette loi

⁵⁸ Cette image de la pyramide a pour seule fonction de faciliter la compréhension d'ensemble des actes juridiques. Nous avons bien conscience qu'elle ne représente pas parfaitement la réalité, bien plus complexe, ou, pour reprendre l'expression de P. Amselek, elle est une « fausse idée claire » ; Revue de la Recherche Juridique, PUAM, Aix-Marseille, 2007-2, pp. 557-581.

parlementaire vient à l'existence à la suite de trois étapes. Un peu comme pour la naissance d'un enfant où il y a l'étape de la conception, de la gestation et de l'accouchement, la naissance de la loi parlementaire obéit à l'étape de l'initiative, de l'adoption et de l'entrée en vigueur.

En France, l'initiative des lois appartient aussi bien au Premier ministre qu'aux députés et aux sénateurs. Les initiatives du Premier ministre sont appelées projets de loi, celles des parlementaires étant des propositions de loi. La majorité des initiatives adoptées sont des projets.⁵⁹

Bien évidemment, le dépôt du projet/proposition de loi est entouré de nombreuses formalités et, avant cela, son élaboration requiert de nombreuses heures de travail de la part des membres experts de l'administration.

.....

Éclairages, conseils et astuces

■ Qui prépare les lois ? Les parlementaires, les ministres ? Nos élus ?

■ Presque jamais ! Comme le dit à juste titre un politologue : « le réel

■ pouvoir n'appartient pas aux ministres mais aux hauts-fonctionnaires de

■ leur administration ; le ministre passe, eux restent. » Ces hauts-

■ fonctionnaires, directeurs de cabinet du ministre proviennent dans 80%

■ des cas de l'École Nationale de l'Administration (ENA). Ce sont les

■ énarques qui décident en réalité de la politique économique et sociale de

■ la France et qui préparent les lois en ce sens. Connaissez-vous ces

■ énarques qui vous gouvernent ? De quelle légitimité démocratique

■ disposent-ils ? Comment travaillent-ils au sein de l'administration ? De qui

■ reçoivent-ils les ordres ? Comment l'ENA les prépare-t-elle pour répondre

■ aux besoins de la société ? Combien d'entre eux proviennent des classes

■ moyennes et ont passé leur enfance dans les banlieues ? Autant de

■ questions fondamentales auxquelles la plupart des citoyens français n'ont

■ pas obtenu de réponses.

.....

⁵⁹ Lors de la législature (session parlementaire) 2015-16, 74 projets et 30 propositions ont été adoptés. Cela représente environ 71% de textes adoptés. Cf. <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/statistiques-de-l-activite-parlementaire>

Une fois déposé sur le bureau de l'Assemblée Nationale ou du Sénat, le projet de loi est soumis à plusieurs étapes avant l'adoption définitive qui consiste en un vote à la majorité de la part des députés et des sénateurs sur le même texte. Il y a tout d'abord l'examen en commission, ensuite l'inscription à l'ordre du jour, puis l'examen en séance publique, enfin la transmission du texte d'une chambre vers l'autre et les lectures successives pouvant aller jusqu'à trois navettes.

Dernière étape, l'entrée en vigueur est précédée par la phase de promulgation durant laquelle le président dispose de quinze jours pour signer le texte. Durant ce laps de temps, lui-même, le président de l'Assemblée Nationale ou du Sénat ou encore 60 députés et sénateurs peuvent saisir le Conseil constitutionnel pour un contrôle de constitutionnalité permettant de vérifier la conformité de la loi à la constitution.

L'entrée en vigueur intervient en règle générale un jour franc après la publication de la loi dans le Journal Officiel de la République Française (JORF)⁶⁰.

Vous voyez donc que la procédure est longue et complexe, au point qu'elle dure souvent de nombreux mois. Et encore, la procédure législative française est somme toute assez simple, en comparaison avec d'autres pays, comme la Suisse où l'existence de mécanismes de démocratie directe, tel le référendum et la structure fédérale de l'État, impliquent de consulter à plusieurs reprises tous les acteurs de la société (cantons, population, partis politiques, experts, groupes de pression, etc. ; cf. Art. 147 Cst. Féd. Suisse).

Rien à voir donc avec un décret simple pris en Conseil des ministres et qui peut prendre quelques semaines tout au plus⁶¹.

⁶⁰ Pour le détail de l'élaboration d'une loi parlementaire, veuillez-vous référer au Doc.2, Partie 5 à la fin de cet ouvrage.

Cette hiérarchie a pour conséquence qu'un acte à un niveau inférieur ne doit pas être en contradiction avec un acte à un niveau supérieur. Si tel devait être le cas, l'acte inférieur devrait être abrogé ou modifié.

Et que faire si deux actes de même niveau se contredisaient ? La pratique a consacré avec le temps des principes, sous la forme d'adages. Il n'est pas nécessaire d'être latiniste pour les comprendre : « *lex specialis derogat generali* » et « *lex posterior derogat legi priori* ». Le droit accorde donc une plus grande valeur aux actes dont le sens est le plus concret et récent.

Contrôler si un acte inférieur est conforme au traité, cela s'appelle un contrôle de conventionalité. Vérifier si un acte est en conformité avec la constitution, cela s'appelle un contrôle de constitutionnalité. S'assurer enfin de la conformité d'un acte juridique par rapport à la loi parlementaire, cela se nomme un contrôle de légalité.

Qui est le plus fort : le droit national ou le droit international ?

S'agissant plus particulièrement du contrôle de conventionalité, la question s'est longtemps posée – et se pose encore quelquefois – de savoir si un acte de droit international public, tel un traité, avait une position supérieure dans la hiérarchie par rapport aux actes de droit national.

Vous avez remarqué que de la pyramide ci-dessous, j'ai volontairement placé la catégorie des traités au-dessus des autres, ce qui vous donne la réponse à la question.

Le fait est que plusieurs opinions se sont affrontées. L'une est dite la doctrine dualiste, l'autre est la doctrine moniste. La première

⁶¹ Pour l'élaboration des différentes formes de décrets, je vous invite à consulter l'adresse Internet : <http://www.legifrance.gouv.fr/droit-francais/Guide-de-legistique/II.-Etapes-de-l-elaboration-des-textes/2.4.-Decret>

considère que l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international sont séparés. Aussi, tant qu'un acte juridique de droit international n'a pas été transposé dans l'ordre interne, la question de la supériorité de l'un sur l'autre ne se pose pas. Ils vivent dans deux sphères séparées.

La doctrine moniste considère que les deux sphères internationale et nationale forment un tout et que, partant, la question doit être réglée.

Comment la règle-t-elle ? Dans tous les États monistes, y compris la France, les traités ont une valeur supérieure aux actes juridiques nationaux. C'est l'article 55 de la Constitution française qui l'énonce :

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.

De plus, la Cour Internationale de Justice (CIJ), organe juridictionnel de l'ONU, a énoncé « le principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne »⁶².

Ainsi la supériorité du traité sur la loi ne fait pas de doute. Mais il est vrai qu'en raison des visions souverainistes au sein de l'État, cette supériorité a du mal à être acceptée. D'ailleurs, dans deux arrêts célèbres, les deux plus hautes juridictions françaises de droit public⁶³ et privé⁶⁴ ont réduit la portée de l'article 55 précité en considérant que le terme loi ne s'appliquait pas à la Constitution.

⁶² CIJ, *Affaire du bureau de l'OLP*, Rec. 1988, p.34.

⁶³ CE Ass., *Sarran*, 30 octobre 1998.

⁶⁴ Cass. Ass. Plén., *Fraisie*, 2 juin 2000, voir ci-après dans la partie « Citations ».

Autrement dit, selon ces décisions, les traités ne priment pas la Constitution française.

Mais alors que se passe-t-il lorsqu'un traité international signé par la France contredit des dispositions de la Constitution ? Les autorités françaises considèrent qu'il faut réviser la Constitution pour la mettre en harmonie avec le texte international avant que celui-ci ne soit ratifié. Dernier exemple en date, la révision constitutionnelle du 4 Février 2008 permettant la ratification du traité de Lisbonne.

Les actes d'application des lois au sens matériel

Sur une carte routière, l'on ne mentionne pas les chemins d'accès ou les cages d'escalier jusqu'à la porte de la maison. Ce sont pourtant les voies les plus nombreuses et les plus fréquemment empruntées au quotidien.

En droit, ces voies sont les actes d'application des lois au sens matériel. Leur fonction est essentielle. Ce sont ces actes qui constituent les rouages de la société, qui fluidifient les rapports entre l'État et les particuliers, mais aussi entre ces derniers. C'est par leur moyen qu'une loi au sens matériel comportant une règle de droit générale et abstraite va pouvoir s'appliquer dans un cas donné, à une personne en particulier à un moment spécifique. Ainsi, elle sera concrétisée.

Ces différents actes sont mentionnés dans la partie basse de la pyramide. Vous remarquerez la distinction entre les actes de droit privé et de droit public.

Les actes unilatéraux de droit public/privé

La différence est en effet trop grande pour pouvoir les associer. Prenons l'exemple des actes unilatéraux en droit public et en droit privé. Dans le premier cas, ces actes sont très fréquents puisqu'ils permettent à l'administration d'exprimer sa volonté et de l'imposer à ses destinataires. Les plus fréquents de ces actes unilatéraux

publics sont les décisions. Résiliation du contrat d'un agent contractuel, expulsion d'un étranger du territoire français, obtention d'un permis de construire, interdiction de circulation pour les poids-lourds durant un jour férié ou en période de forte chaleur, refus de versement d'une allocation à une personne réunissant les conditions d'obtention, arrêté de nomination d'un professeur d'université⁶⁵, les exemples ne manquent pas dans lesquels l'administration dicte sa position en interprétant une loi au sens matériel et en l'appliquant dans un cas donné à une personne spécifique.

En revanche, un acte unilatéral en droit privé constitue un cas rare puisque, en principe, les particuliers sont égaux. Partant, un individu peut difficilement imposer sa volonté en exigeant que son *alter ego* s'y soumette ou encore s'engage sans rien attendre en retour. Parmi de tels actes l'on peut néanmoins mentionner : la mise à pied en droit du travail, le testament ou la reconnaissance de dette.

In fine, veuillez noter qu'il existe des documents écrits qui ressemblent aux actes unilatéraux de droit public, alors qu'ils n'en sont pas. Ces « actes » se distinguent des véritables actes juridiques en ce qu'ils ne produisent pas d'effets juridiques. On dit qu'ils ont une simple valeur déclaratoire en ce qu'ils ne modifient pas l'ordonnement juridique.

⁶⁵ Cet exemple nous montre que la cloison entre les lois au sens matériel et les actes d'application des lois au sens matériel n'est pas étanche, puisqu'un décret ou arrêté peut tout aussi bien avoir une portée générale et abstraite (fixation des seuils de remboursement en matière de soins), qu'une portée spécifique et concrète (nomination d'un haut fonctionnaire). La doctrine distingue les deux en parlant de « décret réglementaire » et « décret individuel » ou encore d'acte administratif unilatéraux réglementaires et non-réglementaires.

Font partie de cette catégorie, les avis, les enquêtes préalables, les circulaires, les notes de service, les réponses ministérielles, les mesures d'organisation interne des services. Comme elles ne produisent pas d'effet juridique et que, partant, elles ne peuvent pas « faire grief » à un individu, elles ne peuvent pas non plus faire l'objet d'un recours devant le juge. En revanche, il arrive parfois que de tels documents soient des actes juridiques déguisés, auquel cas le juge peut se rendre compétent en requalifiant un tel acte en décision juridique.

Les contrats de droit public/privé

Deuxième catégorie d'actes d'application des lois au sens matériel : les contrats. Selon la définition même du Code civil, (art.1101 à 1103) :

Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.

Il est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement.

Un contrat constitue donc un engagement qui crée des obligations entre deux personnes. Lorsque ces obligations ne s'imposent qu'à une personne, on dira que le contrat est unilatéral. C'est le cas par exemple d'une donation. Le père qui donne de l'argent à ses enfants pour acheter une voiture n'attendra aucune contrepartie en retour, sauf peut-être un « merci » qui ne relève pas du droit.

Lorsque ces engagements sont réciproques, ce qui est le plus fréquent, l'on parlera de contrat synallagmatique. Contrat de vente, de location, de service, de transport, etc., il y a là des obligations croisées de part et d'autre des co-contractants.

Les contrats de droit public diffèrent des contrats de droit privé de par leur contenu, de par les réglementations auxquelles ils sont soumis et de par la compétence du juge qui aura à régler les litiges y afférents. Ils se caractérisent surtout par deux éléments ; le fait que 1) l'une des parties au contrat est une personne morale de droit public, 2) ce contrat contient des clauses dites exorbitantes du droit commun. Autrement dit, le contenu est inhabituel taillé sur mesure à l'avantage de l'État. Mais cette différence est plus une différence de degré que de nature, les deux catégories tendant petit à petit à se rapprocher.

Pourriez-vous citer un contrat de droit public ?

Les jugements publics/privés

Dernière catégorie d'actes d'application des lois au sens matériel : les jugements.

Il s'agit d'une décision prise par une personne officiant en tant que juge qui dit le droit et tranche un litige. On parle donc d'autorité juridictionnelle (*juris-dictio*). Lorsque la décision est prise par un juge en première instance, c'est-à-dire au premier niveau de l'organigramme des juges, on parle alors de jugement. Le juge en appel ou en cassation lui rend non pas un jugement, mais un arrêt. Attention à ne pas confondre un arrêt avec un arrêté !

En France, un arrêté est un acte administratif émanant d'une autorité publique relevant du pouvoir exécutif, autre que le président ou le premier ministre. Ce peut être un ministre, un préfet, un maire, ou un représentant d'une collectivité territoriale.

Un jugement/arrêt est généralement constitué de trois parties. Il y a tout d'abord « le visa », c'est la référence à la loi matérielle que le juge va appliquer. Visa veut dire « vu » en latin. C'est comme si le juge disait : « après avoir vu telle ou telle loi au sens matériel... »

Il y a ensuite « les motifs », à savoir les arguments employés par le juge pour rendre sa décision. Cette partie contient les motifs à

proprement parler, mais elle reproduit aussi en partie ou en totalité les moyens. Ces derniers se rapportent aux arguments non pas du juge, mais des parties au litige.

Enfin, il y a le dispositif. C'est en quelque sorte la conclusion du jugement/arrêt qui contient la solution du litige avec les conséquences qui s'ensuivent.

Au même titre que les contrats, les jugements en droit public et en droit privé se distinguent les uns des autres par leur contenu, les lois qu'ils appliquent, mais aussi et surtout par la compétence du juge qui les rendra. Comme nous le verrons plus loin⁶⁶, l'organisation juridictionnelle française est structurée autour de cette distinction fondamentale entre les juges de droit privé et les juges de droit public.

Sauriez-vous donner des exemples de jugement en droit privé et en droit public ?

Les actes d'application créateurs de règles de droit spécifiques et concrètes

Dans les pages précédentes, je vous avais expliqué que les lois au sens matériel contenaient des règles de droit générales et abstraites. C'est ce qui fait leur substance/matière.

Et les actes d'application des lois au sens matériel que nous venons de voir, contiennent-ils également des règles de droit générales et abstraites ?

La réponse est négative. Elles contiennent la plupart du temps une règle, mais celle-ci n'est pas générale et abstraite. C'est logique puisque ces actes ont pour but de concrétiser une loi dans une situation donnée.

⁶⁶ Voir leçon 5, 2^{ème} Partie.

La décision de renvoi d'un étranger dans son pays, l'arrêté de nomination d'un fonctionnaire, la décision d'expropriation d'une famille etc. Ces actes sont individualisés. C'est pourquoi ils ne peuvent contenir de règle de droit générale et abstraite.

D'ailleurs pour la petite histoire, s'agissant en particulier des jugements, le législateur français s'est tellement méfié du rôle important des juges avec le risque qu'ils puissent eux-mêmes édicter des lois au sens matériel qu'il a choisi de nous avertir dans le code civil dès l'article 5 en disant :

Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

Cette crainte a un nom ; on parle du « gouvernement des juges ». Les arrêts de règlement seraient donc interdits. En revanche, les jugements, au même titre d'ailleurs que les contrats et les actes unilatéraux, peuvent fixer des règles de droit spécifiques et concrètes.

En fait, ces actes concrétisent les règles de droit générales et abstraites en fixant la norme à suivre dans le cas d'espèce.

Comment cela ?

Prenons un exemple. La loi dispose que le contrat de vente est « *une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.* » (art.1582 du Code civil). La règle de droit générale et abstraite se réfère donc à une réciprocité d'obligations : d'un côté, livrer une chose, de l'autre, payer. Cette règle est dite générale, car elle s'applique de manière identique à toutes sortes de situations ou personnes d'un même groupe. Elle est également abstraite, car elle n'apporte pas de précisions quant à la manière de traiter des cas particuliers.

Lorsque, en date du 3 septembre 2013, Y passe avec Z un contrat de vente d'un collier neuf en or 24 carats sertis de 12 diamants au prix de 3499€, le contrat de vente constitue la ligne de conduite à

suivre qui fixe l'obligation entre les deux parties. Cette ligne de conduite constitue la règle de droit spécifique et concrète contenue dans le contrat de vente en question, qui elle-même concrétise la règle générale et abstraite de l'article 1582 précité.

Idem pour un jugement. Prenons par exemple le cas d'une salariée, Mme Belle, qui fait l'objet d'harcèlements moraux au bureau de la part de son patron, M. Wyss-Yeux. Elle ne peut plus continuer de travailler. Mais elle ne peut se permettre de perdre son travail en raison des conséquences financières désastreuses pour elle.

Le Code du travail fixe les règles de droit générales et abstraites suivantes :

« Toute rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions des articles L. 1152-1 et L. 1152-2, toute disposition ou tout acte contraire est nul. » (Art. 1152-3 du Code du travail)

« Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. » (Art. 1152-1 du Code du travail)

Le conseil de prud'hommes, juridiction compétente en matière de contrats de travail, sera saisi de cette affaire. Il concrétisera la règle générale et abstraite en fixant une ligne de conduite à respecter dans le cas donné entre l'employeur et la salariée concernés. Il prononcera un jugement qui fixera la règle spécifique et concrète dans le cas de Mme Belle. Il jugera par exemple qu'elle doit pouvoir obtenir la résiliation de son contrat de travail avec des conséquences identiques à une rupture de contrat de travail sans cause réelle et sérieuse, ce qui lui permettra d'obtenir une réparation satisfaisante qui ne peut être inférieure à 6 mois de salaire.

Le jugement produit donc une règle de droit. Les britanniques parlent de *ratio decidendi*, autrement dit la partie décisive du jugement. Nous y reviendrons plus tard⁶⁷. Cette règle est spécifique et concrète puisqu'elle résout cette affaire en particulier en tenant compte des circonstances propres aux parties en litige : le comportement de Mme Belle et celui de M. Wyss-Yeux durant la période en cause.

Mieux, lorsque cette affaire fait l'objet d'un appel et ensuite peut-être d'un pourvoi en cassation, la chambre sociale de la Cour de cassation rend ensuite un arrêt qui aura non seulement pour effet de confirmer ou d'infirmer la règle spécifique et concrète énoncée par le juge de 1^{ère} instance, mais, plus encore, de servir de modèle pour toutes les autres affaires similaires qui pourraient se présenter ultérieurement devant le juge⁶⁸. Ce modèle a un nom : c'est une jurisprudence⁶⁹.

Pourrait-on aller jusqu'à dire que la jurisprudence est créatrice d'une règle de droit générale et abstraite ?

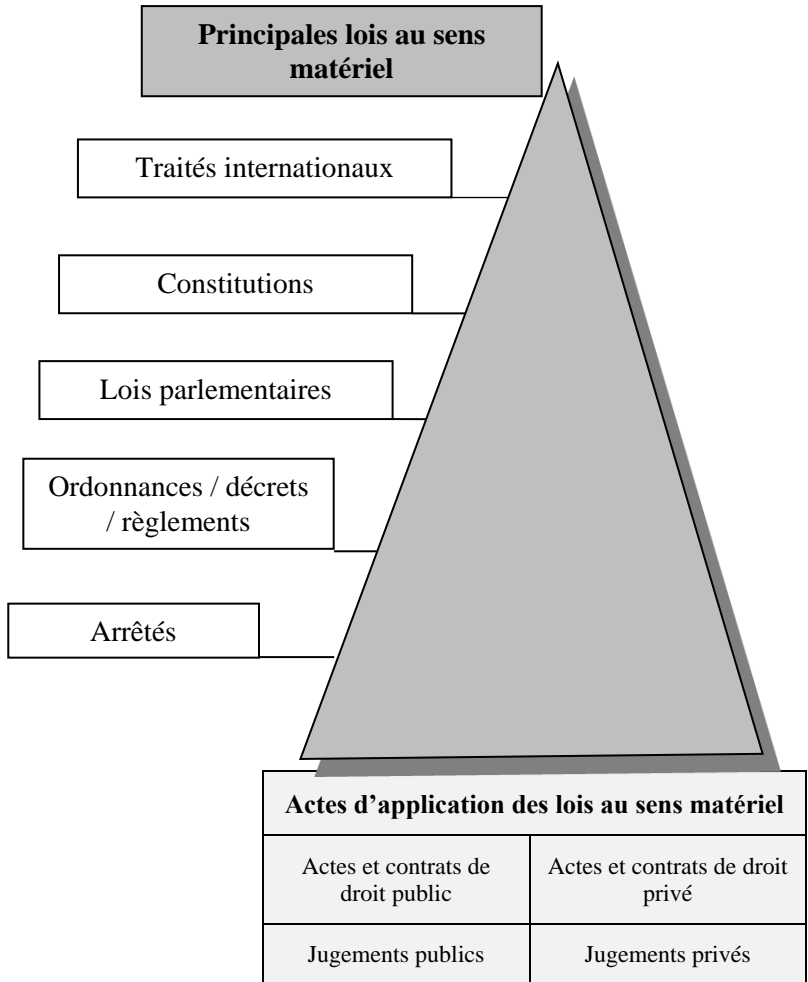
Quelle impertinence de penser cela au vu de l'article 5 du Code civil précité ! Et pourtant, c'est bien ce que l'on constate. Affaire à suivre⁷⁰.

⁶⁷ Voir les pages 231 et 311 du présent ouvrage.

⁶⁸ Dans l'exemple ci-dessus, voir l'arrêt Cass. soc. n° 11-26.560 du 20 février 2013.

⁶⁹ Pour les autres sens du mot jurisprudence, voir la partie sur la jurisprudence dans la leçon suivante, ainsi que les définitions données dans l'ouvrage *Vocabulaire juridique*, (Ss. la dir. de Gérard Cornu), PUF, Paris, 2007, 8^{ème} édition, p.459.

⁷⁰ Voir la leçon 3, de la 2^{ème} Partie.



C) Citations

Article 1 du Code civil

*Modifié par Ordonnance n°2004-164 du 20 février 2004 - art. 1
JORF 21 février 2004 en vigueur le 1er juin 2004*

Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels.

Cass. Ass. Plén., *Fraisse*, 2 juin 2000, n° pourvoi 99-60274, Bulletin 2000 A. P. N°4 p. 7.

(...)

Sur les deuxième et troisième moyens réunis :

Attendu que Mlle X... fait grief au jugement attaqué (tribunal de première instance de Nouméa, 3 mai 1999) d'avoir rejeté sa requête tendant à l'annulation de la décision de la commission administrative de Nouméa ayant refusé son inscription sur la liste prévue à l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie des électeurs admis à participer à l'élection du congrès et des assemblées de province et d'avoir refusé son inscription sur ladite liste, alors, selon le moyen : 1° que le jugement refuse d'exercer un contrôle de conventionnalité de l'article 188 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie au regard des articles 2 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et F (devenu 6) du traité de l'Union européenne du 7 février 1992, l'article 188 étant contraire à ces normes internationales en tant qu'il exige d'un citoyen de la République française un domicile de dix ans pour participer à l'élection des membres d'une assemblée d'une collectivité de la République française ; 2° qu'il appartenait subsidiairement au tribunal de demander à la Cour de justice des Communautés européennes de se prononcer à titre préjudiciel sur la compatibilité de l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 avec l'article 6 du traité de l'Union européenne ;

Mais attendu, d'abord, que le droit de Mlle X... à être inscrite sur les listes électorales pour les élections en cause n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire ;

Attendu, ensuite, que l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 a valeur constitutionnelle en ce que, déterminant les conditions de participation à l'élection du congrès et des assemblées de province de la Nouvelle-Calédonie et prévoyant la nécessité de justifier d'un domicile dans ce territoire depuis dix ans à la date du scrutin, il reprend les termes du paragraphe 2.2.1 des orientations de l'accord de Nouméa, qui a lui-même valeur constitutionnelle en vertu de l'article 77 de la Constitution ; que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquant pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle, le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 188 de la loi organique seraient contraires au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit être écarté ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le premier moyen auquel Mlle X... a déclaré renoncer :

REJETTE le pourvoi.

CE, *Duvignères*, 18 décembre 2002, n°233618, publié au recueil *Lebon*

Vu la requête, enregistrée le 27 avril 2001 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, présentée par Mme Joëlle X, demeurant ... ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu le code de la construction et de l'habitation ;

Vu la loi n°91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique ;

Vu le décret n° 88-1111 du 12 décembre 1988 relatif à la détermination du revenu minimum d'insertion ;

Vu le décret n° 91-1266 du 19 décembre 1991 portant application de la loi du 10 juillet 1991 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de Mlle Landais, Auditeur,

- les conclusions de Mlle Fombeur, Commissaire du gouvernement

;

Considérant que la demande de Mme X, à laquelle la lettre du 23 février 2001 du garde des sceaux, ministre de la justice, dont l'annulation est demandée, a opposé un refus, doit être regardée, contrairement à ce qui est soutenu en défense, comme tendant à l'abrogation, d'une part, du décret du 19 décembre 1991 portant application de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique et, d'autre part, de la circulaire du 26 mars 1997 relative à la procédure d'aide juridictionnelle en tant que ces deux textes n'excluent pas l'aide personnalisée au logement des ressources à prendre en compte pour l'appréciation du droit des intéressés au bénéfice de l'aide juridictionnelle ; (...)

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la lettre du 23 février 2001 en tant qu'elle porte refus d'abroger partiellement la circulaire du 26 mars 1997 :

Considérant que l'interprétation que par voie, notamment, de circulaires ou d'instructions l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; qu'en revanche, les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; que le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs ; qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure ;

Considérant que si la circulaire contestée du 26 mars 1997 se borne à tirer les conséquences de l'article 2 du décret du 19 décembre 1991, elle réitère néanmoins, au moyen de dispositions impératives à caractère général, la règle qu'a illégalement fixée cette disposition ; que, par suite, Mme X est recevable et fondée à demander l'annulation de la lettre du 23 février 2001, en tant qu'elle porte refus d'abroger dans cette mesure la circulaire contestée ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions précitées et de condamner l'État

à verser à Mme X la somme de 15 euros qu'elle demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : La décision du garde des sceaux, ministre de la justice, du 23 février 2001 rejetant la demande d'abrogation partielle du décret du 19 décembre 1991 et de la circulaire du 26 mars 1997 est annulée.

Article 2 : L'État versera à Mme X la somme de 15 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à Mme Joëlle X et au garde des sceaux, ministre de la justice.

D) Exercices

Exercice n°11 : questions de cours

- 1) **Donnez un exemple de constitution, de loi au sens formel, d'arrêté et de décision administrative.**
- 2) **Quel point commun y a-t-il entre une ordonnance (art.38 Cst. Fr.) et un projet de loi voté selon la procédure de l'article 49-3 Cst. Fr. ?**
- 3) **Rédigez la règle de droit spécifique et concrète issue des arrêts Fraisse et Duvignère ci-dessus ?**
- 4) **A la lumière de la pyramide des actes juridiques (Partie « Cours », plus haut), veuillez indiquer à quel type d'acte correspondent les documents ci-dessous.**

A)

**[Acte] n° 2014-272 du 27 février 2014 portant délimitation des cantons dans le département de la Savoie
Version consolidée au 7 août 2015**

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'intérieur,

Vu le code général des collectivités territoriales, notamment son article L. 3113-2 ;

Vu le code électoral, notamment son article L. 191-1 ;

Vu le décret n° 2012-1479 du 27 décembre 2012 authentifiant les chiffres des populations de métropole, des départements

d’outre-mer de la Guadeloupe, de la Guyane, de la Martinique et de La Réunion, de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, ensemble le I de l’article 71 du décret n° 2013-938 du 18 octobre 2013 portant application de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l’élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral ;
Vu la délibération du conseil général de la Savoie en date du 31 janvier 2014 ;
Vu les autres pièces du dossier ;
Le Conseil d’Etat (section de l’intérieur) entendu,

Décète :

Article 1

Le département de la Savoie comprend dix-neuf cantons :

- **canton n° 1 (Aix-les-Bains-1) ;**
- **canton n° 2 (Aix-les-Bains-2) ;**
- **canton n° 3 (Albertville-1) ;**
- **canton n° 4 (Albertville-2) ;**
- **canton n° 5 (Bourg-Saint-Maurice) ;**
- **canton n° 6 (Bugey savoyard) ;**
- **canton n° 7 (Chambéry-1) ;**
- **canton n° 8 (Chambéry-2) ;**
- **canton n° 9 (Chambéry-3) ;**
- **canton n° 10 (Modane) ;**
- **canton n° 11 (Montmélian) ;**
- **canton n° 12 (La Motte-Servolex) ;**
- **canton n° 13 (Moûtiers) ;**
- **canton n° 14 (Le Pont-de-Beauvoisin) ;**
- **canton n° 15 (La Ravoire) ;**

- canton n° 16 (Saint-Alban-Leysse) ;
- canton n° 17 (Saint-Jean-de-Maurienne) ;
- canton n° 18 (Saint-Pierre-d'Albigny) ;
- canton n° 19 (Ugine).

Article 2

Le canton n° 1 (Aix-les-Bains-1) comprend :

1° Les communes suivantes : Albens, La Biolle, Brison-Saint-Innocent, Cessens, Epersy, Grésy-sur-Aix, Mognard, Montcel, Pugny-Chatenod, Saint-Germain-la-Chambotte, Saint-Girod, Saint-Offenge-Dessous, Saint-Offenge-Dessus, Saint-Ours, Trévignin ;

2° La partie de la commune d'Aix-les-Bains située à l'ouest d'une ligne définie par l'axe des voies et limites suivantes : depuis la limite territoriale de la commune de Tresserve, au droit de l'intersection du chemin Sous-le-Bois et de la montée de la Reine-Victoria, chemin Sous-le-Bois, carrefour Lamartine, boulevard du Maréchal-de-Lattre-de-Tassigny, rue Maryse-Bastié, rue Jean-Mermoz, boulevard Pierpont-Morgan, carrefour des Hôpitaux, avenue Franklin-Roosevelt, jusqu'à la limite territoriale de la commune de Grésy-sur-Aix.

Le bureau centralisateur de ce canton est le bureau centralisateur de la commune d'Aix-les-Bains.

(...)

Article 19

· Modifié par Décret n°2014-351 du 19 mars 2014 - art. 14

Le canton n° 18 (Saint-Pierre-d'Albigny) comprend les communes

suivantes : Aiguebelle, Aiton, Argentine, Betton-Bettonet, Bonvillaret, Bourgneuf, Chamousset, Chamoux-sur-Gelon, Champ-Laurent, Châteauneuf, Coise-Saint-Jean-Pied-Gauthier, Cruet, Epierre, Fréterive, Hauteville, Montendry, Montgilbert, Montsapey, Randens, Saint-Alban-d'Hurtières, Saint-Georges-d'Hurtières, Saint-Jean-de-la-Porte, Saint-Léger, Saint-Pierre-d'Albigny, Saint-Pierre-de-Belleville, Villard-Léger.

Le bureau centralisateur de ce canton est le bureau centralisateur de la commune de Saint-Pierre-d'Albigny.

Article 20

Le canton n° 19 (Ugine) comprend les communes suivantes : Beaufort, Césarches, Cohennoz, Crest-Voland, Flumet, La Giettaz, Hauteluce, Marthod, Notre-Dame-de-Bellecombe, Pallud, Queige, Saint-Nicolas-la-Chapelle, Thénésol, Ugine, Venthon, Villard-sur-Doron.

Le bureau centralisateur de ce canton est le bureau centralisateur de la commune d'Ugine.

Article 21

Le ministre de l'intérieur est chargé de l'exécution du présent [texte], qui sera publié au Journal officiel de la République française et entrera en vigueur au prochain renouvellement général des assemblées départementales suivant la publication du présent décret.

Fait le 27 février 2014.

Jean-Marc Ayrault

Par le Premier ministre :

Le ministre de l'intérieur,

Manuel Valls

B)**[Acte]**

Le présent règlement a pour objet : De préciser l'application à l'entreprise de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité. De déterminer les règles générales et permanentes relatives à la discipline ainsi que la nature et l'échelle des sanctions applicables. De rappeler les garanties de procédure dont jouissent les salariés en matière de sanctions disciplinaires. Il s'applique à tous les salariés de l'entreprise où qu'ils se trouvent (lieu de travail, parking, salle de repos...) y compris aux intérimaires et aux stagiaires présents dans l'entreprise. Toute autre prescription générale, portée à la connaissance de tous par note de service, sera considérée comme adjonction au présent règlement et aura même force d'application. (notre conseil préférer une mise à jour du règlement intérieur) Pour une meilleure information, ce document sera communiqué à chaque nouveau salarié, lors de son embauche, pour qu'il en prenne connaissance et sera affiché dans l'entreprise.

Accès et horaires d'ouverture Les locaux sont ouverts de à Des horaires différents peuvent être appliqués en cas de nécessités ponctuelles. Les salariés doivent respecter l'horaire de travail affiché Le personnel n'a accès aux locaux de l'entreprise que pour l'exécution de son contrat de travail, à l'exception du respect des droits syndicaux ou de représentation du personnel. Les salariés ne sont aucunement autorisés à introduire dans l'entreprise des personnes étrangères à celui-ci, ainsi que tout animal.

Utilisation des ressources logistiques et informatiques
L'utilisation d'Internet, de l'intranet, du téléphone, du fax et de la messagerie électronique ... de l'entreprise peut être réalisée pour un usage personnel, à condition d'être utilisé de bonne foi. Les salariés ayant accès à Internet doivent dans la mesure du possible veiller à ne pas diffuser d'informations sensibles ou confidentielles sur les activités de l'entreprise. L'utilisation d'Internet doit être réalisée dans le respect des règles de sécurité et des dispositions légales relatives notamment au droit de propriété, à la diffamation, aux fausses nouvelles, aux injures et provocations. Les agissements contraires aux règles de fonctionnement établies dans l'entreprise pourront entraîner des sanctions disciplinaires.

Voir dans ce domaine les préconisations de la CNIL

Retards et absences Tout retard doit être signalé et justifié auprès du Directeur des Ressources Humaines (justificatifs). Aucun salarié ne peut s'absenter de son poste de travail sans motif valable ni quitter l'établissement sans autorisation préalable. Cette disposition ne s'applique pas aux représentants du personnel dans l'exercice de leurs fonctions.

Exécution du travail Les salariés doivent se conformer aux directives qui leur sont données par leurs supérieurs hiérarchiques, mais peuvent en discuter mensuellement dans les groupes de libre expression visant à améliorer les conditions de production. Tout manquement aux règles relatives à la discipline donnera lieu à l'application de l'une des sanctions prévues par le présent règlement.

Discipline : Tout comportement considéré comme fautif par l'employeur pourra, en fonction de sa nature et de sa gravité, faire l'objet de l'une des sanctions énumérées ci-après par ordre d'importance. (Ex : absences non motivées, retards répétés, non-réalisation du travail à accomplir, comportement désinvolte, introduction de personnes étrangères dans le service, faute professionnelle etc.)

Echelle des sanctions : Sont susceptibles d'être mises en œuvre dans l'entreprise, les sanctions suivantes : - avertissement oral - avertissement écrit - mise à pied disciplinaire de 4 jours maximum Le salarié conformément à l'article L1332-1 à 5 du code du travail , sera convoqué par l'employeur à un entretien préalable lorsque celui-ci envisagera de prendre une des sanctions qui précèdent à son égard. Aucune sanction ne peut être appliquée à un salarié sans convocation à entretien préalable comportant mention des griefs retenus contre lui et de la sanction envisagée. Cette convocation précisera que le salarié pourra se faire assister lors de cet entretien et que cet entretien est destiné à recueillir ses observations. La sanction ne peut intervenir moins d'un jour franc ni plus d'un mois après le jour fixé pour l'entretien.

Dispositions relatives à l'abus d'autorité en matière sexuelle et morale dans le travail - Selon l'article L1353-1 à 5 du code du travail, "Aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de harcèlement d'un employeur, de son représentant ou de toute personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur ce salarié dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit

d'un tiers". "Aucun salarié ne peut être sanctionné ni licencié pour avoir témoigné des agissements définis à l'alinéa précédent ou pour les avoir relatés. Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit". - Selon l'article L1353-6 : Sera passible d'une sanction disciplinaire tout salarié ayant procédé aux agissements précédemment définis. - Selon l'article L1152-1 à 3 du code du travail : Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral, qui ont pour objet ou pour effet : - une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité - d'altérer sa santé physique ou mentale - ou de compromettre son avenir professionnel. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir subi, ou refusé de subir, les agissements de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés, notamment en matière de : rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat.

Loi anti-tabac - En application du décret du 29/05/92 sur la loi EVIN du 10 janvier 1991, il est interdit de fumer dans tous les lieux fermés, public de la société X. - Il est donc formellement interdit de fumer dans : les bureaux, la salle de détente et de repas, la salle de réunion, les sanitaires, les couloirs. - Sauf dans le lieu spécialement réservé aux fumeurs. - Des dérogations ponctuelles pourront être accordées à l'occasion de cocktails organisés par la société X.

Boissons et restaurations - Les boissons et tout autre aliment devront être consommés dans l'espace détente. - La salle de

détente et de repas est un lieu convivial, commun qui doit rester propre et bien tenu à tout instant.

Autres dispositions - Toute personne ayant accès aux locaux ne peut : causer du désordre en quelque lieu que ce soit, faire du bruit dans les couloirs, salle de travail, salle de détente de manière à nuire au bon déroulement des activités de la société.

Entrée en vigueur et modification du dit règlement - Ce règlement entrera en vigueur le (entre en vigueur un mois après son dépôt au greffe du tribunal de prud'homme et communication à l'inspecteur du travail). Il est mis à disposition sur le tableau d'affichage du lieu de travail. Toute modification ultérieure du règlement interne sera soumise à la procédure définie dans le code du travail.

Fait à , le

C)

...

ENTRE : Monsieur A

ET : Monsieur B

Il a été convenu ce qui suit :

Monsieur A (vendeur) vend à Monsieur B (acheteur) qui accepte un véhicule automobile de marque dont les caractéristiques sont les suivantes :

- **puissance : ;**
- **type : .., numéro dans la série du type : ...**
- **date de première mise en circulation : .././.. ;**
- **année :,**
- **modèle : ;**

pour le prix de euros (en lettres et en chiffres).

Ce prix a été payé par Monsieur B par chèque sur la banque ° ..., en date du .././.. (ou "en espèces" ce dont Monsieur A lui donne quittance).

Monsieur A déclare que ce véhicule a été acquis par lui neuf le .././.. ; qu'il n'a jamais été accidenté ; que le kilométrage figurant au compteur, kilomètres, est réel.

Si le vendeur n'est pas en mesure de garantir le véhicule parce qu'il l'a acheté en deuxième ou troisième main, indiquer :

"Le véhicule a été acquis d'occasion le .././... Le kilométrage figurant au compteur est de mais Monsieur A n'est pas en mesure de le garantir".

Monsieur A déclare, en outre, que ce véhicule a fait l'objet de révisions périodiques et qu'il est à sa connaissance en bon état de marche.

Monsieur B, déclare avoir examiné en détail ce véhicule, l'avoir essayé avec le vendeur, avoir constaté qu'il est en bon état extérieur (pneus, carrosserie...) et intérieur, et qu'il est en bon état de marche.

Il renonce à exercer à l'encontre de Monsieur A toute action qu'elle qu'en soit la nature et même celle qui serait fondée sur un vice caché non connu du vendeur.

Monsieur A reconnaît avoir reçu tous les papiers nécessaires au changement d'immatriculation.

Il prend possession de ce véhicule à compter de ce jour à heures et dégage, en conséquence, Monsieur A de toutes responsabilités civiles ou pénales pour les accidents, contravention ou délits qui pourraient survenir à compter de ce jour et heure.

Fait à, le .././.. à heures, en deux exemplaires.

Lu et approuvé (mention manuscrite)

Signatures de Monsieur A et de Monsieur B.

D)

JORF n°245 du 21 octobre 2006

[ACTE JURIDIQUE]

(...) du 19 octobre 2006 portant nomination, titularisation et affectation (enseignements supérieurs)

NOR: MENH0602479D

Par (...) du Président de la République en date du 19 octobre 2006, les personnes dont les noms suivent, admises au recrutement de professeurs des universités par le premier concours national d'agrégation dans la discipline droit public, sont nommées et titularisées en cette qualité à compter du 1er septembre 2006 et affectées à la même date dans les établissements ci-dessous cités :

**Mlle Barbou des Places (Sékolène), université d'Amiens ;
M. Bioy (Xavier), université Toulouse-I ;
M. Bonnet (Baptiste), université Clermont-Ferrand-I ;
M. Clamour (Guylain), université Grenoble-II ;
Mme Delivre (Cendrine), épouse Gilg, université des Antilles et de la Guyane ;
M. de Frouville (Olivier), université Montpellier-I ;
M. de Montalivet (Pierre), université Bretagne-Sud ;
M. Fortier (Charles), université de Besançon ;
M. Glénard (Guillaume), université d'Artois ;
M. Hernu (Rémy), université de Valenciennes ;
Mlle Idoux (Pascale), université de Saint-Etienne ;
M. Kada (Nicolas), université Clermont-Ferrand-I ;
M. Kalfèche (Grégory), université de la Réunion ;**

M. Maitrot de la Motte (Alexandre), université d'Angers ;
M. Muzny (Petr), université de Chambéry ;
Mme Noguellou (Rozen), épouse Seyfritz, université de Nantes ;
M. Ondoua (Alain), université de Limoges ;
M. Rambaud (Thierry), université Strasbourg-III ;
M. Ribes (Didier), université de Mulhouse ;
Mme Saulnier (Emmanuelle), épouse Cassia, université de Nantes ;
M. Szymczak (David), université de Limoges ;
Mme Tournepiche (Anne-Marie), épouse Pariente, université du Havre ;
M. Tusseau (Guillaume), université de Rouen ;
Mme Ubaud (Marion), épouse Bergeron, université Nancy-II ;
Mme Vidal-Naquet (Ariane), université Lille-II.

Leçon 2 : Les actes juridiques informels : les sources souterraines d'inspiration du droit

A) Bibliographie

- C. Albigès, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. Thèses n°329, Paris, 2000, 392p.
- Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Traduction et notes par J. Tricot. Vrin, « Bibliothèque des Textes Philosophiques – Poche », 1990. 578 p.
- Association Henri Capitant, « droit », « Règle », « Morale », « Norme » in *Vocabulaire juridique* (dir. G. Cornu), PUF, 2^{ème} édition, Paris, 1990, p.218.
- P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *droit international public*, LGDJ, 8^{ème} édition, 2009, Paris, 1722p.
- J. Gaudemet, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Montchrestien, 4^{ème} édition, Paris, 2006, p.25-63.
- Bruno Genevois, « Principes généraux du droit », in *Encyclopédie Dalloz, Contentieux administratif* n°532 et suivants.
- Étienne Picard, « Science du droit ou doctrine juridique », in *L'unité du droit*, Mélanges Drago, Paris, Economica, 1996, p. 119 et suivants.

B) Cours

L'importance des lois au sens matériel, ces routes officielles que l'on vient d'aborder, ne doit pas nous faire sous-estimer le rôle joué par un autre type d'expression du droit qui compose l'ordonnement juridique : les sources d'inspiration du droit.

En effet, une tendance tenace des juristes est de croire qu'il est possible de gérer la société au moyen de lois écrites générales et abstraites, comme si les réseaux routiers étaient capables de quadriller l'ensemble du territoire sans laisser d'espace vierge de tout transport. Pourtant, l'on sait très bien qu'une telle vision n'est qu'illusion et ce, pour au moins deux raisons. D'une part, les lois sont limitées dans leur sphère d'action à poser des lignes de conduite, mais elles ne peuvent forcer les gens à y obéir. D'autre part, les lois écrites sont bien limitées à tout prévoir et anticiper.

Peut-être est-ce dû aussi à cette tendance de la doctrine positiviste⁷¹ qui a tant influencé le droit moderne romano-germanique de considérer que seules les lois au sens matériel forment véritablement des actes juridiques dignes de ce nom qui seraient seuls créateurs de règles de droit, comme si, pour reprendre notre illustration, l'on se focalisait uniquement dans le territoire sur les zones routières asphaltées, tout en oubliant les chemins de traverse et de marche. Ce sont pourtant bien ces derniers qui ont précédé les voies routières. Ces voies modernes sont intimement dépendantes de chemins composés de millions de veines qui les irriguent, les forment et, en fin de compte, leur donnent vie.

Le droit également se construit à partir de ces sources anciennes d'inspiration qui, jointes ensemble, irriguent le système juridique et lui donnent sa véritable consistance.

⁷¹ Sur le positivisme, voir la leçon 1 de la 3^{ème} partie.

Ces petits pas sont des expressions informelles de volonté qui produisent également des effets de droit. En ce sens, on pourrait aussi les nommer actes juridiques. Toutefois, c'est une catégorie d'actes qui n'est pas de prime abord aussi influente et effective que les lois au sens matériel puisqu'ils ne tirent pas leur origine des pouvoirs exécutifs et/ou législatifs de l'État. Mais ces actes n'en jouent pas moins, suivant leurs spécificités et leurs domaines, un rôle déterminant de création du droit. Abordons brièvement ces actes.

La coutume

Quel est le rapport entre un doublet de costume, cet habit intérieur qui constitue la troisième pièce du costume pour hommes et la coutume ?

Ils ont la même étymologie. La coutume au même titre que le doublet provient du latin *cum suescere*, ce qui veut dire « faire sien ». De même que le doublet de costume fait corps avec celui qui le porte, la coutume fait corps avec la société qui la porte. Comment la société porte-t-elle la coutume ? Tout simplement, dans le cadre des besoins quotidiens de la vie en société.

Imaginons la vie dans une société naissante, encore peu structurée. Comment les gens doivent-ils se marier ? Quel nom doivent-ils porter ? Comment doivent-ils transmettre leur héritage ? Comment troquer ou vendre les biens ? À quelles conditions servir son maître ? À partir de quand faut-il punir un acte ?

Dans notre société actuelle, la tendance serait rapidement de faire appel à l'État et de renvoyer aux règles contenues dans les lois au sens matériel. Mais au commencement de l'humanité, au même titre d'ailleurs qu'aujourd'hui dans les sociétés traditionnelles, c'est à la pratique, à l'usage, aux habitudes et à la tradition que l'on fait appel. Bref, c'est pour beaucoup l'expérience qui sert de guide. Lorsque des usages deviennent suffisamment constants et anciens dans le temps au point que le groupe social en vient à tenir cette

pratique pour obligatoire, alors nous sommes en présence d'une coutume. Élément matériel : une pratique constante et ancienne ; Élément psychologique : opinion répandue de l'obligation de suivre cette pratique : voici les deux aspects constitutifs de la coutume.

La coutume a été aux fondements du droit. Rien de grand dans le monde juridique ne s'est fait sans coutume. Le respect de la parole donnée en matière contractuelle, le fameux *pacta sunt servanda* est avant tout une règle coutumière. Elle est aujourd'hui mise par écrit dans l'article 1134 du Code civil :

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi.

La coutume tend donc aujourd'hui à être progressivement remplacée par des actes écrits qui s'en inspirent, l'État préférant la stabilité, mais aussi et surtout le contrôle sur l'origine et la diffusion des règles de droit – nous l'avons déjà dit, l'État n'aime pas la concurrence.

La coutume n'a toutefois pas disparu. Au contraire, elle est omniprésente, sous deux formes, de manière formelle et informelle.

De manière formelle, elle est utilisée pour seconder la loi, à titre subsidiaire. Par exemple, l'article 1135 du Code civil dispose que :

Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Autre exemple, dans l'article 671 du Code civil :

Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les plantations dont la hauteur dépasse deux mètres, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres plantations.

De manière informelle, la coutume joue encore un rôle de premier plan dans certains domaines spécifiques, tel le droit commercial qui régit les relations entre les professionnels du commerce, ou encore dans certains domaines du droit international public, tel le droit de la mer. Puisque ce sont des domaines techniques qui exigent plus de flexibilité qu'à l'accoutumée, les usages constituent un moyen adapté pour les régir.

Mais il serait faux de croire que la coutume dans ses apparitions informelles ne se cantonne qu'à ces domaines de spécialistes. En réalité, la coutume imprègne l'ensemble du droit. Pensons ne serait-ce qu'à cette habitude qu'a le juge de se référer à des jugements antérieurs pour justifier le sens de sa décision. Cette règle de suivre les jugements déjà rendus pour déterminer le sens de la solution n'est écrite nulle part. En ce sens, la jurisprudence est une forme de coutume quasi-universelle.

Peut-il y avoir des coutumes qui contredisent la loi ? Et que fait le droit dans ce cas-là ? À vous de jouer en cherchant la réponse.

Principes généraux de droit

L'article 4 du Code civil pose une obligation fondamentale au juge français :

Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

Le juge doit donc juger, même si aucune loi ne lui permet de résoudre le litige. Vous noterez au passage le caractère ironique des propos du rédacteur du Code civil qui s'exprime comme si ce genre de situation ne pouvait que provenir du mauvais vouloir du juge se cherchant des excuses ou des prétextes.

Pourtant, le juge n'a aucun intérêt à ne pas juger. Et il n'est pas peu fréquent que la loi soit insuffisamment claire, voire inexistante.

Que peut donc faire le juge dans ce cas ? Juger, certes. Mais avec quelle référence ?

C'est là qu'interviennent parfois les principes généraux de droit. Ce sont des instruments bien commodes. Il s'agit de normes de référence non-écrites qui permettent au juge de pallier l'absence d'une norme écrite pour résoudre le litige.

C'est comme si le dessinateur, en l'absence d'équerre, allait en emprunter une pour réaliser son dessin. Le terme emprunt est approprié, car le juge, qui ne peut reconnaître ouvertement qu'il crée le droit – bien qu'en réalité il le crée – fait comme s'il se servait d'une norme déjà existante. C'est comme s'il la tirait d'un fonds de normes générales qu'il conserve à disposition auprès de lui.

Vous imaginez bien que les principes généraux de droit sont surtout invoqués dans des matières où les lois ne sont pas assez nombreuses ou déterminées pour régir tous les litiges susceptibles de se présenter. Deux matières fournissent au juge l'occasion d'invoquer régulièrement les principes généraux de droit : le droit administratif et le droit international public.

Prenons un exemple de la seconde matière.

Le 25 mars 1957, lorsqu'est née la Communauté Économique Européenne (CEE), l'objectif était de garantir la paix en Europe au moyen du rapprochement économique entre les États-Membres. C'est pourquoi le traité de Rome ne contenait que des dispositions

à caractère économique et absolument aucune en matière de protection des droits fondamentaux.

Pourtant, dès 1969, le juge européen, appelé la Cour de Justice des Communautés Européennes⁷² (CJCE), fut saisi d'affaires en matière de droits de l'homme. C'est par le biais de M. Erich Stauder, vivant à Ulm en Allemagne, que pour la première fois la question s'est posée de savoir si les droits fondamentaux devaient également être protégés au sein de la CEE. Ce dernier bénéficiait d'une assistance sociale en tant que victime de guerre, ce qui lui permettait d'obtenir certains aliments à moindre prix, dont du beurre. Il suffisait qu'il se rende avec son carnet de bons à certains dispensaires d'aliments de première nécessité pour obtenir la quantité souhaitée. M. Stauder reprochait toutefois à ce système de porter atteinte à la vie privée des gens, car les bons remis devaient comporter le nom et l'adresse du bénéficiaire ce qui, par exemple pour un SDF, n'était pas approprié.

Bien embêté, le juge allemand de première instance saisi de cette affaire eut la bonne idée de poser une question préjudicielle⁷³ à la CJCE à Luxembourg. Cette dernière rendit un arrêt le 12 novembre 1969 qui rejeta implicitement la demande de M. Stauder, - on ne peut pas avoir le beurre et l'argent... -, mais qui énonça en même temps ce principe remarquable : « les droits fondamentaux de la personne sont compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect ».

Voici comment le juge communautaire, dépourvu de toute loi écrite, a puisé dans la catégorie des principes généraux de droit afin d'éviter le déni de justice et énoncer une règle de droit permettant de solutionner le litige.

⁷² À la suite du traité de Lisbonne, cette cour a été rebaptisée Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE).

⁷³ C'est une demande d'avis adressée à un juge compétent, appelé le juge *a quo*.

Pour la petite histoire, c'est à partir de cette courte phrase qu'est née la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union Européenne, avec à la clef, non seulement des dizaines d'arrêts protégeant ces droits, mais aussi des textes fondamentaux, dont la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 7 décembre 2000⁷⁴. Si donc, vous entendez un jour certains juristes nier que le juge puisse créer le droit, repensez à M. Stauder de la ville de Ulm. Cela mettra du beurre dans vos idées !

Reste alors une question, à laquelle je vous laisse réfléchir. De quoi s'inspire le juge pour créer des principes généraux du droit ?

La doctrine

Assis sur votre banc d'amphi à écouter le professeur parler ou encore en train de lire cet ouvrage, un phénomène étrange dont vous n'avez peut-être pas conscience est en train de se produire. Je suis en train de vous enseigner, de vous instruire, me direz-vous. C'est vrai. Mais qu'est-ce qu'instruire ? Étymologiquement, cela veut dire « former l'esprit de quelqu'un par des préceptes, des leçons. »⁷⁵

Mais quel est le rapport avec la doctrine et le rôle joué par celle-ci dans la formation du droit ?

Le rapport est étroit. Saviez-vous qu'environ un dixième des députés ont fait des études de droit, soit une cinquantaine de membres de l'hémicycle ? Qu'un tiers des ministres actuels ont suivi des études de droit ? Qu'hormis les juges de proximité, la plupart des juges ont suivi des études de droit ?

⁷⁴ 2000/C 364/01, consultable à l'adresse Internet suivante : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf

⁷⁵ Voir, Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales, « Instruire », in Dictionnaire étymologique, consultable à l'adresse Internet : <http://www.cnrtl.fr/etymologie/instruire> et qui renvoie à *Psautier Oxford*, éd. Fr. Michel, XXXI, 10.

Vous comprenez donc que tous ces représentants de l'État, membres des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, qui sont à l'origine de la plupart des actes juridiques édictés en France, ont un jour été instruits par un enseignant en droit. Leur esprit a été influencé, formé, moulé, par les opinions dispensées par le professeur. Il ne fait pas de doute, dès lors, que les « opinions communément professées par ceux qui enseignent le droit »⁷⁶ – définition première de la doctrine – influent de manière indirecte sur le contenu du droit français. Mais, il existe d'autres raisons pour lesquelles la doctrine joue à sa manière un rôle non négligeable dans la formation du droit, même s'il est difficile de saisir l'ampleur de cette influence sur l'expression du droit.⁷⁷

À vous de jouer maintenant pour les trouver !

L'équité

Terminons cette partie par la dernière source d'inspiration et de création du droit : l'équité.

Ici encore, le droit français, teinté d'étatisme et de *légicentrisme*⁷⁸ manifeste une grande méfiance à l'égard de l'équité. Je précise toutefois pour être honnête qu'il se méfie d'une certaine forme d'équité. En effet, si vous regardez dans un dictionnaire juridique, vous remarquerez qu'il existe plusieurs définitions du terme équité qui peuvent être ramenées à deux types d'équité : une équité objective et une équité subjective.

⁷⁶ « Doctrine », in *Vocabulaire juridique*, (Ss. la dir. de Gérard Cornu), PUF, Paris, 2007, 8^{ème} édition, p.282.

⁷⁷ Mon Collègue, Pierre-Yves Gautier, lui aussi membre de la doctrine, vous en dira plus dans son excellent article sur les divers liens d'influence de la doctrine sur la jurisprudence. Infra, partie « Citations ».

⁷⁸ Ce mot est un néologisme. Il signifie qu'en France, l'idéologie juridique majoritaire prônée est que le droit repose sur la loi écrite qui représenterait la volonté générale du peuple français.

L'équité objective, celle dont les autorités étatiques ne se méfient pas, se définit de la manière suivante « l'atténuation, modification apportées au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières : modération, raisonnable dans l'application du droit. »⁷⁹

Autrement dit, il est des situations dans lesquelles la loi, si elle devait être appliquée de manière rigide, engendrerait des injustices. C'est pourquoi le législateur a prévu dans le texte, que les interprètes de la loi, les juges, tiennent compte de l'équité en fonction des circonstances.

Exemple : l'article L. 761-1 du code de justice administrative qui dispose que :

« Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation. »

Qu'est-ce que cela signifie ?

En règle générale, la partie perdante doit s'acquitter des sommes résultant du procès, tant pour elle-même que pour la partie adverse. Le montant de ces dépens peut être élevé⁸⁰ et il peut s'avérer injuste d'imputer sur elle l'intégralité de ces sommes, soit parce que sa demande n'était pas infondée, soit parce que sa situation

⁷⁹ « Équité », in *Vocabulaire juridique*, (Ss. la dir. de Gérard Cornu), PUF, Paris, 2007, 8^{ème} édition, p.319.

⁸⁰ Pour savoir ce que peuvent comporter ces dépens, veuillez-vous référer à la liste qui se trouve à l'adresse Internet : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1816>

économique est précaire. Dans ce cas, le juge peut modérer la règle au nom de l'équité.

L'équité subjective est celle dont se méfient les pouvoirs exécutif et législatif. C'est une « manière de résoudre les litiges en dehors des règles de droit, selon des critères tels que la raison, l'utilité, l'amour de la paix, la morale. »⁸¹

Ici, l'objectif est également de prendre une décision en écartant les lois existantes, mais cette fois-ci, sans que la loi ne nous y invite.

L'équité subjective est souvent associée à une figure française célèbre : le fameux juge Magnaud de Château-Thierry.

Prenez quelques minutes pour lire l'article qui décrit la mise en œuvre de l'équité subjective par le juge Magnaud⁸².

Vous comprendrez alors à travers ces quelques exemples ce que signifie exactement cette équité subjective. Vous comprendrez également pourquoi les autorités étatiques s'en méfient grandement. En effet, à semer des jugements sans règle écrite, on risque de récolter l'arbitraire.

Permettez-moi toutefois de nuancer ces propos en prenant la défense de l'équité et par la même occasion du juge Magnaud.

Il est trop manichéen d'affirmer que la loi est claire, précise et juste alors que l'équité serait floue, imprécise et arbitraire.

Rares sont en réalité les lois qui sont suffisamment déterminées pour que l'on puisse déduire de leur contenu de manière automatique et simple la solution à un litige. Si tel était le cas, il n'y aurait pas de dispute sur le sens d'un texte de loi et, partant, peu de procès.

⁸¹ « Équité », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p.319.

⁸² Voir à l'adresse : <http://www.ca-amiens.justice.fr/> puis rechercher sous « Magnaud ».

Dès lors, lorsque le juge se trouve confronté à une situation sans que le texte ne lui fournisse la réponse, où va-t-il puiser sa solution ? Dans son bon sens, dans les principes généraux de Justice, autrement dit, dans l'équité.

En réalité, au même titre qu'il n'est pas de fleuve qui ne tire sa matière des sources souterraines qui l'entourent, il n'est pas de jugement, d'interprétation de la loi, de solution d'un litige qui ne fasse référence, de manière plus ou moins directe, à l'équité qui l'entoure.

Ce n'est pas moi seul qui le dis. La Cour Internationale de Justice qui, contrairement aux autorités étatiques, n'est pas tant gênée par les conséquences de ses propos, l'a affirmé à plusieurs reprises :

*« Quel que soit le raisonnement juridique, ses décisions doivent par définition être justes, donc, en ce sens, équitables ».*⁸³

Ou encore : *« La notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit et [la Cour] doit appliquer les principes équitables comme partie intégrante du droit international et peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable ».*⁸⁴

Cette équité ressort à travers certains termes employés par le juge qu'on nomme des standards jurisprudentiels. Lorsque ce dernier considère dans son jugement qu'une décision est par exemple convenable, appropriée, mesurée, raisonnable, nécessaire, adaptée ou proportionnée, etc., il ne fait que puiser à la source de l'équité le sens de sa solution.

⁸³ CIJ dans *"Plateau continental de la mer du Nord"*, 20 février 1969, Rec. 1969, p.48.

⁸⁴ CIJ dans *"Plateau continental Tunisie-Libye"*, 24 février 1982, Rec. 1982, p.60.

Ainsi si l'équité est arbitraire, alors tout le droit est teinté d'arbitraire puisqu'il est tout entier tourné vers la poursuite de la justice/l'équité.

Je préfère plutôt dire que l'équité est la source d'inspiration principale du droit, l'équité subjective n'étant qu'une forme d'inspiration qui renvoie explicitement à l'équité, sans référence intermédiaire à la loi, alors que le jugement en droit s'inspire de l'équité sans le dire, par l'intermédiaire de la loi.

Entre droit et équité, il n'y donc pas de différence de nature, mais de degré.

C) Citations

Extraits de motivations portant sur la coutume en droit international public :

- *CIJ dans " Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)", 3 juin 1985, Rec. 1985, p.29, §27 :*

« la substance du droit international coutumier doit être recherchée en premier lieu dans la pratique effective et l'opinio juris des États ».

- *Tribunal Arbitral dans "Interprétation de l'accord aérien du 6 février 1948 opposant les États-Unis et l'Italie", RSA, vol. XVI, p.100 :*

« Seule une pratique constante, effectivement suivie et sans changement, peut devenir génératrice d'une règle de droit international coutumier ».

- *CIJ dans "Plateau continental de la mer du Nord", 20 février 1969, Rec. 1969, p.43,44 :*

« Le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constitue pas en soi, un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier ». (...)

« En ce qui concerne les autres éléments généralement tenus pour nécessaires afin qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut qu'une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés ».

« Les États doivent donc avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique. Ni la fréquence, ni même le caractère habituel des actes ne suffisent. Il existe nombre d'actes internationaux, dans le domaine du protocole par exemple,

qui sont accomplis presque invariablement mais qui sont motivés par de simples considérations de courtoisie, d'opportunité ou de tradition et non par le sentiment d'une obligation juridique ».

« La doctrine est, sinon une source, du moins une autorité de droit. C'est que la doctrine contribue à la synthèse du droit, elle en fait la critique, en dénonce les lacunes et elle contribue dans une certaine mesure – par des techniques pouvant assurément varier – à l'élaboration législative elle-même. (...) Si le droit anglais est un droit des juges, les droits français et allemand sont l'un et l'autre dans une large mesure des droits des professeurs. »⁸⁵

Extrait de: « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence » par M. Pierre-Yves Gautier, professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

Source :

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2004_1743/n_590_1744/#3

1. A chaque fois que je termine de rédiger ma chronique des « Contrats spéciaux » à la Revue trimestrielle de droit civil, j'ai la tentation de compter le nombre d'arrêts que j'approuve, par rapport à ceux que je critique ; évidemment, lorsque la majorité est critique, je suis embêté. C'est un vieux traumatisme que je dois

⁸⁵ R. Legeais, *Grands systèmes contemporains. Approche comparative*, Litec LexisNexis, 2^{ème} édition, Paris, p.69.

à mon ami Yves Chartier, qui m'avait dit un jour : « dites donc, Gautier, vous n'y allez pas de main morte, avec la Cour de cassation ! » Cela m'avait mortifié. Car s'il m'arrive de critiquer une décision émanant de celle-ci ou de juges du fond, c'est sur la base de mon raisonnement et de mes convictions, jamais avec agressivité et encore moins sur un ton péremptoire.

Le droit est une dialectique permanente : entre justiciables, entre membres de la doctrine, entre les professeurs et les juges. Entre les juges eux-mêmes !

C'est ce que nous enseignons à nos étudiants, dans les amphis et les salles de TD des facultés de droit ; et ce dont les juges se souviennent, car plus jeunes, ils ont été ces étudiants. Ainsi que Jean-Denis Bredin l'a relevé avec beaucoup de finesse, juges et professeurs se croisent à plusieurs reprises : sur les bancs de l'Université, lorsque les premiers apprennent des seconds ; puis dans leur bibliothèque ou dans leur salle des délibérés, quand ils lisent ce que nous avons écrit sur le sujet qu'ils ont à traiter – le juge reste l'enfant de la doctrine ⁽¹⁾. C'est-à-dire des auteurs, dans leur variété scientifique.

Enfant, cousin, frère ami ou ennemi, les relations sont assez passionnelles, mais pour le plus clair empreintes du respect mutuel de juristes partageant la même passion du droit et de la justice.

2. Les professeurs savent que le métier de juge n'est pas facile : contrairement à eux, nous ne sommes pas aux prises avec des enjeux immédiats et des plaideurs qui s'opposent, dont l'un doit l'emporter au détriment de l'autre, ce qui confère aux tribunaux des responsabilités lourdes à porter. Notre propre responsabilité est morale et scientifique, ce n'est pas rien, mais c'est moins.

Ce qui doit nous conduire à redoubler d'humilité : notre influence ne peut être que de conviction, nous n'avons par définition aucun argument d'autorité à faire valoir. Il est de notre devoir, compte tenu de la place considérable qu'a prise la jurisprudence en tant

que source du droit d'applaudir quand il le faut, parce que nous sommes convaincus par la solution commentée, ou au contraire de blâmer avec discernement, en tâchant de réfuter le syllogisme judiciaire concerné, pour en proposer un autre, paraissant plus approprié. Et en faisant en sorte de n'être pas trop longs, faute de quoi nous ne serons pas lus.

« Influencer » (étym. Influer, couler dans), c'est faire souffler, pénétrer une idée, pas l'imposer par la brutalité d'une leçon magistrale ⁽²⁾. Batiffol, qui fut l'un des principaux inspirateurs du droit international privé français, presque intégralement jurisprudentiel, constitue de ce point de vue le modèle de la délicatesse doctrinale.

Les magistrats ne sont plus nos étudiants. C'est vrai qu'il y a parfois quelques paroles trop vives, au sujet de tel ou tel arrêt sur une question agitée et ce sont évidemment celles qui entrent dans les annales. Cependant, d'une part, elles ne doivent pas être prises au pied de la lettre, d'autre part, elles sont assez rares ⁽³⁾.

L'honnêteté oblige à relever que l'inverse peut parfois se produire, de la même façon exceptionnelle ⁽⁴⁾.

L'agacement mutuel s'explique aussi souvent par le fait qu'un auteur ayant forgé une savante théorie la voit ignorée ou mise à mal par une décision, ou l'inverse, le juge s'étant donné beaucoup de mal pour rédiger une sentence didactique, qui se heurte à l'incompréhension de ses commentateurs.

D) Exercices

Exercice n°12 : commentaire de décision

A la lumière de la décision ci-après, veuillez répondre aux questions suivantes :

- 1) Quels sont les faits et la procédure dans cette affaire ?**
- 2) Quel est le rapport entre cette affaire et la présente leçon ?**
- 3) Quelle est votre opinion sur cette décision ? (Ne pas dépasser 1 page)**

**Décision n°2012-271 QPC du 21 septembre 2012
(Association Comité radicalement anti-corrida Europe et autre)**

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 21 juin 2012 par le Conseil d'État (décision n°357798 du 20 juin 2012), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité posée par l'association « Comité radicalement anti-corrida Europe » et l'association « droits des animaux », relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 521-1 du code pénal.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code pénal ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites pour les associations requérantes par Me Éric Verrièle, avocat au barreau de Paris, enregistrées les 11 et 27 juillet 2012 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées les 13 et 30 juillet 2012 ;

Vu les observations en intervention produites pour les associations « Observatoire national des cultures taurines » et « Union des villes taurines de France », par la SCP Piwnica et Molinié, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées les 12 et 27 juillet 2012 ;

Vu la demande de récusation présentée par les requérants, enregistrée le 11 juillet 2012 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article 521-1 du code pénal : « Le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

« En cas de condamnation du propriétaire de l'animal ou si le propriétaire est inconnu, le tribunal statue sur le sort de l'animal, qu'il ait été ou non placé au cours de la procédure judiciaire. Le tribunal peut prononcer la confiscation de l'animal et prévoir qu'il sera remis à une fondation ou à une association de protection animale reconnue d'utilité publique ou déclarée, qui pourra librement en disposer.

(...)

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie.

« Est punie des peines prévues au présent article toute création d'un nouveau gallodrome.

« Est également puni des mêmes peines l'abandon d'un animal domestique, apprivoisé ou tenu en captivité, à l'exception des animaux destinés au repeuplement » ;

2. Considérant que, selon les associations requérantes, en prévoyant pour les courses de taureaux une exception à la répression pénale instituée par le premier alinéa de l'article 521-1 du code pénal, les dispositions du septième alinéa de ce même article portent atteinte au principe d'égalité devant la loi ;

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur la première phrase du septième alinéa de l'article 521-1 du code pénal ;
4. Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789 l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire ;
5. Considérant que le premier alinéa de l'article 521-1 du code pénal réprime notamment les sévices graves et les actes de cruauté envers un animal domestique ou tenu en captivité ; que la première phrase du septième alinéa de cet article exclut l'application de ces dispositions aux courses de taureaux ; que cette exonération est toutefois limitée aux cas où une tradition locale ininterrompue peut être invoquée ; qu'en procédant à une exonération restreinte de la responsabilité pénale, le législateur a entendu que les dispositions du premier alinéa de l'article 521-1 du code pénal ne puissent pas conduire à remettre en cause certaines pratiques traditionnelles qui ne portent atteinte à aucun droit constitutionnellement garanti ; que l'exclusion de responsabilité pénale instituée par les dispositions contestées n'est applicable que dans les parties du territoire national où l'existence d'une telle tradition ininterrompue est

établie et pour les seuls actes qui relèvent de cette tradition ; que, par suite, la différence de traitement instaurée par le législateur entre agissements de même nature accomplis dans des zones géographiques différentes est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en outre, s'il appartient aux juridictions compétentes d'apprécier les situations de fait répondant à la tradition locale ininterrompue, cette notion, qui ne revêt pas un caractère équivoque, est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être rejeté ; que la première phrase du septième alinéa de l'article 521-1 du code pénal, qui ne méconnaît aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doit être déclarée conforme à la Constitution,

D É C I D E :

Article 1er.

Article 2.– La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée. – La première phrase du septième alinéa de l'article 521-1 du code pénal est conforme à la Constitution.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 20 septembre 2012, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, M. Jacques BARROT, Mme Claire BAZY MALAURIE, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE, Renaud DENOIX de SAINT MARC, Mme Jacqueline de GUILLENCHMIDT, MM. Hubert HAENEL et Pierre STEINMETZ.

Leçon 3 : La Jurisprudence : « je m'exprime, donc je suis »

A) Bibliographie

- (J-P. Ancel dir.), *La Création du droit Jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Dalloz, Paris 2007, 538p.
- J-P. Andrieu, *Histoire de la jurisprudence, les avatars du droit prétorien*, Vuibert, Paris, 2012, 308p.
- B. Latour, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte, Paris, 2002, 320p.
- N. Molfessis et al., *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à M. le Président Canivet*, LexisNexis, Litec, Paris, 2005.
- B. Oppetit, « Le rôle créateur de la Cour de cassation » in *droit et modernité*, PUF, Paris, 1998, p. 65 et suivants.
- F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 202p.
- R. Sève (dir), *La création du droit par le juge*, Archives de philosophie du droit, Dalloz, Paris, 2007, 369p.
- L. Lombardi Vallauri, « Jurisprudence », in *Vocabulaire fondamental du droit*, Archives de philosophie du droit, Sirey, Tome 35, Paris, 1990, p.191-210.
- M. Villey, *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, Paris, 2009, 276p.

B) Cours

Nous touchons ici à un « gros morceau » du droit. La jurisprudence est le moyen principal d'expression du droit. C'est en grande partie par elle que le droit prend vie, qu'il peut s'exprimer et se diffuser dans la société jusqu'à atteindre les individus qui la composent. Même ceux qui objectent à cette idée sont obligés de reconnaître que l'essentiel des études de droit se compose de l'analyse du contenu des jugements. Pourquoi la jurisprudence est-elle si intimement liée au droit ?

Sans un juge, le texte n'est rien

De même que sans interprète une chanson reste lettre morte, une loi sans interprète demeure lettre morte. Pour paraphraser Descartes, « j'interprète, donc je suis » est la devise du droit.

À cet égard, on a longtemps reproché au régime des droits de l'homme en France d'être inefficace et de ne pas suffisamment protéger les individus. Pourtant nous avons en France, terre des droits de l'homme, l'un des plus beaux textes du monde : la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

Qu'est-ce qui a modifié la donne et servi de déclic au réveil des droits de l'homme ? La décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, le jugement par lequel le Conseil s'est attribué la compétence d'utiliser et d'interpréter l'ensemble des textes constitutionnels relatifs aux droits de l'homme (bloc de constitutionnalité). C'est à partir de ce moment-là que le droit a pris vie, parce qu'il avait enfin trouvé un porte-parole exprimant le sens du texte.

Et qu'est-ce qui a permis plus tard aux droits de l'homme de passer du réveil à l'éveil ?

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui permet dorénavant au Conseil constitutionnel d'être saisi *a posteriori*,

c'est-à-dire une fois que la loi est entrée en vigueur et à l'occasion d'une instance déjà en cours, pour juger de la constitutionnalité d'une loi en vigueur et interprétée (Art.61-1 Cst. fr.) afin de donner du sens à la constitution.

Et que dire du droit administratif ? Qu'aurait-il été sans l'intervention constructive et créatrice du juge administratif ?

Exemple de jurisprudence

Pour comprendre plus clairement le rôle fondamental de la jurisprudence, prenons un exemple concret. Veuillez s'il vous plaît vous référer au célèbre arrêt du 2 décembre 1941 cité ci-dessous. Il est question ici de la responsabilité civile et plus précisément de la responsabilité civile du fait des choses que l'on a sous sa garde.

L'article 1242 al.1⁸⁶ qui régit cette question dispose que l'« *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.* »

Dans l'affaire précitée, le docteur Y s'était vu déposséder de son véhicule par un voleur qui avait ensuite, la même nuit, blessé mortellement le facteur X. Les consorts X avaient assigné le docteur Y – sans doute plus solvable que le voleur – devant le juge pour se faire indemniser du préjudice subi du fait de la mort du facteur sur le fondement de l'article 1242 al.1. La problématique juridique portait donc sur la signification de l'expression « des choses que l'on a sous sa garde ». La loi n'était pas suffisamment précise pour fournir une réponse au juge. Qu'a-t-il donc dû faire ?

Interpréter le texte afin de compléter le sens manquant.

En l'espèce, la Cour de cassation pose à titre de principe qu'avoir la garde d'une chose implique l'existence de « l'usage, de la

⁸⁶ Anciennement numéroté Article 1384 al.1.

direction et du contrôle » de la chose. Ce faisant, le juge donne la solution au litige puisqu'en l'espèce le docteur Y n'avait pas, au moment de l'accident, l'usage, la direction et le contrôle du véhicule. Il ne pouvait donc pas être considéré comme responsable de la chose sous sa garde. Mais il fait plus que cela. En énonçant cette solution, il établit par extension une règle de droit spécifique : « avoir la garde d'une chose, c'est en avoir l'usage, la direction et le contrôle ». Cette règle servira de modèle pour les affaires ultérieures. Ces affaires ultérieures viendront à leur tour préciser cette règle en posant des critères complémentaires de compréhension du sens de la loi. Sera ainsi tissée une toile de lignes de conduite, sous la forme de règles et de critères (des sous-règles en quelque sorte) qui permettra de rendre plus prévisible les comportements à suivre dans le domaine concerné.

Cet exemple nous permet de comprendre le rôle incontournable de la jurisprudence dans l'expression du droit.

Il nous permet aussi de saisir l'une des acceptions du mot jurisprudence : norme de référence édictée par le juge qui sert de précédent pour l'avenir, « habitude de juger dans un certain sens (...) solution consacrée d'une question de droit... »⁸⁷

« Gare à la jurisprudence ! »

Mais alors qu'est-ce qui fait qu'en France l'on s'en méfie tant de cette science du droit qui accorde aux juges de rechercher la solution juste en effectuant une mise en départage entre les parties au moyen d'une règle de droit propre au cas d'espèce ?

⁸⁷ 4^{ème} sens du terme « Jurisprudence », in *Vocabulaire juridique*, (Ss. la dir. de Gérard Cornu), PUF, Paris, 2007, 8^{ème} édition, p.459. Parfois le terme jurisprudence renvoie à « l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période dans une matière... », à « l'ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit » ou à la « personnification de l'action des tribunaux par opposition à la législation ou doctrine » (*ibid.*, p.459).

C'est la crainte des pouvoirs exécutif et législatif de se voir soumis aux diktats du pouvoir juridictionnel. La raison est historique en France, je ne rentre pas dans les détails. Notez toutefois qu'en France les juges de droit privé⁸⁸ ont pendant près d'un siècle et demi été enfermés dans une qualification erronée de n'être que des « bouches de la loi » dont la fonction devait être de s'en tenir au texte de loi.

Les choses ont un peu changé depuis. Toutefois, même les auteurs qui reconnaissent le caractère fondateur du droit de la jurisprudence continuent de relever son caractère dangereux. Deux dangers corrélatifs sont visés : l'instabilité et l'arbitraire.

L'instabilité proviendrait de deux sources.

Primo, en raison du caractère rétroactif des jugements, sachant que pour ce qui est des lois, la rétroactivité est interdite en France (art.2 Code civil)⁸⁹. Or, lorsque le juge rend un jugement, il solutionne une affaire qui a nécessairement eu lieu par le passé. La solution s'applique donc de manière rétroactive et, partant, imprévisible. Ainsi, le voleur ne savait pas qu'il avait en réalité la garde de la chose et s'il l'avait su, peut-être ne se serait-il pas comporté de cette manière. Le juge a décidé *a posteriori*.

Deuxio, l'instabilité peut résulter de la capacité du juge de procéder à des revirements de jurisprudence. En d'autres termes, le

⁸⁸ La situation est différente en droit public puisque, à la suite des lois du 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III qui ont séparé les fonctions judiciaires des fonctions administratives, les juges judiciaires ne pouvaient plus juger les opérations des corps administratifs. Il a donc fallu créer quasiment de toutes pièces les règles régissant le droit public français. C'est essentiellement au Conseil d'État qu'est revenue cette responsabilité.

⁸⁹ Sur la notion de rétroactivité, veuillez-vous reporter à la leçon ultérieure portant sur la légitimité du droit dans le temps (3^{ème} partie, leçon 2).

juge a la possibilité de changer son approche à l'occasion d'une nouvelle affaire. En l'espèce, rien n'empêcherait la Cour de cassation de juger qu'avoir la garde de la chose, c'est d'en être tout simplement propriétaire.

S'agissant de l'arbitraire, deux aspects sont invoqués par ceux qui se méfient de la jurisprudence.

D'une part, en énonçant une règle de droit à partir d'un cas donné, le juge dispose d'une maîtrise totale de la solution de l'affaire sachant qu'il peut toujours justifier sa prise de position à partir d'un détail spécifique qui distingue cette affaire d'une autre, ou encore, il peut réinterpréter la règle sans en changer le sens. Prenons un exemple. Imaginons en effet que dans une affaire ultérieure à celle du 2 décembre 1941, un juge se trouve confronté à un cas similaire dans lequel il souhaite, pour des motifs inavoués, engager la responsabilité du propriétaire du véhicule – par exemple, parce qu'il n'aime pas, lui, pauvre fonctionnaire, comment les membres des professions libérales s'enrichissent. Or, il est tenu par la jurisprudence édictée par la Cour de cassation relative à notion de chose que l'on a sous sa garde. Pour parvenir à ses fins, il lui suffira par exemple de relever qu'au moment de l'accident le voleur avait sans doute lâché le volant et qu'il n'avait pas *de facto* l'usage, la direction et le contrôle du véhicule. Ou alors, deuxième hypothèse, rien ne l'empêche de juger qu'un propriétaire dispose encore « *de l'usage, de la direction et du contrôle de son véhicule* » lorsqu'il n'en est dépossédé que pour un temps limité.

D'autre part, l'arbitraire guette le juge en raison de son absence de légitimité, ce à quoi renvoie l'expression d'origine américaine de « gouvernement des juges ». En effet, si le juge devait rendre un jugement comportant une règle de droit générale et abstraite, c'est comme s'il prenait la place du gouvernement ou du législateur alors même qu'il ne dispose pas d'une légitimité démocratique, au contraire de ces derniers. En outre, autant le gouvernement et le

législateur peuvent faire l'objet d'un contrôle de ses actions de la part du juge, autant le contraire n'est pas vrai.

Alors que répondre à ces critiques ?

Relativisons les critiques

Sans vouloir minimiser ces risques qui existent certainement, il faut tout d'abord partir du postulat que les juges et la jurisprudence sont indispensables et que l'on a jusqu'à présent pas trouvé d'autres solutions pour les remplacer. Ensuite, dans la balance entre les avantages et les inconvénients du rôle de la jurisprudence, ces risques hypothétiques ne compensent pas les bénéfices réels produits par l'action salutaire de la jurisprudence.

Enfin, ces risques doivent être mis en perspective. Les lois au sens matériel ne sont pas moins instables dans leurs effets puisqu'elles ne sont rarement assez claires pour prescrire une solution d'avance. Leur sens final sera donc fixé une fois les faits survenus. S'agissant des revirements de jurisprudence, ce risque doit là aussi être relativisé, car les lois elles-mêmes font régulièrement l'objet d'abrogations ou de modifications. En outre, rien n'empêche le juge d'agir avec parcimonie en cas de revirement, tout en sachant qu'il peut toujours donner des signes avant-coureurs de son revirement⁹⁰ ou encore adapter les effets de l'application de sa nouvelle jurisprudence dans le temps⁹¹. Une autre technique pratiquée généralement par le Conseil d'État consiste aussi à renverser sa jurisprudence, tout en rejetant le pourvoi dans le cas

⁹⁰ Sur cet aspect, voir T. Di Manno, « Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°20, Juin 2006.

⁹¹ Voir en ce sens, la décision QPC, *M. Daniel W et autres* [Garde à vue], 30 juillet 2010, 2010-14/22 qui retarde l'application des effets du revirement à l'année d'après, au 1^{er} juillet 2011.

donné, comme s'il fallait attendre un peu de temps encore afin d'appliquer la nouvelle jurisprudence⁹².

De même, s'agissant des risques d'arbitraire, il existe plusieurs moyens pour les prévenir : la garantie de leur indépendance et de leur impartialité, la qualité de la motivation de leurs décisions, le contrôle par une instance ultérieure nationale et supranationale, etc.

Au demeurant, le gouvernement et le législateur ne sont pas moins immunisés contre de tels risques d'arbitraire. Au contraire, ce n'est pas un secret de dire que pour les ministres et les parlementaires, la légitimité démocratique, loin d'être une garantie de la qualité de leur travail, constitue bien souvent un frein à la recherche du bien commun. Constamment sous la pression de leurs électeurs, du peuple et des lobbys en vue de conserver leur mandat présent et futur, ils ne disposent pas de la franchise et de la liberté nécessaires pour aboutir à des mesures justes.

De telles critiques à l'encontre de la jurisprudence doivent donc être relativisées, ce qui n'empêche bien évidemment pas de veiller à ce qu'elle s'entoure de garde-fous en vue d'exprimer un droit juste.

⁹² Voir par exemple le célèbre arrêt *Nicolo*, 20 Octobre 1989, Rec. Lebon p. 190.

C) Citations

Cour de cassation, Chambres réunies Audience publique du mardi 2 décembre 1941

**REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE
FRANCAIS**

CASSATION, sur le pourvoi des consorts X..., d'un arrêt rendu, le 25 février 1937, par la cour d'appel de Besançon, au profit du docteur Y...

ARRÊT du 2 décembre 1941.

La Cour,

Statuant toutes chambres réunies ;

(...)

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que, dans la nuit du 24 au 25 décembre 1929, une voiture automobile, appartenant au docteur Y..., et que celui-ci avait confiée à son fils Claude, alors mineur, a été soustraite frauduleusement par un individu demeuré inconnu, dans une rue de Nancy où Claude Y... l'avait laissée en stationnement ;

Qu'au cours de la même nuit, cette voiture, sous la conduite du voleur, a, dans les environs de Nancy, renversé et blessé mortellement le facteur X... ;

Que les consorts X..., se fondant sur les dispositions de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, ont demandé au docteur Y... réparation du préjudice résultant pour eux de la mort de X... ;

Attendu que, pour rejeter la demande des consorts X..., l'arrêt déclare qu'au moment où l'accident s'est produit, Y..., dépossédé

de sa voiture par l'effet du vol, se trouvait dans l'impossibilité d'exercer sur ladite voiture aucune surveillance;

Qu'en l'état de cette constatation, de laquelle il résulte que Y..., privé de l'usage, de la direction et du contrôle de sa voiture, n'en avait plus la garde et n'était plus dès lors soumis à la présomption de responsabilité édictée par l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, la cour d'appel, en statuant ainsi qu'elle l'a fait, n'a point violé le texte précité ; (...)

Publication : *Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile N. 292 p. 523*

Décision attaquée : *Cour d'appel de Besançon du 25 février 1937*

« Il est certes dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité du droit et de l'égalité devant la loi que la Cour ne s'écarte pas sans motif valable de ses précédents ; toutefois, l'abandon par elle d'une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration (Vilho Eskelinen et autres c. Finlande [GC], no 63235/00, § 56, CEDH 2007-IV, et Micallef c. Malte [GC], no 17056/06, § 81, CEDH 2009-...). Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les droits pratiques et effectifs, et non théoriques et illusoire (Stafford c. Royaume-Uni [GC], no 46295/99, § 68, CEDH 2002 IV, et Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC], no 28957/95, § 74, CEDH 2002-VI). »⁹³

⁹³ CourEDH, [Grande Chambre], 7 juillet 2011, Requête n° 23459/03, §98.

« La question ici soulevée n'est pas de savoir s'il est opportun que la Cour de cassation crée des règles. Il n'est pas douteux qu'elle possède un tel pouvoir créateur et en use en diverses circonstances. Les décisions par lesquelles elle pose un nouveau principe ou encore retient une interprétation innovante, distincte de celle qui prévalait jusque-là, ont indéniablement vocation à avoir un effet normatif. Dès lors que la portée créatrice de ses décisions est admise, on doit en prendre acte pour envisager dans quelle mesure l'effet rétroactif qui y est attaché est, ou non, source d'insécurité juridique. C'est à cette seule condition qu'il sera éventuellement possible d'y porter remède. Ainsi, le groupe de travail a-t-il estimé que la fiction de l'absence d'effet créateur de la décision de revirement faisait obstacle, par hypothèse, à toute possibilité de remédier aux inconvénients qui pourraient y être attachés, et que la seule possibilité d'améliorer éventuellement un système juridique au sein duquel la jurisprudence joue un rôle prépondérant est de reconnaître l'existence d'un tel rôle pour en permettre l'aménagement.

d). Il faut au demeurant souligner que la Cour de cassation elle-même a en d'autres circonstances reconnu le rôle créateur de la jurisprudence. Ainsi a-t-elle jugé, en Assemblée plénière, qu'une loi de validation était conforme à l'intérêt général en ce qu'elle avait pour objet de rompre avec une solution jurisprudentielle « nouvelle » : « obéit à d'impérieux motifs d'intérêt général l'intervention du législateur destinée à aménager les effets d'une jurisprudence nouvelle de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées » (Ass. Plén., 24 janvier 2003, Bull., AP, n° 2 et n° 3.)

Elle a donc bien affirmé, ce faisant, le pouvoir de la jurisprudence comme source autonome de droit, face à la loi. »⁹⁴

« Fort curieusement, c'est ce même Bonaparte (...) qui eut l'ingénieuse perversité d'inventer à la fois le Code qui porte son nom et l'inverse exactement du droit dit « napoléonien » en laissant à son Conseil d'État le soin d'imaginer de toutes pièces, par le seul jeu de ses décisions précédentes et en l'absence de tout texte écrit, à la manière anglo-saxonne, une forme de droit sui generis à même de protéger l'administré des excès de l'administration. Alors que la Constituante avait interdit au judiciaire de connaître les actes de l'administration sous peine de forfaiture, le droit administratif a dû inventer, lentement et douloureusement, un corps de doctrine pour empêcher que « le plus froid des monstres froids » ne fasse périr le citoyen sous le joug de son tyrannique pouvoir. »⁹⁵

⁹⁴ N. Molfessis et al., *Les revirements de jurisprudence, rapport remis à M. le Président Canivet*, LexisNexis, Litec, Paris, 2005.

⁹⁵ B. Latour, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'État*, La découverte, Paris, 2002, p.24.

D) Exercices

Exercice n°13 : Commentaire d'arrêt et cas pratique

- 1) A la lecture de l'arrêt suivant, veuillez :
- a) décrire les faits et la procédure dans cette affaire ;
 - b) expliquer quelle est la jurisprudence issue de cet arrêt en soulignant le « ratio decidendi ».
 - c) rédiger un bref avis juridique à Pierre, le chauffeur-livreur.

Cour de cassation chambre civile

N° de pourvoi: 89-21153 REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Sur le pourvoi formé par M. Robert Y..., demeurant ... à Saint-Quentin (Aisne),

en cassation d'un arrêt rendu le 3 octobre 1989 par la cour d'appel d'Amiens (1ère chambre), au profit :

1°/ de la Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de Saint-Quentin (Aisne), dont le siège social est ... à Saint-Quentin (Aisne),

2°/ de M. Daniel X..., demeurant ... (Aisne),

défendeurs à la cassation ; Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ; LA COUR, en l'audience publique du 27 février 1991, où étaient présents :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué (Amiens, 3 octobre 1989), que M. X..., livreur d'une minoterie, hissait, à l'aide d'un treuil muni d'une corde et d'un contrepoids, un sac de farine dans un local situé au-dessus de la boulangerie de M. Y... , quand, à la suite de la rupture de la corde, le contrepoids tomba et le blessa ; que la Caisse primaire d'assurance maladie de Saint-Quentin qui avait versé des prestations à M. X..., a assigné M. Y... pour être remboursée de ses dépenses ; Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré M. Y... responsable du préjudice ainsi causé, alors qu'en retenant qu'il était gardien de la corde et du contrepoids qui avaient été à l'origine du dommage bien qu'il n'en eût pas l'usage lors de l'accident, la cour d'appel aurait violé l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil ; Mais attendu que l'arrêt retient que le treuil utilisé par la victime, pour réaliser une manœuvre entreprise dans l'intérêt exclusif du boulanger et en sa présence, était la propriété de celui-ci et qu'il était muni d'une corde dont M. Y... était seul à connaître l'état défectueux ; Qu'en l'état de ces constatations et énonciations la cour d'appel a pu déduire que, lors de l'accident, M. Y... exerçait, sur la chose instrument du dommage, les pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle caractérisant la garde ; D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ; PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ; Condamne M. Y..., envers la CPAM de Saint-Quentin et M. X..., aux dépens et aux frais d'exécution du

présent arrêt ; Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Deuxième chambre civile, et prononcé par M. le président en son audience publique du vingt-cinq mars mil neuf cent quatre-vingt onze ;

Analyse

Décision attaquée : Cour d'appel d'Amiens, du 3 octobre 1989.

Pierre est chauffeur-livreur. Il aime beaucoup son travail. C'est un travail qui allie la force à la dextérité ; dextérité, lorsqu'il s'agit de déplacer son long camion dans les ruelles étroites des villages ; force, lorsqu'il doit transporter les sacs volumineux de marchandise.

Un matin toutefois, Pierre en est venu à regretter d'avoir embrassé sa profession. Ce jour-là, il se trouvait chez le boulanger Padepin. Il devait descendre des sacs de farine de 30kg du 1^{er} étage de la boulangerie au moyen d'un treuil muni d'une corde et d'un contrepoids. Il venait de descendre une dizaine de sacs lorsque la corde se rompit. Un des sacs s'écrasa au sol sans manquer de heurter violemment Pierre. Commotion cérébrale, cervicales touchées, clavicule cassée : Pierre resta plusieurs mois sans travailler.

Il vient aujourd'hui vous voir pour savoir s'il est possible d'engager la responsabilité du boulanger. Pendant qu'il était alité, il avait pu faire quelques recherches. Il vous mentionne l'article 1242 al.1 et l'arrêt ci-après.

Leçon 4 : Le raisonnement juridique : la balance et le glaive

A) Bibliographie

- P. Amssek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, Bruxelles, 195p.
- C. Atias, *Devenir juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, 2^{ème} édition, Paris, 2014, 181p.
- M-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, Paris, 2001, 439p.
- R. Prod'Hom, P. Muzny, *Raisonnement et rédaction juridiques en droit public*, FG, 3^{ème} éd., Genève, 2011, 206p.
- F. Ost, *droit et Intérêt*, Vol 2. L'intérêt, FUSL, Bruxelles, 2002, 196p.
- Les ouvrages de C. Perelman, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, en collaboration avec L. Olbrecht-Tyteca, ULB, Bruxelles, 1983; *L'Empire rhétorique*, Vrin, Paris, 1977; *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, Paris, 1979.
- (M. Villey dir.), *L'interprétation en droit*, in Archives de Philosophie du droit, Tome 30, Dalloz, Paris, 1985.

B) Cours

Le raisonnement juridique n'a rien de spécifique par rapport au raisonnement ordinaire. Simplement, il s'en distingue en ce qu'il porte sur la matière juridique. Qu'est-ce alors qu'un raisonnement ?⁹⁶

Ce qu'est le raisonnement en général

Un raisonnement est « la mise en place d'idées suivant une certaine logique » en vue d'aboutir à une réponse. Or, qui dit réponse, dit question. Il y a donc à l'origine de tout raisonnement une question préalable. En fait, nous raisonnons presque autant que nous respirons, car nous sommes sans cesse amenés à nous poser des questions. Il s'ensuit que le raisonnement, nous est familier. Illustrons ce phénomène.

Qui ne s'est jamais demandé comment se vêtir, ce qu'il convient de manger ou de boire, par quel chemin passer, quel est son sportif préféré, etc. ?

Pour toutes ces questions simples impliquant un choix, un raisonnement s'impose. Mais la plupart du temps ce dernier est sous-entendu, car une justification fondée sur une argumentation n'est pas exigée.

Essayons néanmoins de décortiquer ce raisonnement.

Si la question est la suivante : « *Dois-je prendre mon parapluie pour sortir ?* », une réponse négative ou affirmative sera immédiatement donnée. Pourtant, derrière cette décision se cache un raisonnement dont la structure se décompose ainsi :

⁹⁶ Ces idées sont tirées de l'ouvrage rédigé en collaboration avec mon collègue R. Prod'Hom, *Raisonnement et rédaction juridiques en droit public général*, éd. FDG, 4^{ème} édition, Genève, 2011, 206p.

« *Je constate qu'il pleut* », ce qui est un fait. Vient alors à mon esprit la norme suivant laquelle « *lorsqu'il pleut, je prends mon parapluie* ». Il s'ensuit que « *je sors en emportant mon parapluie* ».

Le syllogisme

Ce raisonnement, appelé syllogisme, se compose de trois éléments. Le premier (« *Lorsqu'il pleut, je prends mon parapluie* ») constitue la **majeure**. Le deuxième (« *Je constate qu'il pleut* ») constitue la **mineure**. La confrontation de la situation de fait à la norme de référence (subsomption) conduit à la **conclusion** (« *Je sors en emportant mon parapluie* »).

Tous les choix que nous faisons se fondent sur cette structure syllogistique. Cependant, elle n'apparaît pas toujours de manière aussi épurée.

Pour illustrer cela, prenons un deuxième exemple : « *Je me trouve au restaurant et le serveur me demande ce que je désire manger* ». La réponse semblerait découler du syllogisme suivant :

« *Je choisis le plat qui me convient le mieux* » (majeure). « *Il y a dans le menu le plat qui me convient le mieux* » (mineure). « *Je choisis donc ce plat* » (conclusion)⁹⁷.

Toutefois, la réalité est plus complexe. En effet, la majeure n'est pas suffisamment claire, précise, déterminée, pour donner lieu à une réponse. Que signifie « *qui me convient le mieux ?* ». Cela peut dépendre de plusieurs critères tels mon goût, les conséquences sur mon état de santé ou sur mes finances, etc. En fait, cette majeure se décompose en trois, voire plus, sous-majeures à savoir :

- « *Je choisis le plat qui me convient le mieux selon mon goût* » ;

⁹⁷ Si la troisième étape reste fixe, les deux premières peuvent, suivant les circonstances, être interverties.

- « *Je choisis le plat qui me convient le mieux selon les conséquences sur mon état de santé* » ;
- « *Je choisis le plat qui me convient le mieux selon les conséquences sur mes finances* » ;
- etc.

La conclusion serait simple si un plat pouvait satisfaire de manière optimale à chacun de ces critères. Or, tel est rarement le cas. Tantôt un plat correspondra le mieux à mes papilles gustatives, mais mécontentera mon portefeuille. Tantôt un autre préservera mon porte-monnaie, mais non point mes artères, etc.

Critère Exemple	Critère goût	Critère santé	Critère finances
Plat n°1	1	2	3
Plat n°2	2	3	1

Légende : 1 à 3 = préférence selon l'ordre décroissant.

La pesée des intérêts

Pour fixer son choix, il faut donc effectuer au préalable une mise en balance de ces critères (sous-majeures) par une pesée d'intérêts et, par là même, déterminer leur ordre d'importance. Autrement dit, quelle majeure a le plus de poids dans la balance ? En effectuant cette mise en balance, je clarifie, précise, détermine le contenu de la majeure finale. Par exemple, si je donne la priorité au goût, la majeure du syllogisme final ainsi précisée sera formulée comme suit :

« *Je choisis parmi les plats offerts celui qui me convient le mieux selon mon goût* ».

Cette précision est en réalité l'application d'un premier syllogisme dit supérieur qui comporte une majeure, elle-même dite supérieure, établissant l'ordre de préférence entre les critères présents.

C'est à partir de la majeure dorénavant déterminée que le syllogisme final peut se dérouler et aboutir à une conclusion, en l'occurrence le choix du plat n°1.

Il y a donc pluralité de syllogismes: le syllogisme supérieur déterminant le syllogisme final. C'est ce que l'on nomme pompeusement "polysyllogisme".

Etapas du polysyllogisme	
Majeure du syllogisme supérieur déterminée par une pesée d'intérêts	<i>Lorsque je dois choisir un plat selon différents critères, je donne la priorité à celui du goût.</i>
Mineure du syllogisme supérieur et subsumption à la majeure supérieure	<i>Or, je dois choisir un plat.</i>
Conclusion du syllogisme supérieur devenant la majeure du syllogisme final	<i>Donc, je choisis le plat qui me convient le mieux selon mon goût.</i>
Majeure précisée du syllogisme final	<i>Je choisis le plat qui me convient le mieux selon mon goût.</i>
Mineure du syllogisme final et subsumption à la majeure précisée	<i>Il y a dans le menu le plat n°1 qui me convient le mieux selon mon goût.</i>
Conclusion du syllogisme final et donc réponse à la question	<i>Je choisis donc le plat n°1.</i>

Appliquons maintenant ces explications au raisonnement juridique.

Le raisonnement juridique

Le raisonnement juridique suit la même démarche avec la particularité de se référer à la matière juridique.⁹⁸ Dès lors, si l'objectif du raisonnement en général est de répondre à une question, celui d'un raisonnement juridique est de résoudre une problématique juridique : trancher un litige, produire une jurisprudence, rédiger un acte, rendre un avis, etc.

En outre, dans un raisonnement juridique la **majeure** n'est pas une règle ou un principe tiré de la vie courante – tous les hommes sont mortels, par exemple -, mais une règle de droit contenue dans un article de loi, une jurisprudence, un usage, un principe général de droit, etc. Dans une décision, cette majeure apparaît généralement dans la partie appelée « visa ».

La **mineure** se rapporte aux faits pertinents dans l'affaire, en lien avec la résolution du litige. Dans une décision, les faits de la mineure apparaissent dans la partie dite des « moyens ».

La **conclusion** est la solution attendue de la part qui effectue le raisonnement. Dans une décision juridictionnelle, cette solution apparaît dans la partie nommée « dispositif ».

Prenons un exemple pour illustrer ces propos.

Hussein vit au Sud-Soudan. Il y a épousé Fatima. Pour des raisons politiques, Hussein doit fuir son pays. Il se réfugie en France. Au bout de quelques mois, ses amis lui proposent de marier devant l'Imam, Yasmina, une jolie jeune femme également originaire du Soudan. Conscient qu'il ne reverra sans doute jamais sa femme, il

⁹⁸ Nous analyserons ci-après le raisonnement juridique employé par un juge. Mais ces explications valent tout aussi bien pour n'importe quel acteur du droit : autorité de recours hiérarchique, maire, avocat, huissier, etc.

accepte. Souhaitant faire reconnaître ce mariage, il s'adresse au Président du Tribunal de Grande Instance (TGI) de sa ville de résidence.

A quoi ressemblera le raisonnement syllogistique effectué par le Président du TGI ?

Ce dernier se référera à une norme de référence, la **majeure**. Ce sera par exemple l'article Article 147 du Code civil qui dispose qu'« *on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.* »

Il déterminera les faits pertinents en l'espèce, la **mineure** : « *Au moment de contracter son second mariage avec Yasmina, le premier mariage avec Fatima n'est pas encore dissous.* »

En rapportant la mineure à la majeure, - ce que l'on appelle en jargon technique la subsumption -, le Président du TGI parviendra à la solution suivante, sous la forme d'une **conclusion** : « *Le second mariage entre Hussein et Yasmina ne peut pas être reconnu.* »

Vous remarquerez que j'ai choisi une affaire simple, qui ne pose pas de difficulté, ni au niveau du sens de la majeure, ni au niveau du contenu de la mineure. La conclusion va presque de soi. D'ailleurs, cette affaire est tellement claire qu'elle semble irréaliste pour un juriste. L'on ne verra jamais un Hussein se présenter naïvement devant un Président du TGI, en espérant la reconnaissance d'un acte de bigamie, contraire à l'ordre public français.

Donc, profitez-en, puisque vous ne reverrez pas de situation juridique aussi claire que celle-ci de sitôt.

La plupart du temps, le syllogisme déductif tel qu'énoncé ici laisse place à l'autre raisonnement, la pesée des intérêts.

Je vous ai déjà expliqué que la pesée des intérêts intervient en soutien au syllogisme. Elle est une aide précieuse lorsque le sens de la majeure n'est pas suffisamment clair pour résoudre la problématique en cause. La pesée des intérêts permet au moyen de la mise en balance des intérêts en présence de déterminer le sens le plus approprié à attribuer au texte. Une fois qu'il aura formulé le sens de la règle, le juge peut appliquer sans autre la majeure au syllogisme. Aussi, l'image de la déesse Thémis, tenant une balance et un glaive est des plus pertinents pour décrire le raisonnement du juge. En effet, pour atteindre l'objectif de Justice (Thémis), il faut au préalable effectuer une pesée des intérêts (balance) pour définir la norme applicable, puis trancher le litige en appliquant le syllogisme (glaive).

Prenons quelques exemples tirés d'une des « majeures » les plus célèbres du droit français :

Article 1240⁹⁹

Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer

Sont énoncés dans ce monument du droit français trois éléments constitutifs de la responsabilité civile. Pour que la responsabilité d'une personne soit caractérisée, il faut qu'une « faute » (appelé aussi fait générateur) « cause » (appelé aussi lien de causalité) un « dommage » (appelé aussi préjudice).

Le contenu de cette majeure paraît simple. Mais avec les trois exemples qui suivent dans la partie exercices, vous allez vite vous rendre compte que, confrontée à la réalité riche de faits nombreux et variés, cette majeure montre rapidement ses limites, en ce

⁹⁹ Anciennement numéroté Article 1240.

qu'elle est incapable par elle-même d'apporter une solution immédiate au litige. Autrement dit, le syllogisme ne suffit pas. Il faudra effectuer une pesée des intérêts.

Cette pesée des intérêts met aux prises les différentes approches pour résoudre le litige qui se présentent sous la forme d'arguments. C'est l'argument ou les arguments qui ont le plus de poids qui détermineront le sens à attribuer à la majeure. Le rôle du juge - et de manière plus générale du juriste - est d'identifier clairement tous les arguments pertinents et de les soupeser afin de produire la norme de référence la plus appropriée qui soit. En effectuant le premier exercice, essayez de faire un tableau en énumérant de la manière la plus exhaustive possible tous les arguments qui s'opposent. Puis choisissez l'interprétation qui vous paraît le plus pertinente.

Une fois la majeure clairement définie, rappez-la au syllogisme pour parvenir à une conclusion qui résout le litige.

Raisonnement et interprétation

Déterminer le sens de la majeure au moyen d'une pesée des intérêts, c'est interpréter la règle de droit. Interpréter la règle de droit, c'est faire appel à un médiateur, c'est-à-dire une passerelle facilitant le passage entre des lieux, des choses ou des personnes. L'interprète de la règle de droit rapproche le texte de l'auditoire. Il fait le lien entre le sens indéterminé de la règle et la solution du litige.

Cet acte de médiation n'est pas mécanique ou indifférent. Ce n'est pas une répétition. Mais ce n'est pas une invention *ex nihilo* (tirée du néant) non plus. Prenez l'*interprète* d'une chanson, *Caruso – Te voglio bene assaje* par exemple. Lucio Dalla est le compositeur-interprète de cette chanson. On pourrait dire son inventeur. Ceux, nombreux, qui ont chanté cette chanson, de Luciano Pavarotti à Florent Pagny, en passant par Andrea Bocelli ou Stephan Rizon

n'ont pas répété mécaniquement la chanson¹⁰⁰. Ils ont transmis à travers cette chanson leur voix, leurs sentiments, leur personnalité, etc. Mais en même temps, ces interprètes de *Caruso* n'ont pas inventé une nouvelle chanson. Ils se sont imposé des limites à leur propre interprétation. Certes, ils auraient pu transformer la chanson au point de la rendre méconnaissable. Mais leur intérêt était de sauvegarder un lien avec la chanson originelle. C'est pour cela qu'on les a nommés interprètes et non pas compositeurs. On pourrait dire qu'ils ont redonné un nouveau sens à la chanson, mais ils ne sont pas partis de rien. En même temps, l'interprétation a soustrait l'emprise de la chanson à Lucio Dalla, son inventeur. Dorénavant, elle ne lui appartient plus. Elle *est* ce qu'en font ses interprètes.

A travers cet exemple vous comprenez mieux ce qu'est l'acte d'interprétation juridictionnelle, mais aussi le fonctionnement du raisonnement juridique. Le juge-interprète ne répète pas mécaniquement un texte juridique. Il lui insuffle à chaque fois un sens spécifique en fonction des circonstances, des intérêts ou des besoins en cause. Ce sens lui vient d'une norme supérieure et antérieure, fut-elle une loi, un principe général, une coutume, etc¹⁰¹. À travers l'acte d'interprétation il s'en approprie le sens avant qu'une nouvelle interprétation ne vienne prendre sa place¹⁰².

Mais alors quel est le sens qu'insuffle le juge-interprète au texte ?

Le choix de la norme de référence principale

¹⁰⁰ De toute façon, cela est impossible puisque même en présence du même chanteur celui-ci interprétera nécessairement une chanson de manière différente, en fonction des circonstances toujours uniques (état de la voix, qualité du micro, température de l'air, type d'auditoire, etc.)

¹⁰¹ Voir le sous-titre suivant.

¹⁰² La situation est donc différente lorsque le juge doit rendre une solution en l'absence de tout texte régissant le cas d'espèce. Dans ce cas, il devient compositeur-interprète.

MINEURE : Les femmes sont l'égal de l'homme.

CONCLUSION : Donc toutes les femmes sont mortelles.

Appliquons maintenant la règle clarifiée au moyen de l'argument par analogie au cas d'espèce concernant Lucretia.

MAJEURE bis : Tous les hommes et les femmes sont mortels.

MINEURE : Lucretia est une femme.

CONCLUSION : Donc, au même titre que l'homme, Lucretia est mortelle.

- **L'argument *a fortiori* (à plus forte raison)**

MAJEURE : Tous les hommes sont mortels.

MINEURE : Physiquement, les femmes ne sont pas l'égal de l'homme. Sous cet aspect, elles sont plus faibles.

CONCLUSION : Donc, les femmes sont d'autant plus mortelles que les hommes.

Appliquons maintenant la règle clarifiée au moyen de l'argument à plus forte raison au cas d'espèce concernant Lucretia.

MAJEURE bis : Les hommes sont mortels et les femmes le sont d'autant plus.

À partir de la pesée des intérêts

Revenons à notre question : de quoi s'inspire l'interprète d'un texte pour effectuer la mise en balance et clarifier, en conséquence, la norme de référence ?

En France, c'est la doctrine de la libre recherche scientifique fondée par François Gény (1861-1959) qui a répondu à cette question, en réveillant les consciences rendues soporifiques par l'école de l'exégèse. Selon cette théorie de l'acte d'interprétation, le sens de la norme de référence ne doit pas seulement être recherché dans l'ordre juridique positif, c'est-à-dire dans la loi existante, mais aussi dans la nature, à partir de quatre sources d'inspiration : le donné naturel, le donné historique, le donné rationnel ou le donné idéal. L'on comprend pourquoi l'interprète n'est plus considéré comme un simple technicien-logiste du droit, mais un observateur attentif de la vie. L'on comprend également que cette approche libère le juge du texte pour se concentrer sur l'ensemble des données sociales. C'est pourquoi, la pesée des intérêts apparaît si consubstantielle à cette démarche nouvelle, puisqu'elle offre au juge un espace de discussion (dialectique) et d'inspiration en vue de résoudre le litige.

Dans la partie exercice, vous verrez trois normes d'inspiration dont se sert le juge pour résoudre un litige dans le cadre de la pesée des intérêts. Bien évidemment, il en existe de nombreuses autres. Tout au long de vos études, soyez attentifs pour discerner ces normes d'inspiration. Vous posséderez alors la clef de compréhension de la *ratio decidendi* de la décision qui est le cœur du jugement exprimé au moyen d'une règle de droit spécifique et concrète. Vous saisissez peut-être aussi la direction générale suivie par la jurisprudence, ce que les juristes appellent « la politique jurisprudentielle ». C'est un peu comme si, en mettant les uns après les autres les centaines de

points que sont les décisions, l'on obtenait un dessin, la forme de la courbe jurisprudentielle.

Raisonnement déductif, raisonnement inductif

Vous noterez enfin que jusqu'à présent nous nous sommes mis à la place du juge qui pratique essentiellement un raisonnement dit déductif.

Celui-ci part d'une règle de droit générale et abstraite pour arriver à un cas particulier qui produit une règle de droit spécifique et concrète. Ce faisant, il déduit une solution à partir de la majeure.

Si l'on quitte le prétoire du juge pour rejoindre par exemple les couloirs du Ministère de l'Intérieur, place Beauvau, l'on constatera que les membres de l'administration raisonnent souvent de manière inversée, au moyen du raisonnement inductif.

Ces derniers chercheront à produire une règle de droit générale et abstraite à partir de cas particuliers survenus dans la société. La majeure est donc ici construite/induite à partir de règles particulières.

Ils constateront par exemple qu'à la suite des attentats terroristes qui ont récemment frappé le territoire français, les victimes et leurs familles se trouvent démunies face aux difficultés médicales, administratives, et qu'il faudrait les assister. Mais alors quelles règles créer afin de mettre en place cette aide pratique ? C'est à partir d'exemples concrets que ces fonctionnaires vont induire des règles en vue d'atteindre cet objectif.¹⁰³

Dans l'un des exercices suivants, vous pourrez également pratiquer ce raisonnement inductif.

¹⁰³ Sur les décrets édictés par le Ministre de l'Intérieur, voir : <https://www.interieur.gouv.fr/SG-CIPDR/Ressources2/Textes-legislatifs-et-reglementaires/Les-decrets>

C) Citations

« Le droit ne peut se confondre avec la loi, avec l'ensemble des lois, voire comme un ensemble de règles. Le juridique n'est pas le légal. Il ne commence que là où l'insuffisance des lois, des règles, plus généralement, se découvre et cette insuffisance est constante; elle tient à la généralité même de la règle qui ne peut entrer dans la réalité du cas. Le droit ne peut se dire en général; aucune règle ne peut le contenir. [...] La règle peut montrer le droit, en indiquer la direction, à condition de ne pas croire qu'elle peut être "appliquée" aux faits. Elle montre le droit à ceux qui savent qu'elle ne le dit pas »¹⁰⁴

« L'étymologie des termes « interprétation » et « herméneutique » devrait confirmer ces premières observations et ouvrir la voie à une théorie dialectique de l'interprétation. Interprétation vient du verbe latin interpretari, lui-même composé de la préposition inter (entre) et du terme pres qui pourrait être une forme nominale tirée d'un verbe disparu signifiant « acheter » ou « vendre », apparenté à pretium (prix). De sorte que le premier sens connu du mot interpres est celui d'intermédiaire, de courtier, de chargé d'affaires. Dans la suite, le mot allait s'enrichir de nombreuses significations depuis celle de « crieur public », jusqu'à celle de « devin » ou d'« augure », en passant par celle d' « interprète », de « traducteur », de « porte-parole ». Dans ces différentes acceptions, l'interprétation renvoie à l'idée de médiation : l'interprète est l'intermédiaire qui procure (prestation) la pensée » écrit H. Batiffol, le médiateur, le porte-parole, celui qui s'interpose pour assurer la communication. L'étymologie du terme « herméneutique », provenant du grec hermeneia, pourrait confirmer ce sens, si du moins on suivait la suggestion de certains

¹⁰⁴ C. Atias, *Devenir juriste. Le sens du droit*, LexisNexis, Paris, 2011, p83.

dictionnaires étymologiques qui n'hésitent pas à rapprocher l'hermeneia de la figure mythique d'Hermès, le dieu de la communication.

(...)

Plus fondamentalement encore, l'interprétation réalise la médiation, la transduction d'un sens premier, explicite mais non entièrement satisfaisant, vers un sens second, implicite, mais plus conforme à une attente de sens déterminé. Ce sera, par exemple, le passage de la lettre à l'esprit, des verba legis à la sententia legis. »¹⁰⁵

¹⁰⁵ F. Ost, *Dire le droit, faire justice*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p.87-88.

D) Exercices

Exercice n°14 : cas pratiques

La caractérisation d'une FAUTE :

Eric a trois ans. Il joue avec son copain Philippe qui a sept ans. Eric s'ouvre aux joies de la curiosité. Il aime essayer de nouveaux jeux. Dans le parc où ils s'amuse, il voit plusieurs planches en bois posées entre deux murets. « Schouette, un tampoline ! », s'exclame-t-il. Il se précipite sur les planches et commence à sauter. Philippe le rejoint et l'observe juste en dessous. Soudain, les planches craquent. En retombant à terre, le bâton que tenait Eric vient malencontreusement se planter dans l'œil de Philippe.

(Cf. Ass. Plénière, du 9 mai 1984, *Bull. Civ. n°1 ; Jurisclasseur Périodique 1984 N° 20255, note N. Dejean de La Batie. Dalloz 1984 N° 37 p. 525, conclusions Jean Cabannes, note F. Chabas*)

- 1) Question : Y-a-il une faute au sens de l'article 1240 du Code civil ?¹⁰⁶

La détermination d'un DOMMAGE :

Mme Perruche contracte la rubéole alors qu'elle est enceinte. Elle indique au médecin que si son enfant a contracté la rubéole,

¹⁰⁶ L'affaire porte ici plus précisément sur l'article 1242 al.1, puisque l'accident intervient au moyen d'une chose, le bâton. Mais, comme l'indique la Cour de cassation dans sa série d'arrêts et notamment l'arrêt *Fullenwarth*, la base légale inclut également l'article 1240 puisqu'il s'agit de la disposition générique.

autrement dit si elle risque d'accoucher d'un enfant à coup sûr très gravement handicapé, elle demandera une IVG.

L'examen de sang, immédiatement prescrit, examen banal effectué en laboratoire, se révèle négatif à la rubéole. Mais un autre examen, effectué 15 jours plus tard par le même laboratoire, se révèle positif. Un contrôle réglementaire est donc effectué sur le premier prélèvement, qui se révèle positif. Selon le médecin, ces résultats ne sont ni contradictoires, ni inquiétants. En effet, si les deux échantillons sont positifs, cela signifie simplement que la personne a antérieurement attrapé la rubéole, et que les analyses ne font que révéler des traces encore présentes dans le sang de cette ancienne contamination, donc sans transmission au fœtus possible.

Au contraire, si l'échantillon est négatif le 12 mai et positif le 27, cela signifie que la rubéole est bien présente et en cours d'évolution. L'embryon a donc le risque de devenir un enfant aveugle, sourd, muet, cardiaque et mentalement handicapé.

Le médecin affirme à Mme Perruche, alors âgée de 26 ans, que son embryon n'a pas la rubéole.

Le 14 janvier 1983 naît Nicolas, affligé de troubles neurologiques graves, surdité bilatérale, rétinopathie (œil droit ne voyant pas et glaucome), et cardiopathie, dus, sans contestation aucune, à la rubéole contractée par sa mère. Cette dernière aurait choisi une IVG si elle avait su qu'elle avait la rubéole avant le délai de 10 semaines d'aménorrhée, ou une interruption médicale de grossesse (IMG) si ce délai avait été dépassé. Nicolas ne serait alors pas né.

En juillet 1989, alors que Nicolas est âgé de 6 ans et demi, le couple Perruche assigne au fond le médecin, le laboratoire et leurs assureurs, au nom de leur enfant.

(Cf. Ass. Plénière, du 17 novembre 2000, arrêt publié au Recueil Dalloz 2001, p. 332, avec les conclusions de Jerry Sainte-Rose et les commentaires de Denis Mazeaud, Patrice Jourdain, Jean-Luc Aubert, Laurent Aynès, Yves Saint-Jours, Pierre Kayser et Bernard Edelman)

2) Question : Y a-t-il un dommage au sens de l'article 1240 du Cc.fr. ?

En se rendant chez sa mère, Pierrette Feue est victime d'un accident de voiture. Elle est légèrement blessée au bras, mais doit subir quelques jours plus tard une intervention chirurgicale. Durant l'opération, les médecins décident de transfuser la patiente. Le sang transfusé est défectueux, car il contient le virus d'immunodéficience humaine (VIH). Pierrette devient séropositive. Deux ans plus tard, elle décède des conséquences du syndrome immunodéficitaire acquis (SIDA). Ses ayants-droit assignent le Centre Régional de Transfusion Sanguine (CRTS) devant le juge aux fins d'engager sa responsabilité civile et de se voir indemniser du préjudice subi. Le juge leur donne raison. A la suite de cette condamnation, le CRTS engage une action récursoire à l'encontre du conducteur du véhicule et de son assureur afin qu'il soit condamné au remboursement partiel des dommages que le CRTS a dû verser aux proches de Pierrette.

(Cf. Paris, 7 juillet 1989, Gaz. Pal. 1989. 2. 752)

3) Question : Existe-t-il un lien de causalité au sens de l'article 1240 du Cc.fr ?

Exercice n°15 : Raisonnements : le syllogisme

- L'argument *a fortiori* (à plus forte raison)

Jean-Pierre connaît des troubles de mémoire depuis sa naissance. Devenu adulte, il accepte d'être placé sous curatelle, un régime de protection juridique des majeurs. Par ailleurs, Jean-Pierre est un artiste-peintre confirmé ce qui lui permet de jouir d'une situation matérielle confortable. Aimant la nature, il souhaite faire un don conséquent à l'association WWF. Il vient vous voir pour demander conseil car son père qui est aussi son curateur est un homme plutôt avare. Vous lui répondez en vous souvenant de l'article 513 du Cc.fr. qui dispose :

Article 513

Créé par Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 - art. 1 JORF 4 janvier 1968 en vigueur le 1er novembre 1968

La personne en curatelle peut librement tester, sauf application de l'article 901 s'il y a lieu. Elle ne peut faire de donation qu'avec l'assistance de son curateur.

Peu de temps après, les troubles de mémoire de Jean-Pierre s'aggravent. Il est placé en tutelle, un régime plus contraignant encore. Jean-Pierre revient vous voir (il avait sans doute oublié le premier entretien).

- 1) Question : Donnez-lui une réponse en effectuant un raisonnement syllogistique dans lequel la majeure est interprétée à la lumière d'un argument *a fortiori*.
- L'argument *par opposition* (a contrario)

En 1963, M.Y. s'est marié en Algérie avec Mme Z.. En 1971, avant que cette union ne soit dissoute, M.Y. s'est remarié devant un officier civil français avec Mme X.. En 1981, il demande la nullité du mariage. Celle-ci est prononcée en 1984. Mme X. vient vous voir car depuis l'annulation de son mariage, elle vit dans une situation matérielle précaire, ce qui n'est pas le cas de son mari. A-t-elle droit à une prestation compensatoire ?

Article 270

Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 18 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005

Le divorce met fin au devoir de secours entre époux.

L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge

- 2) Question : veuillez effectuer un raisonnement syllogistique dans lequel la majeure est interprétée à la lumière d'un argument *a contrario*.**
- 3) Question : Veuillez trouver un exemple de raisonnement syllogistique par analogie.**

Exercice n°16 : raisonnements : la pesée des intérêts

- **Argument téléologique**

Germain aime courir à l'aube dans le parc des roses avant de reprendre son travail. Un matin, ne voyant pas les premières feuilles glissantes d'automne posées au sol, notre coureur se retrouve par terre avec une jambe cassée. Germain ne peut pas se relever, mais il parvient à appeler l'hôpital avec son téléphone portable. Au moment de pénétrer dans le parc, Maria, l'ambulancière, est stoppée par le panneau indiquant : « interdiction de pénétrer dans l'enceinte du parc à tout véhicule à moteur, sous peine d'amende ». Maria hésite.

- 1) **Question : Effectuez une pesée des intérêts pour résoudre ce dilemme.**

- **Argument utilitariste**
- 2) **Question : Dans l'arrêt cité ci-dessous veuillez expliquer en quel sens le juge s'est servi d'un argument utilitariste pour interpréter l'article 3 de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation.**

Article 3

Créé par Loi 85-677 1985-07-05 JORF 6 juillet 1985 en vigueur le 1er janvier 1986

Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.

Les victimes désignées à l'alinéa précédent, lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 p. 100, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis.

Toutefois, dans les cas visés aux deux alinéas précédents, la victime n'est pas indemnisée par l'auteur de l'accident des dommages résultant des atteintes à sa personne lorsqu'elle a volontairement recherché le dommage qu'elle a subi.

**Cour de cassation
chambre civile 2
Audience publique du 10 mai 1991
N° de pourvoi: 90-10196
Publié au bulletin**

Cassation.

**Président :M. Dutheillet-Lamonthézie, président
Rapporteur :M. Chabrand, conseiller rapporteur
Avocat général :M. Tatu, avocat général
Avocats :la SCP Waquet, Farge et Hazan, la SCP Guiguet,
Bachelier et Potier de la Varde., avocat(s)**

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Sur le moyen unique pris en sa première branche :

Vu l'article 3 de la loi du 5 juillet 1985 ;

Attendu que seule est inexcusable au sens de ce texte la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué que, de nuit, sur une route, l'automobile de M. X... heurta et blessa mortellement M. Y... qui, à pied, traversait la chaussée ; que les consorts Y... ont assigné, en réparation de leurs dommages, M. X... et son assureur, le Groupement français d'assurances ; que la caisse primaire d'assurance maladie de Nantes est intervenue à l'instance ;

Attendu que, pour exclure l'indemnisation des consorts Y..., l'arrêt relève que la victime en état d'ébriété traversait la chaussée, de nuit, hors agglomération, en l'absence de tout éclairage, alors que survenait un véhicule qu'elle aurait dû voir ;

Qu'en l'état de ces énonciations d'où ne résulte pas l'existence d'une faute inexcusable à la charge de la victime, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu d'examiner la seconde branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 septembre 1989, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen.

Publication : Bulletin 1991 II N° 133 p. 71

Décision attaquée : Cour d'appel de Rennes, du 26 septembre 1989.

- **Argument évolutif**

M. Goodwin est ressortissant britannique. Agé d'une septantaine d'années, il a choisi de se faire opérer en vue d'une conversion sexuelle. À la suite de cette intervention, M.-Mme Goodwin connaît de nombreuses difficultés d'ordre administratif. Il vit notamment depuis quelques années avec un homme et souhaite convoler en justes noces. Toutefois, les autorités britanniques refusent que ce mariage ait lieu. Tous les juges britanniques ayant rejeté les demandes de M.-Mme Goodwin, il-elle décide de déposer une requête devant la CourEDH à Strasbourg.

Il-elle vient vous voir au préalable pour savoir quelles sont les probabilités de réussite s'il se fonde sur l'article 12 de la ConventionEDH du 4 novembre 1950 qui stipule que :

Article 12 – droit au mariage

A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit.

3) Question : Quel argument évolutif utiliseriez-vous pour interpréter l'article 12 de ce traité ?

(cf. Affaire CourEDH, *Christine Goodwin et I. c/ R-U.*, du 11 juillet 2002, Recueil 2002-VI ; note P. Wachsmann et M. Marienburg-Wachsmann, *R.T.D.H.*, 2003, n°56, p.1163)

Exercice n°17 : raisonnement déductif et inductif

A) Selon des statistiques invérifiées, en 2014, 8% des étudiants en Licence 1^{ère} année de droit ont utilisé un moyen de fraude lors de leurs examens d'introduction en droit.

Ces moyens frauduleux étaient les suivants :

- **Utilisation du téléphone portable pour contacter une personne extérieure.**
- **Copiage sur son voisin**
- **Utilisation d'antisèches.**
- **Remplissage de la feuille une fois l'examen terminé.**

Conscient de ce mal, le Conseil de Faculté décide de rédiger un article à incorporer dans le règlement de la faculté. L'objectif est de sanctionner de manière sévère tout acte frauduleux afin que ce phénomène cesse.

En tant que représentant des étudiants siégeant au Conseil, Il vous est demandé de rédiger un projet d'article.

B) Ayant parfaitement réussi l'exercice, votre réputation n'est plus à faire. C'est maintenant la mairie de Chambéry qui souhaite louer vos services de rédacteur juridique. Depuis quelques mois, le maire reçoit de nombreuses plaintes de ses habitants à cause des excréments d'animaux qui jonchent les rues. Il aimerait rédiger un arrêté temporaire pour la période estivale 2018 afin qu'il soit remédié à ces actes d'incivisme et d'insalubrité.

Leçon 5 : Les acteurs de l'ordre juridictionnel : des fourmis dans une fourmilière

A) Bibliographie

- Code de justice administrative, consultable à l'adresse Internet : www.legifrance.gouv.fr
- Code de l'organisation judiciaire, consultable à l'adresse Internet : www.legifrance.gouv.fr
- Code de procédure pénale, consultable à l'adresse Internet : www.legifrance.gouv.fr
- Les sites Internet suivants :
 - service-public.fr
 - ladocumentationfrancaise.fr
 - legifrance.gouv.fr
 - vie-publique.fr
- Ministère de la Justice, « Les chiffres-clefs de la Justice française 2015 », consultable à l'adresse Internet : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_CC%202016.pdf
- C. Atias & D. Linotte, « Le Mythe de l'adaptation du droit au fait », in *Recueil Dalloz*, Chronique, 1977, p.251.

- N. Braconnay, *La Justice et les institutions juridictionnelles*, La documentation française, 2^{ème} éd., Paris, 2012, 168p.
- M. Paillet (dir.), *La modernisation de la Justice administrative en France*, Larcier, Paris, 2010, 322p.
- S. Guinchard, T. Debard, A. Varinet, *Institutions juridictionnelles*, 13^{ème} édition, Paris, 2015, 1171p.

B) Cours

Les acteurs juridiques sont tous ceux qui concourent à la réalisation de la Justice dans un pays. Ils relèvent du pouvoir exécutif, législatif et judiciaire (juridictionnel).

Les membres des pouvoirs exécutif et législatif sont, à n'en pas douter, des acteurs juridiques. Le président qui signe un décret ou nomme un magistrat, le parlement qui vote une loi ou ratifie un traité. Ces acteurs jouent un rôle non négligeable en droit. Leur activité n'est cependant pas exclusivement juridique. Ils participent également aux activités politiques, sociales, économiques.

Nous allons nous concentrer sur les acteurs dont l'objectif exclusif est de participer à la réalisation de la Justice : les acteurs du pouvoir judiciaire.

À cet égard, permettez-moi d'emblée une précision. Le terme « judiciaire » n'est pas exact. Il renvoie à la notion de « juge » (*Judex*), mais uniquement de l'ordre judiciaire, c'est-à-dire de droit privé. Or, le pouvoir qualifié de « judiciaire » implique également les acteurs juridiques du droit public. On devrait donc parler plutôt de pouvoir juridique, qui renvoie à la notion de droit ou, de manière plus précise encore, de pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire de pouvoir qui dit le droit.

Ceci étant dit, qui sont ces membres du pouvoir juridictionnel ?

Ordre juridictionnel : trois portes d'entrée et deux étages

Nous avons jusqu'à présent parlé du « juge ». C'est un raccourci de langage. On devrait plutôt parler des juges. En France, comme ailleurs, le flot sans cesse grandissant et spécifique de litiges a obligé l'État à s'organiser pour faire face à cet afflux. Cette organisation de juges se nomme « ordre juridictionnel ».

Pour se le représenter, il faut s’imaginer que l’on se trouve devant un bâtiment à deux étages, avec trois portes d’entrée séparées. Ce bâtiment est représenté sur le schéma ci-après.

Les trois portes d’entrée symbolisent l’accès à trois différents types de juges qui sont distincts en fonction de leur domaine de spécialité. Il y a le juge qui traite du droit privé, celui qui traite du droit pénal et enfin le juge qui traite du droit public.

Nous l’avons dit, à chaque porte correspondent deux étages.

Il y a le rez-de-chaussée, le premier et le second étage.

Au rez-de-chaussée, l’on retrouve les juges dits de première instance ou encore de 1^{er} degré. Ce sont eux qui seront les premiers saisis d’une affaire. Dans la plupart des cas, il faudra impérativement passer devant eux, sans pouvoir prendre l’ascenseur. Ils ont une compétence de principe.

Vous remarquerez toutefois qu’en matière privée et pénale, il existe plusieurs juges de premier degré. Le but est de mieux se répartir le travail.

Les règles de compétence des juges de premier degré en matière civile

En droit privé, il y a tout d’abord les juges de droit civil, ceux qui jugent les litiges de la vie des citoyens en société.

Comment s’effectue la répartition des compétences entre le juge de proximité, le tribunal d’instance et le tribunal de grande instance ?

Voici ce que nous dit le site officiel de l’administration publique française : www.justice.gouv.fr:¹⁰⁷

¹⁰⁷ La récente réforme « la justice du XXI^{ème} siècle » a modifié certaines de ces règles de compétences des juges de 1^{er} degré pour les simplifier. (Loi du 18 novembre 2016) Par exemple, le juge de proximité a été

1) « Ce tribunal juge **toutes les affaires civiles pour lesquelles la demande porte sur des sommes inférieures à 10 000 euros à compter du 1er juillet 2017** : litiges liés aux accidents de la circulation, conflits relatifs au paiement des charges de copropriété, dettes impayées, livraisons non conformes, travaux mal exécutés, demandes de dommages et intérêts ou de remboursement d'un produit ou d'un service...

Une compétence exclusive pour certains litiges

Il statue sur toute une série d'affaires, quel que soit le montant de la demande. Par exemple :

- les litiges entre propriétaires et locataires relatifs au logement d'habitation : paiement des loyers, résiliation du bail...
- les contestations en matière de funérailles ou relatives aux frais de scolarité ou d'internat ;
- les litiges relatifs à l'élagage des arbres et des haies et les actions en bornage pour fixer les limites de deux propriétés ;
- les contestations en matière d'élections politiques (établissement des listes électorales) et **d'élections professionnelles** au sein des entreprises...

Il traite également les litiges relatifs aux crédits à la consommation d'un montant inférieur ou égal à 75 000 euros (ex : crédit pour l'acquisition d'une voiture ou d'une cuisine équipée, etc.).

supprimé au 1^{er} juillet 2017. Les affaires relevant de sa compétence incombent désormais au Tribunal d'Instance.

Le tribunal d'instance, juge des tutelles

A ce titre, il statue sur les demandes d'ouverture d'un régime de protection :

- des mineurs (gestion et administration des biens d'un mineur, représentation du mineur pour un acte de la vie civile) ;
- de certains majeurs, qui ont besoin d'être assistés ou représentés pour accomplir des actes de la vie courante ;
- et les demandes d'émancipation des mineurs âgés de plus de 16 ans.

En matière de nationalité française

Certains greffiers en chefs des tribunaux d'instance sont compétents pour recevoir et décider de l'enregistrement des déclarations d'acquisition de la nationalité française hors mariage, vérifier que les conditions légales sont réunies, et délivrer les certificats de nationalité française.

Composition

Le tribunal d'instance comprend un ou plusieurs juges professionnels.

Les affaires sont toujours jugées par un seul juge d'instance qui préside les audiences et prend seul sa décision, assisté d'un greffier.

Le ministère public n'est pas nécessairement présent aux audiences, mais il y exerce ses attributions civiles : requérir l'application de la loi et veiller aux intérêts de la société. »

2) « Ce tribunal tranche :

- les litiges civils opposant des personnes privées (physiques ou morales) qui ne sont pas spécialement attribués par la

loi à une autre juridiction civile (**tribunal d'instance, conseil de prud'hommes** etc...);

- ainsi que les litiges civils qui concernent des demandes supérieures à 10 000 euros ;
- au pénal, il est dénommé tribunal correctionnel pour connaître des délits et, à compter du 1^{er} juillet 2017, tribunal de police pour connaître des contraventions.

Il partage sa compétence civile avec le tribunal d'instance.

Il a une compétence exclusive pour de nombreuses affaires quel que soit le montant de la demande :

- état des personnes : état civil, filiation, changement de nom, nationalité ;
- famille : régimes matrimoniaux, divorce, autorité parentale, adoption, pension alimentaire, succession, etc... ;
- droit immobilier : propriété immobilière, saisie immobilière ;
- brevets d'invention et droit des marques ;
- les actions dites "possessoires" visant à faire respecter la possession ou la détention d'un bien comme le respect d'une servitude de passage.

Composition

Chaque tribunal de grande instance comprend des magistrats professionnels, **président, vice-présidents et juges**, ainsi que des **directeurs des services de greffe judiciaires, greffiers**, collaborateurs des magistrats et des personnels de greffe.

Suivant son importance, un tribunal de grande instance peut comprendre plusieurs chambres (11 chambres à Marseille, 31 chambres à Paris).

Le président a également des compétences juridictionnelles propres dans le cadre de procédures rapides, comme la procédure dite de référé, ou dans le cadre de certaines matières, comme la fonction de juge de l'exécution, qu'il peut cependant déléguer.

Une formation collégiale ou à juge unique

En principe, le tribunal de grande instance statue en formation collégiale, composée de trois magistrats du siège, juges professionnels, assistés d'un greffier.

Pour certaines affaires, le tribunal de grande instance statue à **juge unique** :

- le juge aux affaires familiales en matière de conflits familiaux (divorce, autorité parentale, obligation alimentaire) ;
- le juge des enfants : il intervient pour protéger les mineurs en danger et les jeunes majeurs ;
- le juge de la mise en état : il veille, en matière civile, au bon déroulement de la procédure et fait en sorte que les affaires soient en état d'être jugées dans un délai raisonnable ;
- le juge de l'exécution : il tranche les difficultés nées de l'exécution des décisions de justice.

Auprès de chaque tribunal de grande instance, le **ministère public** intervient dans les procédures civiles, obligatoirement dans certains cas, facultativement dans d'autres, pour demander l'application de la loi et veiller au respect des intérêts généraux de la société. Il est représenté par le **procureur de la République** et ses **substituts**, qui forment le parquet du tribunal de grande instance. »

Ainsi, hormis certaines matières attribuées à titre exclusif à une de ces deux juridictions, la répartition des compétences est

essentiellement matérielle: jusqu'à 10.000 €, c'est le tribunal d'instance. Au-delà de 10.000 €, c'est le tribunal de grande instance.

En dehors de ces deux juridictions, l'on retrouve également de nombreux autres tribunaux en droit privé : il y a le tribunal de commerce, le conseil de prud'hommes, le tribunal des affaires de la sécurité sociale, le tribunal paritaire des baux ruraux et le tribunal du contentieux de l'incapacité. Chacun d'eux possède une compétence spécifique. À vous de chercher laquelle !

Les règles de compétence des juges de premier degré en matière pénale

En matière pénale, trois juridictions se partagent la tâche : le tribunal de police, le tribunal correctionnel et la Cour d'assises.

Leur compétence est définie en fonction de la gravité des infractions.

Le tribunal de police intégré au sein du TGI traite lui, à partir du 1^{er} juillet 2017, de toutes les classes de contraventions.

Cette juridiction est compétente pour édicter seulement des peines pécuniaires.

En revanche les juridictions suivantes sont compétentes pour condamner également à des peines privatives de liberté.

Le tribunal correctionnel traite des infractions nommées « délits ». Il s'agit d'infractions passibles de peines d'emprisonnement ne pouvant dépasser 10 ans.

La Cour d'assises est compétente pour juger des « crimes » punis d'au moins 10 ans de réclusion criminelle.

Comment savoir si un comportement est constitutif d'une contravention, un délit ou un crime ? C'est le Code pénal qui vous donnera la réponse.

Sur ce rez-de-chaussée, l'État a voulu construire un autre étage, le premier. C'est l'étape de l'appel. Cette deuxième chance se fonde sur l'idée que les juges ne sont pas parfaits et que certains aspects ont pu leur échapper. Toutefois, l'État n'a pas d'obligation de créer une voie d'appel, sauf en matière pénale¹⁰⁸. Mais la plupart des États démocratiques l'ont prévu dans leur système juridique.

La partie déboutée en première instance peut ainsi interjeter appel devant le juge d'appel. Elle devient l'appelant. La partie adverse s'appelle l'intimé.

En France, le droit d'appel appartient à toute partie qui y a intérêt. Si l'une des deux parties interjette appel, l'autre partie peut elle aussi demander que le premier jugement soit réexaminé s'il ne lui donne pas entièrement satisfaction.

Si la Cour d'appel maintient la solution du jugement, on dit qu'elle le confirme. Si elle n'est pas d'accord, on dit qu'elle infirme le jugement. Cette confirmation/infirmité peut-être partielle ou totale.

« Ne peuvent pas être contestés par la voie de l'appel :

¹⁰⁸ Voir l'article 2 du Protocole n°7 à la ConventionEDH. La CEDH considère que : « l'article 6 § 1 n'astreint pas les États à créer des cours d'appel ou de cassation. Néanmoins, lorsque des juridictions de cette nature existent, les garanties prévues à l'article 6 doivent être respectées, notamment en assurant un accès effectif aux tribunaux en sorte que les plaignants obtiennent une décision relative à leurs « droits et obligations de caractère civil » et les personnes poursuivies sur le bien-fondé des accusations en matière pénales dirigées contre elles (voir, mutatis mutandis, *Delcourt c. Belgique*, arrêt du 17 janvier 1970, série A no 11, pp. 13-14, § 25, et *Sommerfeld c. Allemagne*, no 31871/96, § 64, 11 octobre 2001). »

- les jugements qualifiés de "rendus en premier et dernier ressort"¹⁰⁹,
- les litiges dont le montant ou l'enjeu sont trop faibles (notamment lorsque la demande d'argent est inférieure à **4 000 €**).

Ces jugements ne peuvent être contestés que par la voie de la cassation. »¹¹⁰

Les juges de premier degré et d'appel, sont appelés les juges du fond, non pas parce qu'eux seuls travaillent à fond, mais parce qu'ils sont à même d'examiner ou de réexaminer à la fois les faits (le fond de l'affaire) et le droit.

Exemple : s'il survient un accident et que le juge du fond est saisi d'une question de responsabilité, il disposera de la compétence de réexaminer les faits et les circonstances de l'accident. S'il existe un doute sur la survenance de celui-ci, il pourra mandater un expert.

En revanche, devant le juge de cassation (juge de 2^{ème} étage/degré), il n'est plus possible de s'interroger directement sur les faits de l'affaire. Celui qui forme un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation en matière civile/pénale ou celui qui forme un pourvoi devant le Conseil d'État en matière administrative devra argumenter en droit, ces juridictions supérieures n'étant compétentes que pour interpréter le droit. Pour votre gouverne, veuillez toutefois noter que la distinction entre le fait et le droit n'est pas étanche et que, de même que le droit se nourrit des faits,

¹⁰⁹ Cela signifie sans appel possible. Seule la voie de cassation est ouverte dans ce cas pour juger l'affaire en droit.

¹¹⁰ <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-judiciaire-10033/cour-dappel-12026.html>

les faits sont régulés en fonction du droit¹¹¹. Aussi, le juge de cassation n'est pas indifférent aux faits et son jugement en droit implique nécessairement une part plus ou moins importante de réappréciation des faits.

Le juge de cassation peut soit rejeter le pourvoi, s'il considère que le juge précédent a correctement appliqué le droit, soit casser et annuler la décision en cause. En conséquence, il lui tantôt possible de renvoyer l'affaire à la connaissance d'une juridiction de même degré pour qu'il soit à nouveau statué, soit plus rarement casser sans renvoyer lorsque la décision rendue vide l'affaire de tout intérêt juridique et qu'il n'y a donc plus rien à juger.

Dans le tableau qui se trouve dans la partie citations, vous trouverez les statistiques relatives au nombre total de ces juridictions.

Nous avons abordé brièvement deux portes d'entrée, celle de l'ordre civil et pénal. Qu'en est-il de l'ordre administratif ?

À l'aide du tableau ci-après et des informations que vous trouverez sur le site ci-dessous¹¹², vous serez à même de trouver la réponse à cette question. À vous de jouer !

Et les autres juridictions ?

Toutes les juridictions ne sont toutefois pas mentionnées dans cet organigramme. Autrement, il serait illisible. Ainsi, dans l'ordre interne, il existe également en matière pénale des juridictions spécialisées pour les mineurs. En matière d'asile, il existe une juridiction spécialisée appelée la Cour nationale du droit d'asile

¹¹¹ D'ailleurs, depuis la récente réforme du 18 novembre 2016, la Cour de cassation dispose de compétences étendues pour juger d'une affaire sans avoir à la renvoyer vers une Cour d'appel.

¹¹² <http://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/lordre-administratif-10034/>

qui est compétente en matière de recours des décisions prises par le directeur de l'OFPPA.

En outre, ne figurent pas dans ce tableau les Autorités administratives indépendantes dont les décisions ressemblent parfois à de véritables jugements, comme la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) qui a depuis été remplacée par le défenseur des droits (art. °71-1°Cst. °fr.).

De plus, il ne faut pas négliger les autorités politiques qui tendent progressivement à se juridictionnaliser, tel le Conseil constitutionnel (art. 58 et svts de la Cst. fr.), mais aussi les organes compétents pour ne juger que les personnalités politiques dans l'exercice de leurs fonctions, telles que la Haute Cour (art. 67 et svts de la Cst. fr.) ou encore la Cour de Justice de la République (art. 68-1 et svts de la Cst. fr.)¹¹³.

À cela s'ajoutent des juridictions disciplinaires, appelées aussi juridictions ordinales qui vont du Conseil supérieur des experts-comptables à l'ordre des pharmaciens, en passant par le Bâtonnier et l'ordre des avocats. Ces ordres jugent en fonction des règles de déontologie de la profession et se comptent par dizaines.

Enfin, il faut mentionner que, par-delà le bâtiment juridictionnel à deux étages, il existe des juridictions internationales dont les décisions influent plus ou moins directement sur l'ordre juridique interne. Les plus connues sont la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) qui siège à Luxembourg et interprète les traités de l'UE, la Cour Européenne des droits de l'Homme (CourEDH) qui siège à Strasbourg et juge à partir de la ConventionEDH, la Cour Internationale de Justice (CIJ) et la Cour Pénale Internationale (CPI) qui siègent toutes deux à La Haye, la première étant rattachée à la Charte de l'ONU, la seconde au Statut

¹¹³ L'actuel président français a exprimé le vœu de supprimer cette Cour. Suivez l'actualité.

de Rome en matière de protection des crimes contre l'humanité. Mais il y en a d'autres. Pouvez-vous en trouver au moins deux autres ?

Compétence territoriale des juges

Comme vous pourrez le constater dans la partie « citations », s'il existe généralement une seule cour suprême dans les États (Cour de cassation et Conseil d'État en France, Tribunal fédéral en Suisse), il existe en même temps de très nombreux juges de première instance (TGI, TA, TPI, etc.) et de nombreuses juridictions d'appel.

Le nombre important de ces juridictions s'explique par la taille importante du territoire français. Imaginez-vous si un citoyen français résidant en Guadeloupe par exemple, devait porter son litige en matière de bail devant un Tribunal d'Instance de la métropole. Même avec les moyens de communication modernes, ce serait compliqué. La Justice veut donc être proche des citoyens. Ainsi pour chaque ressort territorial, il y a des juridictions compétentes.

Mais alors, comment se passe la répartition territoriale des compétences juridictionnelles ?

Pour cela, il faut regarder dans le Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC). Pour faire simple, l'article 42 dudit Code dispose que « la juridiction territorialement compétente est, sauf disposition contraire, celle du lieu où demeure le défendeur. »

Quelles sont les « dispositions contraires », autrement dit les exceptions à ce principe ? C'est à vous de jouer. La réponse se situe dans l'article 43 et suivants du NCPC.

Notez aussi que les choses se compliquent lorsque les parties au litige sont ressortissantes de pays différents ou résident dans des pays différents.

Exemple : Un mari apprend que sa femme le trompe. Le couple qui vivait à Chambéry se sépare en attendant le divorce. Lui est de nationalité allemande, elle est autrichienne. Lui repart vivre en Allemagne, elle reste vivre à Chambéry. Les enfants, nés en France et donc français, décident d’aller vivre avec leur père. Quel tribunal devra juger de cette affaire ? Quelle loi sera-t-elle applicable ?

Je ne vous donne pas la réponse, ce n’est pas le but ici. Retenez que c’est au droit international privé de régler la question, qui jonglera entre les règles de droit national (art.1070 du NCPC) et les règles internationales européennes (Le règlement de Bruxelles II bis n°2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale et le règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps).

Les magistrats

Comparables à une ruche ou à une fourmilière, cet ordre juridictionnel français fait appel à de nombreux agents au service des usagers de la Justice.

Il y a bien évidemment les magistrats, terme qui de manière générique désigne toute personne pourvue d’une haute autorité.

S’agissant de la France, voici ce que nous explique le portail de vie publique :

« Il existe deux catégories de magistrats, correspondant à deux modalités d’exercice de la mission d’application du droit qui leur est confiée :

- les magistrats du siège – les juges – sont chargés de dire le droit en rendant des décisions de justice,

- les magistrats du parquet – les procureurs – ont pour fonction de requérir l’application de la loi. »

Magistrats du siège et du parquet, s’ils ne possèdent pas exactement les mêmes missions, partagent un statut très proche, et des règles de recrutement, de formation et d’avancement quasiment identiques. Le principe de l’unité du corps judiciaire permet d’ailleurs à chaque magistrat, au cours de sa carrière, de passer d’un groupe à l’autre sans difficulté. De même, magistrats du siège et du parquet partagent un devoir commun, défini par la Constitution, de protection de la liberté individuelle.

Les magistrats du siège possèdent cependant un statut leur garantissant une indépendance renforcée par rapport aux membres du parquet. La Constitution prévoit ainsi leur inamovibilité, ce qui signifie qu’ils ne peuvent recevoir d’affectation nouvelle sans leur consentement, même en avancement. Cette règle constitue l’une des traductions concrètes du principe d’indépendance de l’autorité judiciaire. Elle est en effet destinée à éviter les pressions hiérarchiques ou politiques sur les décisions des juges du siège.

À l’inverse, les magistrats du parquet sont soumis à un principe hiérarchique qui découle de la nature même de leurs fonctions, puisqu’ils sont notamment chargés de l’application de la politique pénale du gouvernement. Cette subordination ne fait cependant pas obstacle à la liberté de parole des magistrats du parquet à l’audience. En revanche, et contrairement aux juges du siège, ces magistrats ne bénéficient pas de la garantie d’inamovibilité. »¹¹⁴

¹¹⁴ <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/personnel-judiciaire/magistrats/existe-t-il-plusieurs-categories-magistrats.html>

Je rajouterai que les magistrats du parquet ne sont pas des juges, selon la CEDH, en raison de leur manque d'indépendance par rapport au pouvoir exécutif¹¹⁵.

Les auxiliaires de justice

Avocats, huissiers, notaires, greffiers, avoués, etc., nombreux sont les acteurs juridiques qui participent à la réalisation de la Justice en France.

A leur égard, le site d'information de la vie publique nous dit :

« Les auxiliaires de justice désignent les différentes personnes qui, bien que n'étant pas investies de la fonction de trancher les litiges à l'instar des magistrats, participent par l'exercice de leur profession au fonctionnement quotidien de la justice. Il existe différents moyens de les distinguer, en les classant en fonction de leur mission ou de leur statut.

On peut tout d'abord distinguer les auxiliaires du juge, qui apportent directement leur concours à l'exercice de sa mission juridictionnelle, des auxiliaires des parties.

Les premiers renseignent les magistrats, authentifient leurs actes ou assurent l'exécution de leurs décisions : greffiers, officiers de police judiciaire, experts.

Les seconds interviennent en amont et au cours du procès, principalement pour assister ou représenter les parties dans l'élaboration de certains actes juridiques : avocats, notaires.

Le principal critère de distinction des auxiliaires de justice relève de leur statut professionnel. On trouve en effet parmi les auxiliaires de justice des fonctionnaires ou agents publics, comme les greffiers des tribunaux de grande instance.

¹¹⁵ Voir notamment, *Moulin c. France*, no 37104/06, §58, 23 novembre 2010

Certains auxiliaires de justice, comme les notaires ou les huissiers, sont des officiers ministériels, ce qui signifie qu'ils sont titulaires d'une charge qui leur est confiée par l'État : ils détiennent en conséquence un monopôle sur leur profession dont l'exercice est strictement contrôlé par l'administration.

D'autres auxiliaires, enfin, exercent une profession libérale, comme les avocats.

Parmi ces différents auxiliaires, certains possèdent le statut d'officiers publics, ce qui signifie qu'ils ont le pouvoir d'authentifier certains actes. »¹¹⁶

Vous souhaitez en savoir plus sur le rôle respectif de chacun de ces auxiliaires de justice ? Vous faites bien. Il est fort possible qu'à l'avenir vous deveniez l'un d'eux. Comment en apprendre plus ? Plutôt que de me lire, je vous encourage à poursuivre vos recherches à partir du site Internet mentionné ci-dessous. Vous pouvez également vous rendre au tribunal le plus proche de chez afin d'assister à une audience. Enfin, il existe plusieurs films documentaires ou fictions qui décrivent le rôle de ces auxiliaires de Justice¹¹⁷. C'est encore à vous de jouer !

¹¹⁶ <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/justice/personnel-judiciaire/auxiliaires/existe-t-il-differentes-categories-auxiliaires-justice.html>

¹¹⁷ À cet égard, je vous renvoie au travail remarquable du regretté Me Jean Damy qui a réalisé plusieurs films pédagogiques à l'attention des étudiants dans la série « Scènes de Justice ». Il se peut que votre bibliothèque en possède un exemplaire. Pour plus d'information ; <http://www.rip.justice.fr/2218-collection-des-films-de-jean-damy-scenes-de-justice>

C) Citations

Organigramme des juridictions françaises

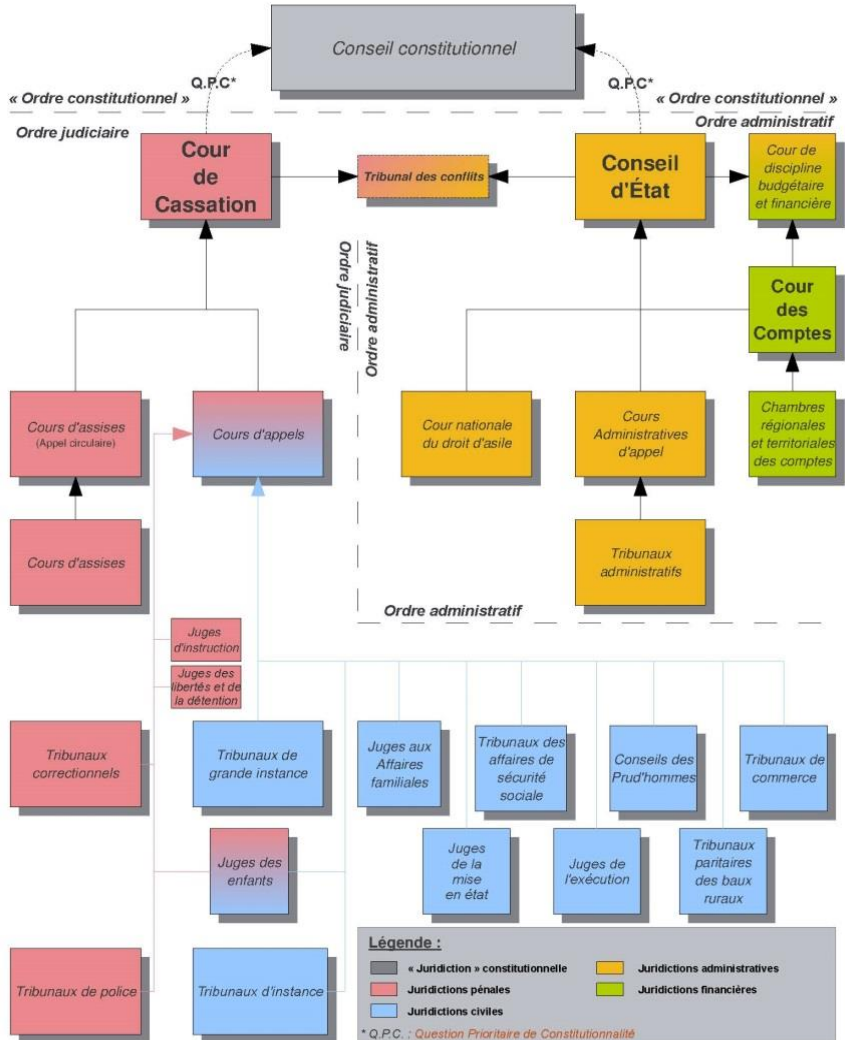


Schéma réalisé par Jurigeeek avec le logiciel libre LibreOffice Draw de la Document Fondation.



Extraits de chiffres clefs de la justice française en 2016.Source : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_livret_final_HD.pdf

8,19 milliards d'€ C'est le **budget** de la Justice en 2016

80 988 C'est le **nombre d'agents** qui travaillent pour le ministère de la Justice (2016).

Juridictions de l'ordre judiciaire	Juridictions de l'ordre administratif
1 cour de cassation	1 Conseil d'État
1 tribunal supérieur d'appel	8 cours administratives d'appel
36 cours d'appel	42 tribunaux administratifs
164 tribunaux de grande instance	
4 tribunaux de première instance	
155 tribunaux pour enfants	
114 tribunaux des affaires de sécurité sociale	
307 tribunaux d'instance et tribunaux de police	

210 conseils de
prud'hommes
6 tribunaux du travail
134 tribunaux de
commerce et TPIcc

Activité des juridictions en 2016

Justice civile

2 674 878

Décisions en
matière civile
et commerciale
**dont 259948
référés**

Justice administrative

228876 Affaires réglées par les juridictions
administratives

Justice pénale

1 206 477 Décisions en matière pénale
13 095200 Amendes forfaitaires majorées
4 260 836 Affaires traitées par les parquets
1 264 619 Affaires poursuivables
dont 1 110 952 affaires poursuivies
ou ayant donné lieu à procédure
alternative ou composition pénale

Taux de réponse pénale : 87, %

1 035604 **Condamnations et compositions
pénales prononcées pour :**
2 381 crimes

597594 délits

33900 contraventions de 5e classe

401729 contraventions des quatre premières classes

« Les professions regroupées en ordres n'ont rien d'homogène. Chaque ordre et chaque juridiction ordinale est le fruit d'une histoire et d'une évolution propres. On en jugera par la liste des professions qui feront l'objet du présent ouvrage, qui a été substantiellement allongée par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 : médecins, chirurgiens-dentistes, sages-femmes, pharmaciens, vétérinaires, architectes, experts-comptables, géomètres-experts, avocats, avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (ces derniers étant officiers ministériels), infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues, orthophonistes, orthoptistes. Les cinq dernières professions ont été intégrées par la loi précitée de 2002 dans un Conseil national des professions d'infirmier, masseur-kinésithérapeute, pédicure-podologue, orthophoniste et orthoptiste (qu'on désignera ensuite par l'expression « ordre des professions paramédicales »). La mise en place de ce Conseil est actuellement pendante.

Cela conduit, compte tenu que certains ordres (professions de santé) regroupent deux ordres juridictionnels distincts répartis sur tout le territoire, à distinguer seize ordres juridictionnels comportant un ou deux degrés, soit pas moins de trois cents juridictions. Quant au nombre de décisions rendues, aucune statistique globale n'existe. Le rapport du Conseil d'État fournit le nombre de jugements des seules juridictions ordinales administratives d'appel : 1 138 décisions en 2002 tous ordres

confondus. Le taux d'appel estimé est très variable, allant de moins de 1 % (géomètres-experts) à 35 % (médecins). Par ordre, les chiffres sont plus lacunaires. Les plus gros bataillons proviennent des juridictions médicales (environ 2 600 décisions en 2002 dont 800 en appel), ou encore de celui des pharmaciens (360, dont 96 en appel). Ces chiffres sont destinés à augmenter, notamment parce que la loi du 4 mars 2002 précitée élargit l'accès des particuliers au prétoire ordinal. »¹¹⁸

¹¹⁸ J-P. Markus, *Les juridictions ordinales*, LGDJ, Paris, 2003, 184p.

D) Exercices

Exercice n°18 : analyse de schéma

Une petite erreur s'est glissée dans le schéma ci-dessus. Veuillez la retrouver et l'expliquer.

Exercice n°19 : recherche de vocabulaire

Nous n'avons pas traité dans cette leçon de tout le vocabulaire applicable à l'organisation et à la procédure juridictionnelle. Il nous manque entre autres la compréhension des termes suivants :

- Autorité de la chose jugée, Autorité relative, effet *erga omnes* ;
- Demande initiale, Demande incidente, demande additionnelle, demande reconventionnelle ;
- Intérêt pour agir ;
- Juridiction de droit commun, juridiction d'attribution ;
- Loi du for
- Procédures de référés ;
- Recours contentieux, Recours non contentieux (gracieux ou hiérarchique).

Veuillez expliquer en quelques mots ce que signifient ces termes et expressions juridiques.

Exercice n°20 : brefs cas pratiques

Veillez indiquer pour chacune des situations suivantes, la juridiction compétente :

- 1) L'annulation de la vente d'une machine à café et de capsules entre particuliers.**
- 2) Le refus de la part du Ministère de l'Enseignement Supérieur de procéder à l'avancement de grade d'un professeur d'Université.**
- 3) La demande de prestation compensatoire introduite par Pauline dans le cadre d'une procédure de divorce.**
- 4) Le procès d'un voleur à la tire qui a agressé sauvagement sa victime en la rendant paralysée.**
- 5) Le licenciement d'un employé de bureau pour avoir visionné des images à caractère pédopornographique.**
- 6) La confirmation en appel d'un jugement en divorce pour faute grave.**
- 7) Le recours d'un demandeur d'asile à l'encontre du refus de lui reconnaître ce statut par la Cour nationale du droit d'asile.**
- 8) Le refus d'un locataire de s'acquitter de son bail durant plusieurs mois pour un montant de 11'200€**

- 9) Le recours par un employé à l'encontre du refus de reconnaître son incapacité de travail comme résultant d'un accident de travail.**
- 10) L'arrestation d'un ancien ministre soupçonné d'avoir organisé un nettoyage ethnique au Rwanda.**
- 11) Le rejet d'un pourvoi en cassation par le Conseil d'État s'agissant de la présence du Commissaire du gouvernement au délibéré.**
- 12) L'envoi d'une lettre à Claude de la part de son voisin qui l'insulte et le traite de gourou nazi.**

3^{ème} PARTIE : La justification du droit

Qu'est-ce qui motive le droit ? Autrement dit, quel est son objectif principal ? La recherche de la vérité, de la justice, de l'ordre ? Ou bien, soyons moins idéalistes, est-ce un instrument de justification de la force au service des dominants ?¹¹⁹ Quoi qu'il en soit, le droit s'impose à nous. Et bien qu'il ne soit pas toujours prescriptif ou contraignant, il se montre la plupart du temps directif en réglementant nos comportements. Le fait d'accepter le droit ne va pas de soi. Pourquoi telle règle plutôt qu'une autre ? Pourquoi à tel moment et pas à un autre ? Pourquoi telle règle en France et pas ailleurs ? C'est à ces quelques interrogations que nous allons essayer de répondre en analysant tout le régime de la preuve applicable en droit. Cela nous permettra de comprendre la valeur de la notion de vérité. (Leçon 1) Nous verrons ensuite à quelles conditions le droit devient du droit et mérite d'être respecté et suivi (Leçon 2). Puis, nous réfléchirons aux interactions du droit dans le temps dans le temps pour être manière légitime (Leçon 3). Enfin, nous traiterons du positionnement du droit français dans l'espace (Leçon 4).

¹¹⁹ Sur ce point, voir les travaux de certains sociologues ; P. Bourdieu, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in F. Chazel et J. Commaille (sous la dir. de) *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, collection droit et société, Paris, 1991, p. 95-99 ; K. Marx, *Pour une critique de la philosophie du droit de Hegel*, Allia, Paris, 1998.

Leçon 1 : Les preuves en droit : « La vérité oui, mais pas à n'importe quel prix ! »

A) Bibliographie

- A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, (préf. J-C. Saint-Pau), LGDJ, coll. Thèses de droit privé n°525, Paris, 2010, 581p
- Yvaine Buffelan-Lanore, *Introduction : biens, personnes, famille*, Dalloz-Sirey, 19^{ème} édition, Paris, 2015, 1116p.
- Gérard Niyungeko, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruylant, coll. de droit international. Bruxelles, 2006, 480p.
- Charles Dmytrus, « Actualité du droit de la preuve », in *Village de la justice, communauté des métiers du droit*, 2014, consultable à l'adresse Internet :
<http://www.village-justice.com/articles/Actualite-droit-Preuve,16504.html>

C) Cours

Certains d'entre vous ont choisi les études de droit, parce qu'ils sont épris du sens de justice et de vérité. Dans votre esprit, justice rime sans doute avec vérité, l'un ne pouvant aller sans l'autre. Et c'est en partie correct. Le jugement de Salomon que vous retrouvez au début de cet ouvrage n'est-il pas l'archétype de la justice précisément parce que le procès fait triompher la vérité sur le mensonge et la droiture sur la tromperie ?

À n'en pas douter, la justice est associée à la vérité. Vous avez toutefois remarqué que je nuance en précisant « en partie ». Pourquoi ?

Même si la vérité est un idéal du droit, ce n'est pas le seul. Au cours des siècles, les juristes ont dû se plier à la réalité : la vérité est souvent difficile à découvrir ou trop lourde à porter.

Salomon lui n'était pas tout seul. Il avait la sagesse de Dieu qui, tel un scanner dévoilant les cœurs, pouvait scruter jusqu'aux intentions les plus profondes de l'esprit humain.

Rien de tel toutefois pour le Magistrat lambda. Ce n'est pas demain la veille que les humains inventeront la machine à lire les cœurs. Aussi, le juge et les jurés devant la Cour d'assises peuvent pour l'instant compter uniquement sur les preuves à charge et à décharge collectées par le juge d'instruction qui s'appuie lui-même sur le travail d'enquête de la police.

Parfois, la vérité jaillira noir sur blanc. Un aveu réitéré sans retenue, la vidéo du crime, plusieurs traces identifiables d'ADN sur le corps de la victime et la scène du crime ; la culpabilité ou l'innocence ne font alors aucun doute. La plupart du temps toutefois la réalité ne ressemble pas à la série « New York, Unité spéciale ». La vérité est entourée de nombreuses nuances de gris.

C'est pourquoi, les juristes ont appris à relativiser leur quête absolue de la vérité. Ils se sont en quelque sorte assagis préférant à l'idéal de vérité, le sens de la justice. Comment cela ?

Une vérité relative en matière pénale

En matière pénale, ils se sont notamment rendu compte que la recherche de la vérité à tout prix pouvait conduire au résultat inverse. En effet, vouloir découvrir la vérité coûte que coûte a parfois poussé les autorités d'enquête, les juges et les jurys à désigner un coupable idéal plutôt que de vivre avec un sentiment de frustration de ne pas pouvoir faire justice à la victime. Aux États-Unis, une étude sérieuse a démontré qu'entre 1974 et 2004, 4% des personnes exécutées étaient innocentes.¹²⁰

Les condamnations arbitraires et sommaires au Moyen-Âge ont encouragé les révolutionnaires à consacrer la présomption d'innocence dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (art.9). Et c'est heureux, car comme ont l'habitude de dire les grands avocats : « mieux vaut innocenter mille coupables que de condamner un innocent ».

D'ailleurs devant la Cour d'assises, les membres du jury doivent prêter serment en jurant qu'ils n'agiront pas sous l'effet de l'émotion et feront profiter le doute à l'accusé.¹²¹

C'est aussi parce que la recherche de la vérité n'est pas l'objectif prééminent en droit que certaines preuves, bien que pouvant démontrer la culpabilité de l'accusé, ne sont pas admises en matière pénale.

Est interdite la recherche de preuves portant atteinte à l'intégrité du corps humain, lorsqu'elles s'assimilent à de la torture ou à un

¹²⁰ <http://www.pnas.org/content/111/20/7230.full.pdf>

¹²¹ Art. 304 du Code de Procédure Pénale (CPP) ; voir dans la partie citations de la présente leçon.

traitement inhumain ou dégradant. Parmi les ordalies¹²² modernes ont par exemple été interdits l'utilisation d'un émétique forçant la personne arrêtée à vomir pour recueillir des éléments de preuve,¹²³ de menacer l'accusé de lui faire subir des souffrances intolérables s'il ne dévoile pas l'endroit où le corps de l'enfant a été caché,¹²⁴ d'interroger l'individu en couvrant sa tête d'une cagoule, de la menotter au lit, de l'empêcher de dormir et de le menacer de tuer sa famille s'il ne révèle pas le lieu de son crime.¹²⁵

De même, ne sont pas admissibles les preuves utilisées en violation de la procédure du contradictoire¹²⁶ ou en violation du droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

Ainsi, le fait d'avoir soutiré des preuves à un accusé lors d'un interrogatoire en lui indiquant qu'il serait condamné à une peine de prison s'il ne divulguait pas des informations relatives à l'enquête viole des normes qui sont « au cœur de la notion de procès

¹²² Dérivé du vieil anglais *ordal* (allemand moderne *Urtheil*) qui signifie « jugement », le mot « ordalie » désigne le « jugement de Dieu ». Toutes les religions connues laissent au surnaturel le soin de décider du crime et de l'innocence.... Les plus célèbres épreuves dans l'aire indo-européenne, les plus propres sans doute à frapper les imaginations, sont celles du feu et de l'eau : par exemple, porter un fer rougi sur un endroit du corps ; plonger dans un lac, la main gauche liée au pied droit et la main droite liée au pied gauche (le coupable surnage, l'innocent coule... »

¹²³ CourEDH, *Jalloh c. Allemagne* [GC], no 54810/00, CEDH 2006-IX ; pour un requérant qui avait avalé un sachet en plastique avant d'être appréhendé par des policiers.

¹²⁴ CourEDH, *Gäfgen c. Allemagne*, no 22978/05, 30 juin 2008.

¹²⁵ Cour Interaméricaine des droits de l'homme, *Maritza Urrutia v. Guatemala*, 27 novembre 2003 (Fond, réparations et frais) série C n 103.

¹²⁶ Art. 427 du CPP : « Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui. »

équitable (...)».¹²⁷ Idem, le fait de condamner une personne pour avoir refusé de fournir des documents fiscaux incriminants aux autorités douanières est contraire aux garanties du procès équitable¹²⁸. Et il n'en va pas différemment pour des trafiquants de drogue condamnés à la suite de preuves obtenues au moyen d'un guet-apens provoqué par des policiers infiltrés qui avaient proposé aux condamnés de participer à ce trafic.

La recherche de la vérité au moyen de preuves en violation de la vie privée ou du principe de confidentialité est également interdite. Les vidéos de surveillance ne sont pas admises si elles n'ont pas reçu l'aval des autorités, qu'elles ont été filmées dans certains lieux, tels que les vestiaires en entreprises, les toilettes, les locaux syndicaux, etc. De même, les enregistrements audio et vidéo ne sont pas admis à titre de preuve, s'ils ont été réalisés à l'insu de la personne visée.¹²⁹

C'est aussi parce qu'il existe des limites à l'obtention de preuves dans le cadre d'écoutes administratives que les frères Kouachi (attentat de Charlie Hebdo) ont pu librement communiquer à partir du téléphone de leurs compagnes.

Il n'est pas besoin de multiplier encore les exemples. Vous l'aurez compris. La recherche de la vérité est un objectif important, mais pas absolu en droit. Parfois, il succombe devant d'autres impératifs supérieurs, tels que l'interdiction de traitements inhumains, la garantie d'un procès équitable ou encore le droit au respect de la vie privée et de la confidentialité.

L'exigence des preuves

Le juge doit donc trier attentivement les preuves dont il dispose.

¹²⁷ *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-I.

¹²⁸ *Funke c. France*, 25 février 1993, série A no 256-A.

¹²⁹ Art. 226-1 du NCP.

Il doit également les soupeser en fonction d'exigences probatoires particulières. Lesquelles ? Pour dire les choses de manière simple, si le droit pénal exige d'apporter la preuve au-delà de tout doute raisonnable de la culpabilité d'un accusé (*proof beyond all reasonable doubt*), en matière civile le juge effectue une mise en balance des preuves de part et d'autre (*balance of probabilities*), afin de déterminer qui doit l'emporter.

La prévalence du vraisemblable dans les autres matières

En matière civile, commerciale ou administrative, l'exigence de vérité est donc encore moins une obsession.

Rempporte le procès non pas celui qui a raison ou qui détient la vérité, mais celui qui est capable d'apporter les preuves les plus convaincantes au soutien de ses prétentions.

Dans ce combat, les règles sont simples.

Le régime de ces preuves varie suivant que l'on se situe en matière de faits (accidents, naissance, etc.) ou d'actes juridiques (contrats, testament, etc.).¹³⁰

En droit administratif, en droit pénal ou en droit commercial la preuve est en principe libre.

Fait et acte juridique

L'acte juridique, nous l'avons déjà dit, se définit comme une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit. Par exemple, un contrat de travail est un acte juridique résultant de la volonté d'un employeur et d'un salarié. Pour démontrer la réalité d'un acte juridique privé, il n'est pas nécessaire de disposer d'un écrit, sauf dans deux cas de figure.

Premièrement, doivent figurer par écrit certains contrats particuliers dits formels : le contrat de société, le contrat de

¹³⁰ Voir la note en bas de page n°2.

caution, le contrat de vente immobilière, etc.). Deuxièmement, suivant l'article 1341 du Code Civil, « au-delà de 1500 euros, l'acte juridique doit être passé par écrit ».

Hormis pour ces deux hypothèses, la rédaction d'un écrit pour un acte juridique n'est donc destinée qu'à sécuriser un moyen de preuve.

Quant au fait juridique, il produit des conséquences mais qui ne sont pas voulues : un décès sans testament transmet un patrimoine aux héritiers, un accident va entraîner le versement de dommages et intérêts. Le fait juridique doit donc toujours se prouver. Son mode de preuve est donc libre.

La charge de la preuve

L'expression « charge de la preuve » se rapporte à la question de savoir qui place en premier le poids de la preuve sur le fléau de la balance. La règle est énoncée à l'article 1315 du Code civil : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

Il existe toutefois des exceptions à ce principe. C'est le cas des présomptions. Une présomption est une fiction. Le droit fait comme si une situation était déjà prouvée, alors que la preuve n'est pas encore apportée. Sur quoi se fonde le droit pour croire une chose pareille ? Sur l'expérience, les habitudes. On présume une personne innocente avant de la juger coupable par exemple, parce ce que la liberté est la règle et que l'expérience démontre que la majorité des humains ne sont pas des criminels.

Il existe deux types de présomption. Il y a la présomption simple qui renverse la charge de la preuve : c'est le défendeur qui doit alors prouver que la prétention du demandeur n'est pas fondée. C'est le cas notamment pour la responsabilité des parents du fait de leurs enfants : leur responsabilité est en principe engagée sauf à

prouver qu'ils ont fait tout leur possible afin d'éviter le comportement de l'enfant.

Il existe également une présomption dite irréfragable qui interdit au demandeur d'apporter la preuve contraire. Elle est de plus en plus rare. L'article 1379 du Code civil dispose qu'« est réputée fiable la copie exécutoire ou authentique d'un écrit authentique. » Autrement dit, en présence d'une copie revêtue d'une formule exécutoire apposée par un juge ou un notaire, il pèsera une présomption irréfragable sur celui qui voudrait démontrer le contraire par rapport au contenu de cette copie. La seule chose qui pourrait alors le libérer de cette présomption, serait de démontrer que le titre est un faux.¹³¹

Dans cette mise en balance, toutes les preuves n'ont pas le même poids. Certaines sont plus importantes que d'autres.

Les moyens de preuve écrits

Les nouvelles dispositions du Code Civil¹³² relatives aux moyens de preuve écrits sont les suivantes :

Article 1364

La preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée.

Article 1365

¹³¹ Cette disposition a été remplacée par l'article 1378-2 du Code civil. La présomption irréfragable est devenue une présomption simple.

¹³² Dispositions modifiées par ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 et entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support.

Article 1366

L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

Il peut donc s'agir d'une preuve tant sur support papier que sur support électronique.¹³³

Au vu du principe suivant lequel : « la plume est servie, mais la parole est libre », la preuve écrite semble donc bénéficier d'un poids plus important. Mais il existe également différents poids probatoires parmi les preuves écrites.

- L'acte authentique

L'acte authentique est rédigé par un officiel ministériel compétent (un notaire en principe). L'original de l'acte (appelé minute) est conservé par le notaire qui peut en délivrer des copies (les expéditions). La première copie est appelée la «grosse». L'acte authentique est un moyen de preuve quasi absolu car il ne peut guère être contesté ni dans son contenu, ni dans sa date. C'est la preuve écrite par excellence.

- L'acte sous seing privé

L'acte sous seing privé est librement rédigé par les parties. Il n'est valide que jusqu'à preuve du contraire et uniquement par un autre

¹³³ Voir la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique

acte écrit (par un acte authentique par exemple). La plupart du temps, une preuve par témoins n'est pas admise face à un acte écrit.

- Le commencement de preuve par écrit

Parfois l'écrit dont on dispose n'est pas parfaitement valide. Il manque par exemple un élément formel comme dans le cas d'une reconnaissance de dette qui ne contient pas la somme inscrite en toutes lettres. En d'autres circonstances, le demandeur apporte un écrit ou se prévaut d'un comportement suspicieux de l'autre partie pour chercher à prouver ses dires.

Dans tous ces cas, l'on est en présence d'un commencement de preuve par écrit (même s'il n'est pas toujours écrit)¹³⁴. Ce genre de preuve imparfaite peut d'autant plus remporter la conviction du juge, qu'il est corroboré par d'autres éléments de preuve, oraux par exemple.

Précisons également qu'en matière de contrats, il doit y avoir autant d'exemplaires qu'il y a de parties, faute de quoi la preuve n'est pas parfaite. Il s'agira alors d'un commencement de preuve par écrit.

¹³⁴ L'article 1362 du Code civil le définit comme suit :

« Constitue un commencement de preuve par écrit tout écrit qui, émanant de celui qui conteste un acte ou de celui qu'il représente, rend vraisemblable ce qui est allégué.

Peuvent être considérés par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution.

La mention d'un écrit authentique ou sous signature privée sur un registre public vaut commencement de preuve par écrit. »

Les preuves orales

Il existe trois sortes de preuves orales¹³⁵.

- Le témoignage

C'est une déclaration faite sous serment devant un tribunal et qui rapporte un fait directement perçu.

- L'aveu

C'est une déclaration faite par une partie et qui produit, contre elle, des conséquences juridiques. C'est pourquoi l'aveu est très rare et lorsqu'il survient, il faut faire bien attention aux circonstances entourant l'obtention de celui-ci.

- Le serment

C'est une déclaration faite par une partie et qui va lui produire des effets favorables. Compte tenu de la relativisation de la notion de vérité et de fidélité à notre époque, la notion de serment a perdu de sa superbe.

À part l'aveu judiciaire, les preuves orales produisent un effet moindre que les preuves écrites.

¹³⁵ Cf. Articles 1381 à 1384 du Code civil.

C) Citations

*Article 304 du Code de procédure pénale
Modifié par Loi n°2000-516 du 15 juin 2000*

Le président adresse aux jurés, debout et découverts, le discours suivant : "Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre X..., de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime ; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter ; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre, et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de vos fonctions".

Chacun des jurés, appelé individuellement par le président, répond en levant la main : "Je le jure".

D) Exercices

Exercice n°21 : commentaire d'arrêt

Veillez commenter l'arrêt ci-dessous en répondant aux questions suivantes :

- 1) Quels sont les faits et la procédure de l'affaire ?**
- 2) Quel est la solution rendue par la Cour ?**
- 3) Qu'est-ce que cela démontre dans la manière dont le juge apprécie les preuves ?**

REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant, sur le moyen unique :

Attendu, selon le jugement attaqué (juridiction de proximité de Lille, 17 mars 2015), rendu en dernier ressort, que M. X..., titulaire d'un compte dans les livres de la caisse de Crédit mutuel de Wattignies (la Caisse), a contesté trois opérations de paiement, effectuées, selon lui, frauduleusement sur ce compte, et demandé à la Caisse de lui en rembourser le montant ; que, se heurtant au refus de celle-ci, qui lui reprochait d'avoir commis une faute en donnant à un tiers des informations confidentielles permettant d'effectuer les opérations contestées, M. X... l'a assignée en paiement ;

**Attendu que la Caisse fait grief au jugement de la condamner, à payer à M. X... la somme de 838 euros alors, selon le moyen :
*1°/ que l'utilisateur d'un service de paiement qui agit avec une négligence grave est tenu de supporter l'intégralité de la perte subie ; que la circonstance qu'un instrument de paiement ait été***

utilisé pour des achats sur le réseau internet par utilisation de données ne se trouvant pas sur la carte de paiement proprement dite, tels des clefs personnelles permettant au titulaire du compte de venir authentifier le paiement au moyen d'une donnée confidentielle, ainsi que le numéro de téléphone ou l'adresse électronique du client, destiné à recevoir de la banque un code de confirmation permettant de réaliser le paiement souhaité, démontre à elle-seule la négligence grave du titulaire dans la conservation des données sécurisées de paiement que lui imposent les dispositions de l'article L. 133-16, alinéa 1, du code monétaire et financier ; qu'en l'espèce, la Caisse faisait valoir que le système de paiement à distance « payweb » utilisé pour réaliser les trois débits contestés par M. X..., comportait un processus hautement sécurisé nécessitant le choix par le client d'un identifiant et d'un mot de passe lors de la première connexion, puis, pour la réalisation de chaque opération de paiement, la création d'une carte « payweb » par un dispositif de « clefs personnelles » permettant à l'utilisateur de choisir une combinaison de chiffres au sein d'une carte de 64 codes, avant que la banque n'envoie, par mail ou un sms, un code de confirmation à validité temporaire permettant d'effectuer le paiement désiré ; qu'elle soulignait que l'utilisation de ce système de paiement impliquait nécessairement que M. X... avait, sinon divulgué ses données personnelles à un tiers, à tout le moins laissé celles-ci à disposition du tiers ayant frauduleusement effectué les débits litigieux ; que, pour condamner la Caisse à rembourser le montant des trois débits contestés par ce dernier, le juge de proximité a considéré que la preuve de ce que M. X... avait dévoilé ses données personnelles n'était pas rapportée, et que la banque avait commis un manquement à ses obligations contractuelles « en fournissant à un tiers un code de confirmation pour valider les opérations

contestées » ; qu'en statuant de la sorte, sans rechercher, ainsi qu'il y était invité, si la circonstance que les débits litigieux aient été effectués par le biais d'un service de paiement sécurisé nécessitant la fourniture de données strictement personnelles à M. X..., et dont ce dernier avait contractuellement la charge d'assurer la conservation et la confidentialité, n'impliquait pas que ce dernier avait commis une négligence grave dans la conservation des dites données, le juge de proximité a privé sa décision de base au regard des articles L. 133-15, L. 133-16 et L. 133-19 du code monétaire et financier, ensemble l'article 1134 du code civil ;

(...)

3°/ que les juges du fond doivent analyser, fût-ce de manière sommaire, les éléments de preuve soumis à leur examen et répondre aux moyens opérants soulevés par les parties ; qu'en se contentant d'énoncer, pour entrer en voie de condamnation à l'encontre de la Caisse, qu'il ne résultait pas des pièces versées aux débats les éléments de preuve suffisants que M. X... aurait divulgué à un tiers, de manière intentionnelle, par imprudence ou par négligence grave, des éléments d'identification strictement confidentiels ayant permis les paiements contestés, sans procéder à la moindre analyse des pièces versées aux débats par la banque, en particulier le contrat CMNE Direct déterminant les obligations respectives des parties, qui stipulait notamment que l'utilisateur du service de paiement « payweb » était responsable de la garde de ses données personnelles, ni répondre au moyen développé par la Caisse dans ses conclusions, soulignant que l'utilisation de ce service de paiement impliquait qu'un tiers se soit trouvé en possession des données personnelles de M. X..., dont ce dernier devait assurer la conservation, le juge de proximité a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

(...)

Mais attendu que si, aux termes des articles L. 133-16 et L. 133-17 du code monétaire et financier, il appartient à l'utilisateur de services de paiement de prendre toute mesure raisonnable pour préserver la sécurité de ses dispositifs de sécurité personnalisés et d'informer sans tarder son prestataire de tels services de toute utilisation non autorisée de l'instrument de paiement ou des données qui lui sont liées, c'est à ce prestataire qu'il incombe, par application des articles L. 133-19, IV, et L. 133-23 du même code, de rapporter la preuve que l'utilisateur, qui nie avoir autorisé une opération de paiement, a agi frauduleusement ou n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave à ses obligations ; que cette preuve ne peut se déduire du seul fait que l'instrument de paiement ou les données personnelles qui lui sont liées ont été effectivement utilisés ; qu'ayant souverainement retenu qu'il ne résultait pas des pièces versées aux débats la preuve que M. X... avait divulgué à un tiers, de manière intentionnelle, par imprudence ou par négligence grave, des éléments d'identification strictement confidentiels ayant permis les paiements contestés et que la Caisse se bornait à évoquer l'hypothèse d'un « hameçonnage », en prétendant que M. X... avait certainement répondu à un courriel frauduleux qu'il pensait émaner de la Caisse pour qu'il renseigne un certain nombre de points dont les identifiants, mots de passe et codes de clefs qui permettent de réaliser les opérations à distance, sans en apporter la démonstration, c'est exactement que la juridiction de proximité, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et a procédé à la recherche prétendument omise, a accueilli la demande de remboursement de M. X... ; que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

REJETTE le pourvoi ;

Leçon 2 : Les fondements légitimes du droit ? « Je donne ma langue au chat »

A) Bibliographie

- P. Amssek, « L'héritage jusnaturaliste du positivisme juridique », in *Filosofía del Derecho y Problemas de Filosofía Social*, volume X, pp. 55-67 ; consultable aussi sur : <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1051/7.pdf>
- C. Bourthoumieux, « Une critique allemande du positivisme juridique », in *Revue Internationale de droit Comparé*, Paris, 1951, p.81-90.
- H. Kelsen, *Qu'est-ce que la Justice ? Et droit et morale*, éditions Markus Haller, Genève, 2012, 142p.
- H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, Paris, 1999, 367p.
- M. Villey, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 2001, 339p.

B) Cours

En lisant la bibliographie, vous vous dites que cette leçon n'est pas pour vous. Après avoir passé le Bac de philo, vous vous êtes juré que s'en était fini de toutes ces questions métaphysiques qui ne menaient de toute façon à rien. Et voilà que dès les premiers cours à la fac, on veut vous entraîner une nouvelle fois dans ces spéculations intellectuelles transcendantes.

Pourtant la question : « À quelle(s) condition(s) faut-il obéir à une norme juridique ? » sera posée lors de votre cursus juridique. Elle mérite donc que nous nous y arrêtions brièvement¹³⁶.

En effet, cette question portant sur la légitimité du droit est l'une des questions essentielles du droit qui demeure omniprésente en arrière fond de toute activité juridique.

Les fondements du droit : une question de choix

Vous noterez que cette question ne se pose pas pour les sciences de la vie, car les lois de la physique s'imposent à nous. Il n'est pas question de discuter par exemple de la légitimité de la loi de la gravitation ou à quelles conditions il faut se soumettre à la loi de la force nucléaire, car elles existent sans que l'on puisse les changer et leur substituer une autre variante.

Au contraire, les sciences humaines avec leurs lois morales, économiques, juridiques, etc., sont le fruit de notre construction intellectuelle fondée sur l'expression du libre arbitre. Elles

¹³⁶ Même si certains auteurs, à l'image de Paul Amserek, considèrent que ce n'est pas une question de nature juridique, mais plutôt de nature morale ou éthique, et qu'elle devrait donc être évitée par les juristes. Cf. rapport présenté au Congrès Mondial de Philosophie du droit et de Philosophie Sociale de Mexico, 29 juillet-6 août 1981, publié dans *Filosofia del Derecho y Problemas de Filosofia Social*, volume X, pp. 55-67

impliquent donc la présence d'une diversité de points de vue et, partant, de choix. Et qui dit choix, dit discussion.

En outre, et ce n'est pas un hasard si cette question de la légitimité du droit se pose à notre époque, les conditions sociales permettent de nous interroger sur cette légitimité. En effet, il est peu probable que cette question de la légitimité du droit en vigueur se fera entendre en Corée du Nord.

C'est pourquoi la question de la légitimité du droit qui s'applique est à la fois frustrante et salutaire. Elle est frustrante, parce que cela signifie que, tant que nous nous la posons, nous n'avons pas encore trouvé de réponse définitive. Elle est salutaire, parce que si nous nous la posons, c'est que nous vivons dans un système libéral où les individus disposent de la liberté pour en discuter

Cette question apparaît régulièrement au grand jour, au gré de certaines affaires et de situations sociales sensibles pour interroger non seulement les acteurs juridiques, mais aussi tous les citoyens, sur la justification du droit.

Illustrons à partir de l'actualité récente : un maire est-il tenu de célébrer un mariage homosexuel dans sa commune ? José Bové a-t-il le droit de détruire un champ expérimental de blé OGM au nom de la désobéissance civile ? Le juge doit-il condamner pour assassinat une mère qui abrège les souffrances de son fils aveugle, sourd et paraplégique à la suite d'un accident de la route ? L'UE peut s'ingérer dans les affaires de la Syrie en finançant les rebelles syriens opposés au régime de Bachar Al Assad ? Pourquoi faut-il attendre dix-huit ans pour obtenir la majorité ? Etc.

Autant de questions qui ont pour point commun de remettre en cause la règle de droit existante. Quelles positions s'expriment-elles sur cette question ?

Les deux courants principaux de pensée : positivisme et jus-naturalisme

Pour faire simple¹³⁷, il existe deux écoles de pensée relatives à la légitimité du droit : l'école du droit naturel et celle du droit positif.

Dans la partie citations, vous verrez une brève sélection de textes qui décrivent en grandes lignes la substance de ces deux approches.

L'école du droit positif : *Gesetz ist Gesetz*

Vous remarquerez que le courant de pensée positiviste, dont Hans Kelsen (1881-1973) est l'auteur de référence en ayant réussi à énoncer la vision la plus aboutie de cette doctrine, considère qu'une norme est légitime à partir du moment où elle est posée (*positive*), autrement dit édictée, par les autorités légitimes de l'État et qu'elle est conforme aux normes qui lui sont supérieures. Ainsi deux conditions président à la légitimité d'une norme juridique. Il faut d'une part une autorité légitime qui respecte la procédure légitime pour l'édicter. Il faut d'autre part que la norme édictée soit conforme à l'ordre normatif existant.

Pour les partisans de l'école du droit positif, le système juridique n'a pas besoin de puiser dans les autres sciences les conditions de sa validité. Il se suffit à lui-même. Une norme n'a pas besoin de satisfaire par exemple à un quelconque impératif moral pour être considérée comme valide. Une fois qu'elle est édictée par l'autorité compétente elle doit simplement être conforme à l'ordre normatif existant afin de lui permettre de conserver son homogénéité. Une norme inférieure posée doit ne pas contredire une norme qui lui est supérieure, qui ne doit elle-même pas contredire une norme qui lui est supérieure, jusqu'à arriver à la norme principale et première qui est la norme fondamentale appelée la *Grundnorm* et que nous

¹³⁷ Au sein de chaque école de pensée, il existe une multitude d'auteurs et d'approches du sujet que l'on ne peut bien évidemment pas décrire ici de manière exhaustive.

assimilons à la Constitution. Celle-ci conditionne la validité de toutes les autres normes. Selon les positivistes, le droit peut donc fonctionner en vase clos. C'est pourquoi, d'ailleurs, Hans Kelsen parle de Théorie « pure » du droit, parce que cette théorie n'est pas « souillée », selon lui, par des considérations extérieures au droit.

En lisant les propos de Hans Kelsen et de Raymond Carré de Malberg (1861-1935), célèbre juriste strasbourgeois du début du 20^{ème} siècle, vous verrez que les positivistes ne rejettent absolument pas l'existence d'autres règles morales, tel le sens de la Justice, au moment d'édicter la règle de droit. Toutefois, selon eux, ces aspects ne constituent pas des conditions de la validité d'une règle de droit.

Pourquoi ? C'est à vous de jouer maintenant. Dans l'extrait de Carré de Malberg, il y a deux raisons principales qui justifient l'approche positiviste en matière de légitimité du droit.

L'école du droit naturel : Gesetz ist Gesetz, aber...

À l'inverse, l'école du droit naturel ajoute aux conditions de validité de l'école positiviste une troisième condition. Pour être valide, une norme doit non seulement être édictée par une autorité légitime et s'insérer dans l'ordre normatif existant, mais elle doit aussi et surtout, être conforme au sens de la Justice.

Autrement dit, quand bien même une norme serait-elle édictée par le législateur, même démocratiquement élu, qui aurait suivi la procédure législative ordinaire, elle ne serait pas forcément valide. Il lui faudrait en plus de cela respecter l'impératif de Justice. C'est à cette condition que le droit devient du droit.

L'on retrouve l'exemple fondateur de cette approche dans l'Antigone de Sophocle. Là aussi, c'est à vous de jouer. En quel sens Antigone promeut-elle la vision du droit naturel face au roi Créon ? Allez, je vous aide un peu. Créon a refusé de trouver une sépulture décente pour le frère d'Antigone, ce qui, à l'époque,

constituait le pire des châtements. Il a pour ce faire édicté un décret à son encontre. Antigone remet en cause ce décret. Au nom de quels arguments ? Maintenant, vous pouvez trouver plus facilement la réponse.

Antigone vs. Kelsen

Alors, me direz-vous qui a raison ?

Au risque de vous décevoir, ni l'un, ni l'autre. Ou pour rester positif, un peu les deux.

En réalité, ces deux théories, qui ne sont pas si éloignées que cela l'une de l'autre, connaissent toutes deux des limites.

S'agissant de l'école du droit positif, l'histoire a montré que son approche peut s'avérer fort dangereuse. En effet, à la question : « le droit nazi était-il du droit valide auquel il fallait obéir ? », l'approche positiviste pousserait à répondre par l'affirmative. Hitler a été démocratiquement élu. Il a respecté les procédures d'édition des règles de droit. Les normes posées étaient donc valides. Et si nous avions été allemands, nous aurions dû nous aussi, selon cette théorie, participer à l'effort de guerre et d'holocauste « légalement » mis en place à cette époque.

La réalité a donc démontré qu'en niant la nécessité de respecter l'impératif de Justice comme condition de validité d'une norme juridique, l'école du droit positif pouvait en toute légalité envoyer l'humanité à la catastrophe.

Mais alors, me direz-vous, c'est l'école du droit naturel qui a raison n'est-ce pas ?

Elle a sans doute raison de dire que le sens de la Justice constitue l'objectif principal du droit. Oui, le droit *est ars boni et aequi* (art du bon et du juste) et sans la volonté de respecter la notion de Justice, une norme équivaut à une coquille vide.

En même temps, dire cela ne résout pas le problème fondamental. En effet, l'école du droit naturel ne précise pas de manière univoque quel doit être le contenu de la notion de Justice. Est-ce juste d'euthanasier une personne qui souffre ? Est-ce juste de supprimer la peine de mort sur la planète ? Est-ce juste de renverser le régime syrien ? Est-ce juste d'interdire les OGM, le gaz de schiste, les centrales nucléaires ? etc.

Vous avez bien conscience qu'à toutes ces questions, il n'existe pas de réponse qui obtiendra un accord unanime, loin s'en faut. La difficulté réside dans le fait que ces questions quittent la sphère du droit pour renvoyer vers celle de la morale. Or, parce que la notion de Justice n'est pas définie et que l'ordre moral est fondé dans notre société à partir de choix individuels, l'interprétation de la norme appropriée est susceptible de multiples acceptions, autant en réalité qu'il existe d'individus.

On nous dira sans doute que dans une démocratie, ces choix individuels peuvent être rassemblés autour de la notion de majorité, car c'est elle qui remporte la mise. Mais les nombreuses manifestations et oppositions, par exemple au mariage homosexuel, nous montrent que ce n'est pas aussi simple que cela. Peut-on admettre qu'une norme est nécessairement juste parce qu'elle est le fruit d'un consensus plus large au sein de la population ? Nous savons bien pourtant que la majorité n'a pas toujours raison. L'histoire a largement démontré que l'opinion publique était malléable à souhait. Rappelons-nous, Hitler aussi était soutenu par la majorité.

Ainsi, dans la pensée du droit naturel, à l'instar de celle du droit positif, la problématique de la Justice se déplace vers celle de la légitimité de l'organe qui doit décider quelle est la norme juste à appliquer. Le juge ? Le parlement ? Le peuple ? Un peu tout le monde ? Il n'y a pas de réponse tranchée. En même temps, le sentiment d'injustice continue de prévaloir dans notre société,

démontrant par la même occasion les limites de cette approche *jusnaturaliste*.

Alors, me direz-vous, n'est-ce pas finalement l'approche positiviste qui avait raison en n'étant préoccupée que par la question de la légitimité de l'autorité qui pose les normes? Oui, mais alors, que faire de l'impératif de Justice ? On ne peut tout de même pas obéir aveuglement à une norme simplement parce que les pouvoirs étatiques en ont décidé ainsi. On en revient donc à la question initiale, à l'instar du serpent qui se mord la queue.

Au final, l'on comprend bien quels sont les forces qui soutendent ces deux approches. L'on voit bien que si l'école du droit positif pousse à l'ordre, au conservatisme, à la préservation de l'état du droit existant, l'école du droit naturel favorise une approche réactionnaire qui pousse à la remise en cause, à l'évolution, au changement du droit positif.

Conservatisme ou radicalisme. Qui a raison ? Qu'en pensez-vous, vous-mêmes ? Y a-t-il une solution à la question de la légitimité du droit ou bien est-ce mission impossible d'y répondre ?

Ou peut-être ne faudrait-il simplement plus se poser cette question qui ne relève pas de la sphère du droit ? Ce serait pourtant bien difficile pour des êtres doués du libre arbitre.

C) Citations

« Le rapport qu'on admet entre justice et droit joue un rôle décisif dans la question de savoir si le droit est valable, c'est-à-dire si ces normes doivent être appliquées et observées. Sur ce point, il existe deux conceptions qui s'opposent diamétralement. Selon la première, un droit positif ne peut être considéré comme valable que dans le cas et dans la mesure où il est créé en conformité avec l'exigence de justice. Le droit valable, c'est le droit juste ; un ordre injuste du comportement humain n'as pas de validité, et n'est pas le droit dans la mesure où on ne peut signifier qu'un ordre valable. C'est-à-dire que la validité de la norme de justice est le fondement de la validité du droit positif. Selon la seconde conception, la validité du droit positif ne dépend pas de la validité de la norme de justice. Un droit positif est valable même s'il est injuste. Cela signifie, (...), qu'on ne peut pas présupposer une norme de justice comme valable si l'on considère comme valable une norme du droit positif dont la création ne correspond pas à la norme de justice. C'est la conséquence du positivisme juridique, c'est-à-dire une théorie du droit positiviste ou réaliste, par opposition à une théorie idéaliste. »

Hans Kelsen, Justice et droit naturel, in Le droit naturel, Ouvrage collectif, PUF, Paris, 1959, pp.66-67.

Positivism

« Qu'en raison comme en justice, au point de vue de l'opportunité politique comme au point de vue de l'utilité sociale, la loi ne puisse se ramener exclusivement à la volonté arbitraire du législateur, qu'au-dessus de cette volonté actuelle il puisse se concevoir et il existe effectivement des vérités ou des règles permanentes dont on puisse affirmer qu'aucune prescription

législative positive ne devrait méconnaître la supériorité transcendante, c'est ce (qui n'est pas contestable). Mais, ce qui demeure éminemment contestable, c'est la possibilité de concilier l'inviolabilité de ces règles supérieures avec le fait positif de la puissance de l'État d'une part, et d'autre part avec un second fait, encore plus grave, celui de la nécessité sociale d'une telle puissance. Les auteurs, qui ont essayé de contribuer à cette conciliation, ne paraissent pas avoir obtenu jusqu'à présent de résultats juridiques, ayant une valeur appréciable. Quelque effort que l'on tente, en effet, pour faire, dans la question du fondement du caractère impératif de la loi, la part du respect dû à ces préceptes supérieurs, on se heurtera toujours à l'obstacle insurmontable qui résulte de ce que, sur le terrain de la science du droit, on ne peut, sans compromettre à la fois tout l'ordre juridique et tout principe d'organisation étatique, ni dénier à l'autorité législative établie par la Constitution le pouvoir de discerner et de formuler des règles qui, à raison de leur valeur intrinsèque et idéale, méritent d'être érigées, en lois positives, ni davantage dénier à ces décisions positives du législateur un valeur impérative, qui d'ailleurs ne peut être mise en doute, étant donné la puissance coercitive de l'État ».

Raymond Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, tome 1, Sirey, Paris, (1920-1922), C.N.R.S. 1962, p.207.

« Dans les développements précédents, on a déjà évoqué à mainte reprise cette particularité que représente le droit- de régler lui-même sa propre création. On peut distinguer deux modalités différentes de ce règlement. Parfois il porte uniquement sur la procédure : des normes déterminent exclusivement la procédure selon laquelle d'autres normes devront être créées. Parfois, il va plus loin et porte également sur le fond : des normes déterminent – jusqu'à un certain point- le contenu, le fond d'autres normes dont elles prévoient la création. On a déjà analysé le rapport entre les

normes qui réglementent la création d'autres normes et ces autres normes : en accord avec le caractère dynamique de l'unité des ordres juridiques, une norme est valable si et parce qu'elle a été créée d'une certaine façon, celle qui détermine une autre norme ; cette dernière constitue ainsi le fondement immédiat de la validité de la première. Pour exprimer la relation en question, on peut utiliser l'image spatiale de la hiérarchie, du rapport de supériorité-subordination : la norme qui règle la création est la norme supérieure, la norme créée conformément à ses dispositions est la norme inférieure. L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ; qu'à son tour, la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité ; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale –norme supposée. La norme fondamentale hypothétique –en ce sens- est par conséquent le fondement de la validité suprême, qui fonde et scelle l'unité de ce système de création. (...) Si l'on s'en tient aux seules normes positives, le degré suprême de ces ordres est formé par leur Constitution. Il faut entendre ici ce terme en un sens matériel ; où il se définit : la norme positive ou les normes positives qui règlent la création des normes juridiques générales. (...) »

Hans Kelsen, Théorie générale du droit, Dalloz, 1922, rééd.1962, Paris, p.299

Jus-naturalisme

« CRÉON (roi de Thèbes) Ainsi tu as osé passer outre à ma loi?

ANTIGONE (fille d'Oedipe et de Jocaste): Oui, car ce n'est pas Zeus qui l'avait proclamée! ce n'est pas la Justice, assise aux côtés des dieux infernaux; non, ce ne sont pas là les lois qu'ils ont jamais fixées aux hommes, et je ne pensais pas que tes défenses à toi fussent assez puissantes pour permettre à un mortel de passer outre à d'autres lois, aux lois non écrites, inébranlables, des dieux! Elles ne datent, celles-là, ni d'aujourd'hui ni d'hier, et nul ne sait le jour où elles ont paru. Ces lois-là, pouvais-je donc, par crainte de qui que ce fût, m'exposer à leur vengeance chez les dieux? Que je dusse mourir, ne le savais-je pas? et cela, quand bien même tu n'aurais rien défendu. Mais mourir avant l'heure, je le dis bien haut, pour moi, c'est tout profit: lorsqu'on vit comme moi, au milieu de malheurs sans nombre, comment ne pas trouver de profit à mourir? Subir la mort, pour moi n'est pas une souffrance. C'en eût été une, au contraire, si j'avais toléré que le corps d'un fils de ma mère n'eût pas, après sa mort, obtenu un tombeau. De cela, oui, j'eusse souffert; de ceci je ne souffre pas. Je te parais sans doute agir comme une folle. Mais le fou pourrait bien être celui même qui me traite de folle.

LE CORYPHÉE: Ah! qu'elle est bien sa fille! la fille intraitable d'un père intraitable. Elle n'a jamais appris à céder aux coups du sort.

CRÉON: Oui, mais sache bien, toi, que ces volontés si dures sont celles justement qui sont aussi le plus vite brisées. Il en est pour elles comme pour le fer, qui, longuement passé au feu, cuit et recuit, se fend et éclate encore plus aisément. Ne voit-on pas un simple bout de frein se rendre maître d'un cheval emporté? Non, on n'a pas le droit de faire le fier, lorsque l'on est aux mains des autres. Cette fille a déjà montré son insolence en passant outre à des lois établies; et, le crime une fois commis, c'est une insolence nouvelle que de s'en vanter et de ricaner. (...) Qu'elle soit née de ma soeur, qu'elle soit encore plus proche de moi que tous ceux qui

peuvent ici se réclamer du Zeus de notre maison, il n'importe: ni elle ni sa soeur n'échapperont à une mort infâme. »

Sophocle, Antigone.

« Néanmoins le besoin du droit naturel est aussi manifeste aujourd'hui qu'il l'a été durant des siècles et même des millénaires. Rejeter le droit naturel revient à dire que tout droit est positif, autrement dit que le droit est déterminé exclusivement par les législateurs et les tribunaux des différents pays. Or il est évident qu'il est parfaitement sensé et parfois même nécessaire de parler de lois ou de décisions injustes. En passant de tels jugements, nous impliquons qu'il y a un étalon du juste et de l'injuste qui est dépendant du droit positif et lui est supérieur : un étalon grâce auquel nous sommes capables de juger le droit positif. Bien des gens aujourd'hui considèrent que l'étalon en question n'est tout au plus que l'idéal adopté par notre société ou notre « civilisation » tel qu'il a pris corps dans ses façons de vivre ou ses institutions. Mais d'après cette même opinion, toutes les sociétés ont leur idéal, les sociétés cannibales pas moins que les sociétés policées. (...) Mais le simple fait que nous puissions nous demander ce que vaut l'idéal de notre société montre qu'il y a dans l'homme quelque chose qui n'est point totalement asservi à sa société et par conséquent que nous sommes capables, et par là obligés, de rechercher un étalon qui nous permette de juger de l'idéal de notre société comme de tout autre. Cet étalon ne peut être trouvé dans les besoins des différentes sociétés, car elles ont, ainsi que leurs composants, de nombreux besoins qui s'opposent les uns aux autres : la question de la priorité se pose aussitôt. Cette question ne peut être tranchée de façon rationnelle si nous ne disposons pas d'un étalon qui nous permette de distinguer entre besoins véritables et besoins imaginaires et de connaître la hiérarchie des différentes sortes de besoins véritables. Le

problème soulevé par le conflit des besoins sociaux ne peut être résolu si nous n'avons pas connaissance du droit naturel »

Léo Strauss, droit naturel et histoire, trad. M. Nathan et E. de Dampierre, Plon, Paris, 1954, pp.14-16

« Depuis dix ans, Hitler a violé le serment qu'il avait prêté au peuple, par ses innombrables infractions au droit divin et au droit humain. Par ce fait même tout soldat, tout fonctionnaire, tout citoyen, se trouve délié de son serment de fidélité envers lui. »

Colonel Claus Schenk Graf von Stauffenberg, déclaration à lire au peuple allemand à la suite du succès de l'opération « Walkyrie » supposée renverser le régime Nazi, 1944.

D) Exercices

Exercice n°22 : dissertation

Veillez répondre à la question suivante sous la forme d'une dissertation, sans dépasser quatre pages :

A quelles conditions faut-il respecter une norme juridique ?

Leçon 3 : Les rapports entre le temps et le droit : un rendez-vous pas toujours à l'heure

A) Bibliographie

- Sur la notion et la procédure de codification, voir : <http://www.legifrance.gouv.fr/droit-francais/Guide-de-legistique/I.-Conception-des-textes/1.4.-Acces-au-droit/1.4.2.-Codification-considerations-generales>
- A. Bénabent, « Sept clefs pour une réforme de la prescription extinctive », in *Dalloz* 5 juillet 2007, n°26, p. 1800-1804
- C. Jauffret-Spinozi, *Le temps et le droit*, Thémis, Montréal, 2007, 59p .
- A. Lambert, J-C. Boulard, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, 26 mars 2013, consultable sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/134000199/0000.pdf>
- F. Ost, *Le temps du droit*, Odile Jacob, Paris, 1999, 384p.
- J-M. Sauvé, *La qualité de la loi, Audition devant la commission de travail de l'Assemblée nationale*, 6 mai 2010, consultable sur : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-qualite-de-la-loi>

B) Cours

Il est dans le monde des données intangibles avec lesquelles l'homme ne peut que composer. Nous avons parlé dans la leçon précédente des lois de la physique.

Le temps est une autre de ces composantes. Les scientifiques nous disent que le temps, tel que nous le connaissons sur la terre, est né de l'irruption de la matière. Depuis lors, se sont succédé les secondes, les minutes, les jours, les semaines, les saisons, les années, etc.

Le temps s'égrène de manière prévoyante, régulière, durable. La loi du temps en ce monde est absolue, parfaite.

Le soleil se lève et se couche de manière si précise que nous en connaissons les horaires depuis l'aube de l'humanité et nous sommes aussi grâce à cette logique implacable à même d'envoyer dans l'espace des astronautes, car nous savons calculer à la seconde près le passage du temps.

Les lois religieuses ont aussi engagé le pas à la suite de la loi du temps. Miracle humain ou divin, les livres de foi s'inscrivent dans l'intemporel. Puisque Dieu ne change pas, disent-ils, ses lois ne devraient-elles pas en faire de même ?

Et le droit ? Avec l'appétit de contrôle qui caractérise les juristes, ceux-ci voudraient contrôler le temps, le réguler. Parfois, ils font comme si le temps n'existait pas. Que le droit parvienne à imiter le temps, ne serait-ce pas faire justice ? Quelquefois, ils y parviennent. Bien souvent, ils échouent et le temps leur échappe. Le rendez-vous avec le temps est manqué.

Le droit prévoyant, oui mais

La loi du temps est prévoyante, la loi humaine devrait l'être également. Le sens de la Justice commande que les comportements

humains soient régis en fonction d'une loi existante, d'un modèle de référence.

Puisque le jugement est entièrement justifié par la connaissance de la part de l'individu de ce qu'il peut ou ne peut pas faire, la loi doit exister en amont de sa prise de décision. Sans connaissance **préalable** de la loi, comment pourrait-on dès lors être jugé en toute connaissance de cause ? Ce serait arbitraire.

Le principe de non-rétroactivité de la loi dans le temps

Ce principe fondamental se retrouve dans de nombreux textes de lois. Pour n'en citer que quelques-uns :

- *Art. 8 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 : "[...] Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit [...]"*
- *Art. 14 de la Déclaration des droits et des Devoirs de l'Homme et du Citoyen du 5 fructidor de l'an III : "Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif."*
- *Art. 2 du Code civil : "La Loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif"*
- *Article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme- : Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.*

Deux raisons principales justifient donc qu'une loi ne puisse régir rétroactivement deux situations passées :

- pour une raison pratique : la remise en question de situations anciennes provoquerait de grands bouleversements ;

- pour une raison sociale : on tromperait le public si on remettait en cause les actes passés antérieurement, actes conclus par rapport aux lois de l'époque.

Les exceptions au principe de non-rétroactivité

L'on admet néanmoins quelques exceptions à la règle de non-rétroactivité de la loi dans le temps sans qu'elles relèvent pourtant, nous dit-on, de l'arbitraire.

En droit pénal, l'exception s'appelle la rétroactivité *in mitius*.

L'article 112-1 du nouveau Code pénal qui la définit comme suit :

*Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes.*¹³⁸

À cet égard, il faut préciser que la rétroactivité ne peut intervenir que pour des situations qui sont en train d'être constituées. Toute situation valide et fixée ne peut plus être remise en cause. C'est en ce sens qu'il est parlé d'« infractions commises » qui n'ont « pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée ». Ce qui a déjà été définitivement jugé et purgé ne peut donc plus être rattrapé.

Les deux autres exceptions au principe de non-rétroactivité d'une loi concernent les lois interprétatives et les lois d'ordre public relatives au contrat.

Dans le premier cas, il s'agit d'une loi qui a pour but de clarifier le sens d'une loi préexistante, sans innover les règles qu'elle contient.

¹³⁸ Sur la reconnaissance de ce principe en droit international public, voir aussi : l'article 15 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques, l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 9 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

On considère dès lors que la loi interprétative fait corps avec la loi principale et que, au moyen d'une fiction, sa date d'entrée en vigueur est celle de la loi principale. En conséquence, si une situation survient entre l'entrée en vigueur de la loi principale et l'édition de la loi interprétative, cette situation sera interprétée à la lumière de la loi interprétative qui s'appliquera de manière rétroactive.

À vous de jouer. Cherchez un exemple de loi interprétative.

Au demeurant, selon moi, lorsque le juge de cassation interprète la loi dans une affaire et qu'il rend un arrêt de principe, cet arrêt produit les mêmes effets que ceux d'une loi interprétative. Par fiction, le sens dégagé par cette interprétation doit être incorporé dans la loi comme s'il s'y trouvait depuis l'entrée en vigueur de cette loi. Partant, la situation sera en règle générale régie immédiatement par cette nouvelle interprétation. Mais nous l'avons déjà vu, le juge peut retarder dans le temps l'application de sa nouvelle jurisprudence.

Dans le second cas, il est de règle que les contrats conclus antérieurement à une nouvelle loi demeurent régis par la loi sous l'empire de laquelle ils ont été conclus. Si vous empruntez par exemple de l'argent à un taux conclu avec l'organisme prêteur et que, à la suite de la conclusion de ce contrat, l'État limite le montant des taux, votre contrat demeurera soumis au taux existant.

En revanche, si la nouvelle loi est d'ordre public, autrement dit si elle est indérogeable parce qu'elle touche à des valeurs essentielles de la société, le contrat existant sera immédiatement régi par ces nouvelles dispositions, comme si ces dernières avaient existé au moment de la conclusion du contrat.

Prenons un cas pratique. La société « du plomb dans l'aile » avait passé un contrat de distribution de trois ans avec les magasins « Qui va à la chasse... » pour la distribution de munitions contenant des billes de plomb. Mais par la suite, l'État interdit la

vente d'objets contenant du plomb. En conséquence, bien que passé antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le contrat de distribution ne pourra plus se poursuivre. La loi d'ordre public s'appliquera à ce contrat de manière rétroactive.

Pouvez-vous trouver un exemple similaire tiré de l'actualité ?

Ces exceptions peuvent sans doute se comprendre, même si, il ne faut pas l'oublier, la qualification de loi interprétative ou d'ordre public appartient à celui-là seul qui l'édicte et peut donc être source d'arbitraire. Plus grave sont toutefois les situations dans lesquelles les dispositions nouvelles s'appliquent de manière rétroactive, sans que l'État ne l'admette. Ce genre de situation survient surtout en matière fiscale, ce « nerf de la guerre » qui peut justifier beaucoup de chose.

Il en est ainsi pour ce que l'on appelle les rétroactivités périodiques. En effet, l'article 5 du décret du 9 décembre 1948 a fixé la règle suivant laquelle, en matière fiscale, pour certains impôts (Impôt sur les revenus et Impôt sur les sociétés), la règle applicable est celle qui est en vigueur au 31 décembre de l'année d'imposition. Cela signifie que les bénéfices réalisés au cours de l'année seront imposés en fonction des dispositions nouvelles qui auront été édictés dans la nouvelle loi de finance votée généralement en fin d'année. Autrement dit, les personnes imposées ne savent jamais « à quelle sauce, ils seront mangés »¹³⁹, pour reprendre l'expression du professeur Cozian, puisque les règles du jeu sont fixées lorsque le jeu est déjà bien entamé.

Il en va de même de ce que l'on appelle les lois de validation. Il s'agit là d'un procédé du législateur par lequel celui-ci déclare valide une disposition réglementaire que le juge avait

¹³⁹ M. Cozian. *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 10^{ème} éd. Paris, cité par, M. Messi, *Nul n'est censé ignorer la loi fiscale*, L'Harmattan, Tome 1, Paris, 2007, p.51.

préalablement jugée non conforme au droit. Le but est donc de faire échec à la décision du juge pour la remplacer par une loi générale et abstraite insusceptible de remise en cause. Cette pratique rétroactive est généralement justifiée au nom de l'intérêt de l'État. Heureusement, la CourEDH veille lorsque ces lois de validation produisent des excès qui portent atteinte aux garanties d'un procès équitable.¹⁴⁰

Une des lois de validation les plus célèbres concerne l'affaire Perruche que nous avons abordée plus haut. Sauriez-vous trouver de quoi il s'agissait ?

Le droit durable, oui mais

La sagesse est liée à la prudence. Ce n'est pas un hasard si les hommes sages du droit furent appelés les *juris-prudents*.

L'idée des hommes a été de graver les lois dans le marbre.

La durée d'une loi est notamment liée à la qualité de sa rédaction et au caractère abstrait de ses énonciations. Portalis, l'un des inspirateurs principaux du Code civil français a pu dire avec son génie : « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds et non de descendre dans les détails des questions qui peuvent naître sur chaque matière* »¹⁴¹.

Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, texte plus que bicentenaire, est toujours autant d'actualité. La qualité de ses maximes générales et abstraites résiste à l'épreuve du temps.

¹⁴⁰ Voir par exemple ; CourEDH, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], 28 octobre 1999, n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96.

¹⁴¹ Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil et autres textes*, 1803.

Ajoutons à cela, l'œuvre de codification. Les codes ont en effet pendant longtemps représenté ces tablettes de marbre qui avaient vocation à durer. La réunification des textes dans un recueil commun assure la prévoyance, mais aussi la permanence d'un texte. Certains codes ont duré plus d'une centaine d'années sans véritable réforme d'ampleur.

Mais le rythme social effréné ne laisse pas indifférent le travail du législateur. Les relations sociales s'accroissent, se compliquent, s'enveniment aussi. Les avancées scientifiques se produisent à une allure vertigineuse. L'accès aux informations se développe au point de donner le tournis. Les majorités politiques se font et se défont.

Pourtant le travail vite fait, ne peut être bien fait. La qualité des textes et leur cohérence s'en ressent donc. Les textes de loi s'enchaînent, s'entrechoquent, disparaissent puis réapparaissent, comme les vagues de la mer.

Le juge lui doit réparer les pots cassés. Mais c'est bien là une mission impossible avec les moyens du bord. Il suffit de regarder les délais de recours et le stock des affaires en attente d'être jugées. Pour certains tribunaux, tels les tribunaux administratifs, il dépasse quatre ans. Les conséquences ? Les justiciables sont frustrés, perdent leur confiance dans le système juridictionnel et sont doublement sanctionnés, car, en cas de délai déraisonnable, l'État peut être condamnée à une faute lourde. Tant mieux pour le requérant lésé. Mais n'oublions pas, l'État c'est nous, les contribuables.

Le droit régulier, oui mais

Le temps crée des obligations, mais il peut aussi les faire disparaître. L'exemple le plus marquant est celui des délais et, plus précisément, la question des prescriptions. La prescription acquisitive crée le droit, la prescription extinctive l'éteint.

La prescription acquisitive concerne l'acquisition d'un bien réel, tel que la propriété immobilière qui s'obtient par trente ans de possession. Elle se nomme l'usucapion.

La prescription extinctive (art.1234 et 2219 et suivants du Code civil) fait perdre un droit par son non-usage. Elle concerne la prescription des créances ou des dettes, mais aussi des délais pour agir en justice. Si une personne dispose d'un droit pour former un recours en justice, elle doit néanmoins respecter certains délais (art. 30 et 122 du NCPC).

Ces délais assurent une part de régularité et de sérénité. L'objectif est simple :

« En instituant des délais, le législateur a cherché d'une part, à assurer la protection du défendeur et le caractère contradictoire des débats, et, d'autre part, à éviter les effets de la disparition des preuves. Il a estimé enfin souhaitable d'éviter que l'une ou l'autre des parties néglige de mener le procès avec diligence et que, sans nécessité, elles en fassent ainsi, volontairement ou par négligence, perdurer l'instruction. »¹⁴²

En même temps, il n'existe aucune unité entre les délais de prescription. Et il n'est pas aisé pour les juristes de connaître la valse des chiffres.

La réforme du droit des prescriptions du 17 juin 2008 fixe, en dehors des cas particuliers, un délai qui passe de 30 ans à 5 ans pour agir. Mais les cas particuliers sont nombreux. En outre, le délai ne court plus à partir de la survenance de l'évènement, mais à partir du moment où l'on en prend connaissance, allongeant en réalité ce délai à une durée maximale de 20 ans fixée par le législateur.

¹⁴² « Délais de procédure », in *Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo*, à l'adresse suivante : <http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/delais-de-procedure.php>

L'action devant un tribunal administratif doit se faire dans les 2 mois suivant la prise de décision.

Une action en référé, autrement dit un recours dans une situation d'urgence avant que le dommage ne devienne irréversible, est de 15 jours.

Le droit d'interjeter appel ou former un pourvoi en cassation est de 2 mois, mais lorsqu'il s'agit d'un recours devant la chambre criminelle de la Cour, le délai est porté à 5 jours !

Devant la CourEDH, c'est un délai de 6 mois qui est prévu, à la suite de la décision interne devenue définitive. Mais ce qu'est une décision interne devenue définitive n'est pas chose aisée à déterminer. De plus, ce délai risque bientôt de passer à 4 mois.

S'agissant des actions pénales, l'action se prescrit par 1 an pour les contraventions, 3 ans pour les délits, 10 ans pour les crimes. Toutefois, s'agissant des crimes à l'encontre des mineurs, le délai court à partir de la majorité des victimes. Pour les viols, attouchements sexuels sur un mineur de moins de 15 ans ou commis par un ascendant, une personne ayant autorité ou par plusieurs personnes le délai de prescription est de 20 ans à compter de la majorité de la victime. Si le même fait est commis par une autre personne, alors le délai de prescription tombe à 10 ans à compter de la majorité de la victime. Pour ce qui est des crimes contre l'humanité, le délai devient alors imprescriptible.

Nous pourrions encore multiplier les exemples. Mais vous comprenez certainement qu'un petit effort d'harmonisation ferait du bien à tous ces délais qui ont pour effet la forclusion des actions. Clarté et simplicité du droit sont deux conditions essentielles en vue de sa légitimation.

■ *Éclairages, conseils et astuces*

- Quand vous traiterez d'une affaire, que vous commenterez un arrêt ou
- résoudrez un cas pratique, ayez toujours le réflexe de vous demander dans
- quelle mesure la question du temps joue-t-elle sur la situation ? C'est une
- clef de compréhension incontournable qui vous permettra parfois de
- comprendre le sens des évènements.

C) Citations

« L'office de la loi est de régler l'avenir ; le passé n'est plus en son pouvoir. Partout où la rétroactivité serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. »
« Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure ? »

*Portalis,
Discours préliminaire du premier projet de Code civil et autres
textes, 1803, art.2*

*Article 6 du Code civil
Créé par Loi 1803-03-05 promulguée le 15 mars 1803*

On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Source : www.politique.net, le 18 juin 2008

Inflation législative : la France a dépassé les 10 500 lois et 127 000 décrets

(...)

En 2000, le Conseil d'État avait déjà fait un décompte : la France comptait 9 000 lois et 120 000 décrets. Aujourd'hui, selon les calculs de Philippe Sassier et Dominique Lansoy, on en est à 10 500 lois et 127 000 décrets. La tendance est à la hausse et les députés ne sont pas prêts de ralentir le rythme : depuis des années, le gouvernement oblige les députés à travailler un peu plus en organisant des sessions extraordinaires du parlement au mois de juillet. Et quand l'Europe s'y met, l'arsenal juridique s'emballa : à ces 10 500 lois, il faut ajouter 7 400 traités et 17 000 textes communautaires.

(...) Entre 1986 et 2006, le Journal Officiel est ainsi passé de 7 000 à 17 000 pages ! Parfois, des lois votées ne sont toujours pas appliquées plusieurs mois après leur adoption définitive car les décrets n'ont pas été publiés, souvent par négligence ou parce que l'appareil juridique ne suit pas le rythme infernal imprimé par les députés.

La "loi émotion", principale cause de cette inflation

L'une des principales causes de cette inflation législative est le recours systématique à la loi dès qu'un problème se présente. La "loi émotion" est décidée sous la pression médiatique et a pour fonction de donner aux médias l'image d'un pouvoir réactif, qui travaille.

Cette inflation législative pose un véritable problème dans la gestion de l'État. L'administration d'État est paralysée par l'accumulation de textes législatifs qui s'entrecroisent. Par ailleurs, la multiplication des lois décrédibilise de plus en plus un pouvoir, incapable de s'assurer que les lois sont bien respectées. A

plusieurs reprises, des lois ont été annoncées alors que les mesures qui y figurent étaient déjà présentes dans des lois existantes... non appliquées.

D) Exercices

Exercice n°23 : cas pratiques

Cas pratique n°1

Michel et Paul ont depuis plusieurs années l'habitude d'accueillir leurs nouveaux condisciples à la Faculté de droit en leur faisant passer l'épreuve du « rite initiatique ». Cette année, l'acte d'« intégration » consiste à lancer un appel téléphonique à différents professeurs de 1^{ère} année soit en leur faisant une déclaration d'amour, soit en les menaçant de mort.

Un an après que les nouveaux étudiants se furent exécutés, le gouvernement décida d'édicter une nouvelle loi réprimant pénalement le bizutage.

Sa teneur est la suivante :

Section 3 bis – Du bizutage

« Article 225-16-1.- Hors les cas de violences, de menaces ou d'atteintes sexuelles, le fait pour une personne d'amener autrui, contre son gré ou non, à subir ou à commettre des actes humiliants ou dégradants lors de manifestations ou de réunions liées aux milieux scolaire et socio-éducatif est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 Euros d'amende.

« Article 225-16-2.- L'infraction définie à l'article 225-16-1 est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende lorsqu'elle est commise sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur.

« Article 225-16-3.- Les personnes morales peuvent être déclarées responsables, pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions commises lors de manifestations ou de réunions liées aux milieux scolaire et socio-éducatif prévues par les articles 225-16-1 et 225-16-2.

**« Les peines encourues par les personnes morales sont :
L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38. Les peines mentionnées aux 4° et 9° de l'article 131-39. »**

Question : Michel et Paul se demandent s'ils sont susceptibles d'être condamnés. Les étudiants « peu commodes » de la volée précédente les ont en effet dénoncés à la présidence de la faculté.

Leçon 4 : Le positionnement du droit français dans l'espace : Au-delà de mon bourillon

A) Bibliographie

- Sami Awad Aldeeb Abu-Sahlieh. *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, Paris, 2005, 461p.
- Jean Blondeel, « La Common Law et le droit Civil », in *Revue Internationale de droit Comparé*, 1951, vol.3, p. 585-598.
- C. Jauffret-Spinozi, « Comment juge le juge anglais », in *droits, Revue française de théorie juridique*, n°9, 1989.
- R. Legeais, *Grands systèmes contemporains. Approche comparative*, Litec LexisNexis, 2^{ème} édition, Paris, 494p.
- T. Rambaud, *Introduction au droit comparé ; les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, Paris, 2017, 320p.
- N. Rouland, *Aux confins du droit*, Odile Jacob, Paris, 1991, 318p.

B) Cours

Tout au long de ce livre, nous avons essentiellement parlé du droit tel qu'il existe en France. C'est compréhensible. Pour la plupart d'entre vous, vous allez vous référer au droit français ou francophone dans votre monde professionnel et privé. Pour des raisons de simplicité et de facilité de compréhension, ce droit a été divisé par les juristes en plusieurs branches et sous-branches.¹⁴³

La France n'est toutefois pas le centre du monde et, avec le développement des moyens de transport et de communication, il est de plus en plus probable que vous vous retrouviez un jour confrontés à des règles de provenance étrangère. En outre, quand bien même ne serait-ce pas le cas, le fait de se familiariser avec des mondes différents a toujours constitué un enrichissement indéniable. La comparaison produit de beaux fruits. Elle relativise notre savoir et nous pousse à l'humilité. Au demeurant, l'effort de regarder au-delà de notre frontière nationale nous permet de mieux comprendre le fonctionnement de notre propre système juridique.

Le droit est le produit d'un système social, construit avec le temps à partir des données existantes sur le territoire de nature économique, culturelle, linguistique, religieuse, etc.

En ce sens, on devrait plutôt parler, non pas du droit, mais des droits. Combien ? À la fois beaucoup et peu.

Beaucoup, car à chaque État, un droit propre. Ainsi, nous sommes en présence d'au moins 193 droits différents sur la planète¹⁴⁴. Impossible donc pour un juriste, spécialisé en droit comparé, de

¹⁴³ Voir le tableau de références dans la partie des citations, infra.

¹⁴⁴ En plus des systèmes juridiques étatiques, il existe également des ordres juridiques internationaux, des ordres juridiques internationaux régionaux, des ordres juridiques fédéraux, etc. qui viennent se rajouter à cette longue liste.

faire le tour de tous les ordres juridiques, d'autant plus compte tenu des phénomènes de complexification des ordres juridiques et de l'inflation normative qui se rencontre sur toute la planète¹⁴⁵.

En même temps, il y en a peu, car bien que tous ces ordres se composent de normes juridiques et d'institutions uniques, leur structure générale et les principes qui les fondent sont relativement proches. Nous en avons déjà parlé au début de ce livre en abordant la structure constitutionnelle de l'État. Nous avons dit que s'il existait de très nombreuses constitutions, il y avait pour tous les États démocratiques essentiellement deux types de régimes : le présidentiel et le parlementaire. Le reste n'était en grande partie constitué que de dérivés de ces deux modèles principaux.

Les auteurs qui se sont spécialisés dans l'étude comparée des grands systèmes de droit contemporains ont dégagé quatre modèles juridiques suffisamment distincts les uns des autres pour être considérés comme des systèmes à part entière.¹⁴⁶

Il est en effet remarquable de constater que la planète entière se soumet seulement à quelques types de droits spécifiques.¹⁴⁷ Par le biais, d'interactions humaines – essentiellement de colonisations, conquêtes et de guerres – des États à divers endroits de la planète,

¹⁴⁵ Voir la leçon 3 de la 3^{ème} Partie.

¹⁴⁶ Cette division du monde en parts est certainement sujette à critique, car toute distinction dépend des critères utilisés. Or, vu le nombre de critères existants pour décrire un système de droit, le nombre de combinaisons est quasiment illimité. Cette division n'a donc pour autre fonction que d'être pédagogique en sensibilisant à quelques-unes de ces différences.

¹⁴⁷ Et encore, ces quatre systèmes juridiques connaissent un nombre non-négligeable de points communs. Par exemple, l'on distingue le droit de *common-law* du droit romano-germanique par rapport au rôle du juge et de la loi, alors que, sous certains aspects, la formation jurisprudentielle du droit administratif français apparaît bien plus proche de la formation du droit de *common law* qu'elle ne l'est du droit civil français.

tel que le Japon, l'Australie, le Mexique, le Congo ou la Turquie, ont emprunté à des sources similaires l'organisation, le fonctionnement et les règles de leur système juridique.

Ces quatre systèmes sont celui de droit civiliste romano-germanique, de *common law* anglo-saxon, de droit théocratique musulman et droit coutumier et tribal.

Il m'est impossible ici de tous les décrire de manière détaillée, mais permettez-moi, de vous mettre l'eau à la bouche pour poursuivre par vous-mêmes les investigations sur leurs points de divergence et de rapprochement. Peut-être un jour aurez-vous l'occasion de pratiquer le droit au sein de l'un de ces systèmes.

« Mon Dieu et mon droit » ou « Dieu est mon droit »¹⁴⁸

C'est une toute petite lettre, un "s", mais elle fait une grande différence. La première expression énonce une alternative, la seconde une unité.

Dans le premier cas, nous sommes en présence d'un droit laïc qui s'appuie sur la distinction entre les règles divines et les règles étatiques, alors que dans le second cas, les droits religieux et étatique ne font qu'un.

Ce petit "s" fonde la distinction essentielle entre le système de droit théocratique musulman et les autres systèmes juridiques.

Dans l'ordre théocratique musulman, Dieu est le législateur suprême et unique. Selon l'Islam, Dieu a énoncé ses lois par le biais du prophète Mahomet dans le Coran. Le Coran constitue non seulement la référence du comportement religieux et moral à obéir, mais il est aussi la référence du comportement social et juridique à

¹⁴⁸ Cette distinction n'est pas de moi. On la doit à Bernard Beignier & Corinne Bléry, *Introduction au droit*, Lexis Nexis, 4^{ème} édition, Paris, 2014.

respecter. droit et religion ne font donc qu'un, d'où l'expression « Mon Dieu **est** mon droit ».

L'approche est différente au niveau des objectifs. Tout croyant musulman doit adorer Dieu, tout citoyen d'un État musulman doit avoir un comportement conforme à l'adoration de Dieu. Il n'est pas question de rechercher en premier lieu l'objectif de justice humaine, mais de vérité divine. C'est pourquoi, l'on parle aussi de droit/droits à se référant à la notion de vérité (Haq/Houqouq)

La loi contenue dans le Coran s'appelle la Shari'a. Les propos et comportements de Mahomet fixés dans les récits traditionnels se nomment la Sounnah. La Shari'a signifie le chemin qui mène à la source qui ne se dessèche jamais. Cette source, selon l'Islam, est la parole révélée que contient le Coran.

Cela ne signifie toutefois pas que tout est réglé par le Coran. Comme l'affirme notamment le professeur Sahlieb, il existe trois degrés d'intervention du Coran:

« Si la question à régler fait l'objet d'un texte du Coran ou de la Sounnah, à la fois authentique et clair, la nation ne peut que s'y soumettre ; elle ne saurait établir une règle contraire.

Si le sens peut prêter à différentes interprétations, la nation peut essayer d'en déduire une solution à partir de la compréhension du texte, en préférant une interprétation à une autre.

En l'absence de texte, la nation est libre d'établir la norme qui lui convient, à condition que cette norme soit dans le respect de l'esprit du droit musulman et de ses règles générales et qu'elle ne soit pas contraire à une autre norme musulmane. »¹⁴⁹

¹⁴⁹ Sami Awad Aldeeb Abu-Sahlieh. *Introduction à la société musulmane : Fondements, sources et principes*, Eyrolles, Paris, 2005, p.19.

Seule la première hypothèse admet l'unique intervention du Coran. Elle concerne essentiellement les relations entre les hommes et Dieu. Pour le reste (le *fiqh*), l'État peut intervenir au moyen du droit positif afin de régler ses relations avec les hommes et celles des hommes entre eux, mais toujours dans le respect du Coran et de la *Sounnah*.

Pour ce qui est du rôle des juges, celui-ci reste limité à une interprétation textuelle sous la forme d'analogies. Leur marge de liberté est donc fortement limitée afin de ne pas porter atteinte à l'intégrité du texte.

Dans un droit laïc, fut-il romano-germanique ou anglo-saxon, la loi est une œuvre humaine tirée de sa raison. Son objectif est de permettre la manifestation de la Justice. L'État est le garant de son effectivité. Il cantonne l'application de la loi religieuse et les relations entre Dieu et les hommes à la sphère privée de l'individu. Quant au juge, l'étendue de son intervention varie fortement en fonction du type de régime.

Le rôle du juge dans le droit romano-germanique et anglo-saxon

Si le droit romano-germanique est un droit de la loi et du code, le droit anglais est lui un droit des juges. Ceci s'explique avant tout par des raisons historiques.

Depuis 1066 et la conquête de Guillaume le Conquérant, l'instauration et le développement du droit anglo-saxon s'est fait par le biais des juges. Ils sont les garants de la justice et le moteur principal de création des règles de droit. Au contraire de la France qui s'est méfié de la figure du juge, car les parlements de l'Ancien régime (juridictions) posaient de nombreux obstacles au pouvoir exécutif pour mettre en œuvre sa politique, le droit anglais s'est essentiellement développé à partir de la coopération entre le roi et les juges de *common law*. Et même lorsqu'en 1621 le roi dut intervenir pour faire plier les juges de *common law* face à la cour

du Chancelier, le nouvel ordre juridictionnel qui s'ensuivit, composé dorénavant des juridictions de *common law* et des juridictions d'*equity*, n'a pas lésé les premières, bien au contraire. Il a permis aux juges de *common law* d'obtenir de la part du roi la légitimité, l'autonomie et la priorité dans le traitement des affaires juridictionnelles. Ne dit-on pas d'ailleurs : « *Equity follows the law !* » ?

La *common law* consacre la primauté de la jurisprudence dans la création du droit, car elle fournit aux juges les conditions nécessaires pour ce faire.

En effet, il n'existe pas d'article 5 du Code civil en droit anglais. Et même si, après deux siècles de pratique, les juristes civilistes français se rendent enfin compte du caractère idéologique de cette disposition qui ne résiste pas à l'épreuve de la réalité, ils ont du mal à se défaire de certaines habitudes.

En droit anglais, le juge rend en toute légalité, sans gêne, ni mauvaise conscience, des arrêts comportant des règles de droit générales et abstraites. Il les appelle *precedents*.

Si la juridiction suprême rend un tel arrêt, les autres juridictions, de niveau inférieur ou égal, doivent respecter la solution juridique en pareil cas. C'est ce que l'on appelle le *stare decisis* ou encore le *binding case*¹⁵⁰.

Ainsi, lorsqu'un juge traite d'une affaire, il se demandera toujours s'il existe un *precedent* lui permettant de résoudre l'affaire. Il vérifiera donc tout d'abord (1) si une juridiction d'un niveau égal ou supérieur a rendu une décision et ensuite si (2) les faits sont similaires à celle qu'il doit résoudre à présent. Bien évidemment, aucune affaire n'est parfaitement identique. C'est pourquoi, il

¹⁵⁰ Cette règle existe depuis plusieurs siècles. Elle a été confirmée et officialisée par la Chambre des Lords en 1898 dans l'affaire *London Street Tramways Ltd. V. London Country Council*, AC, 375.

existe toujours une marge de manœuvre de la part des avocats et des juges tantôt pour rapprocher les deux affaires, tantôt pour les distinguer (*distinguishment*). L'objectif des juristes est donc d'étudier chaque décision afin de trouver la règle principale que contient un arrêt, son essence en quelque sorte. On appelle cela la *ratio decidendi*. On le distingue des autres considérations des juges qui ne se rapportent pas directement à la résolution de l'affaire et que l'on nomme les *obiter dicta* qui vient du latin « en passant ». C'est ce *ratio decidendi* que j'ai cherché à vous faire toucher du doigt au cours de cet ouvrage. C'est cela la règle de droit spécifique et concrète.

Il faut savoir qu'avec le nombre grandissant des décisions, qui ne sont d'ailleurs pas toutes « bonnes », le juge anglais connaît de plus en plus de difficultés à suivre la règle du *precedent*. C'est pourquoi, dans des cas exceptionnels, certaines juridictions, dont la Cour d'appel, ont été amenées à s'écarter des décisions passées qui semblaient avoir valeur de *precedent*.¹⁵¹

Certains auteurs observent que le droit anglais, qui laisse une part de plus en plus large au droit écrit provenant du législateur, le *Statute Law*, tend à se rapprocher du droit romano-germanique. Ils ajoutent que les droits européens de l'Union Européenne et du Conseil de l'Europe contribuent à ce rapprochement.

Ce rapprochement doit néanmoins être relativisé. Le contenu des normes a sans doute tendance à s'harmoniser dans certains domaines. Mais l'esprit qui se dégage du système juridique tout entier demeure propre et bien séparé. Le juriste anglais raisonne et raisonnera différemment du juriste français pendant encore de nombreuses années.

Et le droit coutumier et tribal ?

¹⁵¹ Voir par exemple : *R v R* (1992) 1 AC 599 et *Anderton v Ryan* (1985) All ER 355.

■ voyage et vécu au contact de gens de culture et de langue différentes.

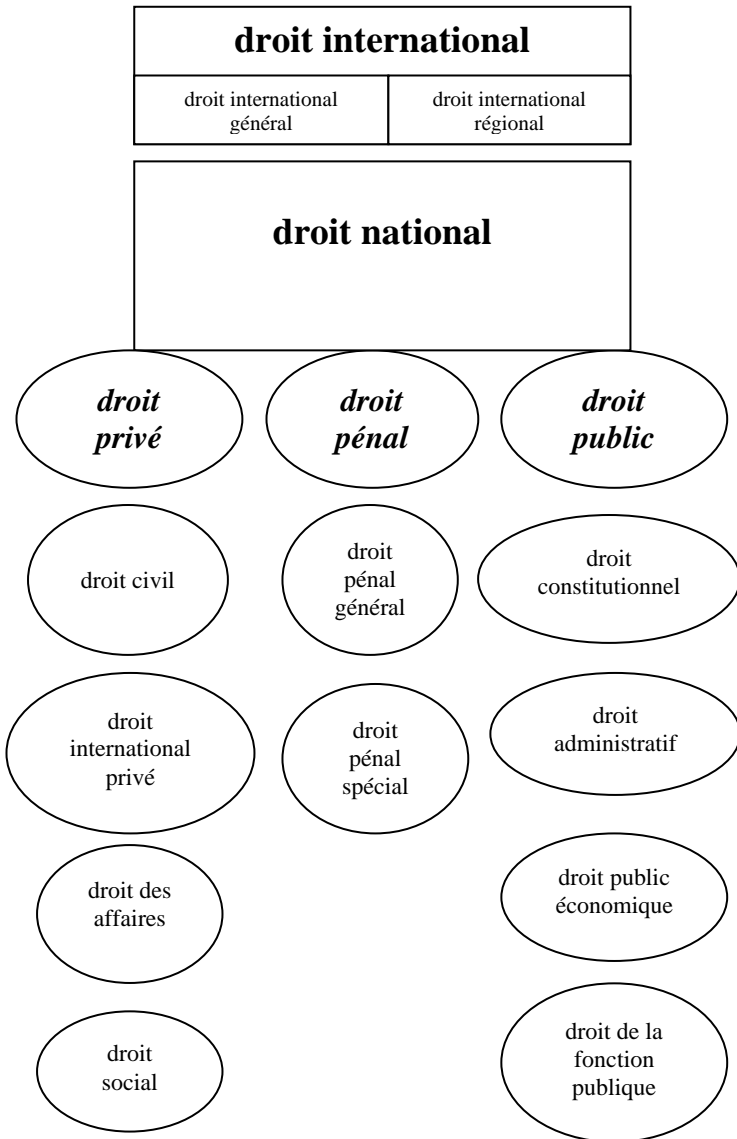
C) Citations

« ...la common law, bâtie de décision en décision par la pratique judiciaire des Cours, apparaît comme étant essentiellement une œuvre de raison (reason), exprimant le sentiment de la justice et de l'opportunité politique du XIII^{ème} siècle, qui est le grand siècle de son élaboration. »¹⁵³

« On peut se rendre compte ainsi que la common law commence par être un ensemble de données procédurales. Mais les solutions de fond vont peu à peu se multiplier. Avec certaines méthodes, notamment pour limiter l'arbitraire, l'ensemble fera un système de droit. »¹⁵⁴

¹⁵³ R. David, *Cours polycopié de droit comparé 1961-1962*, Paris, p.49.

¹⁵⁴ R. Legeais, *Grands systèmes contemporains. Approche comparative*, Litec LexisNexis, 2^{ème} édition, Paris, p.14.



D) Exercices

Exercice n°24 : brefs cas pratiques

Veillez indiquer à quelle branche du droit correspond chacune des situations suivantes :

- 1) Claude refuse de remettre l'appartement de Jean qu'il a loué durant plusieurs années en état.**
- 2) L'Ukraine se plaint devant la Cour Internationale de Justice des traitements subis par sa population en Crimée.**
- 3) Les autorités fiscales avisent la famille Dupré d'un redressement fiscal en raison de certaines omissions minimales dans leur déclaration d'impôts.**
- 4) La maire de Genève refuse à l'association pour l'interdiction des expérimentations animales l'autorisation d'installation d'un stand d'information.**
- 5) Max subtilise le scooter d'Emeric.**
- 6) Rasheed fonce avec un camion de 18T sur une foule rassemblée pour écouter un concert de Hardrock.**
- 7) Jeanne et Jean concluent un bail commercial au sein d'un centre commercial.**
- 8) Pierra démissionne de son emploi chez H&AIME pour reprendre ses études de traduction.**

9) François se fait une hernie discale en ramassant des cartons d'archives à son travail.

10) Le président de la République signe des ordonnances modifiant le droit du travail.

Exercice n°25 : question de recherche

A partir d'un ouvrage de droit comparé, veuillez trouver un exemple en droit pénal et un en droit privé comportant une différence dans l'application du droit français et du droit suisse, puis du droit français et du droit anglo-saxon britannique.

CONCLUSION DU LIVRE : LE DROIT ET LE NON-DROIT

L'esprit fixé sur un objet, la tendance guette de ne voir que qui occupe notre esprit. Nous venons de passer plusieurs centaines de pages à ne parler essentiellement que de droit. Le droit n'est pourtant pas tout et il n'explique pas tout. Vous vous souvenez sans doute de la phrase célèbre du Doyen Carbonnier énoncée dans l'introduction « le droit est infiniment plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes ». Le droit est donc souvent dépassé par les événements pour le dire en termes familiers. Cette petitesse devrait nous pousser à la modestie et à la relativité par rapport à la capacité du droit de régir notre société.

Étudiant, je plaçais beaucoup d'espoirs dans le droit. Un jour, alors que je poursuivais mes études en deuxième année, je me fis voler mon seul moyen de locomotion pour me rendre à la fac : ma mobylette qui m'avait jusque-là rendu de nombreux services. Les recéleurs avaient été retrouvés et arrêtés. Je me rappellerai toujours ma première convocation devant le juge du tribunal correctionnel et la crainte qui me saisit au moment de devoir me prononcer pour identifier les prévenus. Ensuite, mon jugement en poche condamnant les coupables à me rembourser 5'000 Francs (environ €760), je me mettais à rêver d'un nouveau deux-roues flambant neuf.

Quelle erreur ! Je goûtais dès cette époque-là au décalage entre le droit et la réalité. Les jeunes condamnés étaient insolvables. Ils vivaient chez leurs parents qui étaient eux aussi atteints du même mal. Je ne laissais pas tomber. Ma prof de droit pénal m'avait parlé de la CIVI, une commission d'indemnisation des victimes d'infraction, un organe créé par l'État en vue d'indemniser ceux

qui ne pouvaient l'être pour ce type de raisons. Mais quelle déception là aussi de constater avec mon avocat, rétribué par l'aide juridictionnelle, que la Commission n'intervenait en réalité que pour des infractions d'une certaine gravité qui n'englobait pas le vol simple.

Mon jugement - ce chèque en bois – ne m'a donc servi à rien. Je constatais que l'exécution des jugements manquait sérieusement d'effectivité. Le délit ne rétribuerait-il pas mieux que le droit au bout du compte ? Cruel retour à la réalité qui me fit comprendre que le droit n'était pas celui que je pensais être.

Aujourd'hui encore, en tant que professeur de droit, je constate régulièrement les insuffisances de la matière. Quelle gêne de devoir expliquer aux étudiants qu'en matière de responsabilité l'un des principes fondamentaux est de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la survenance du fait en cause, alors que le « remède » en cas d'accident mortel consiste à indemniser les ayants-droits de leur préjudice moral et matériel à partir du seul versement d'une somme d'argent. Combien vaut la vie d'un être aimé ? Selon la CourEDH, les proches d'un individu assassiné par les autorités d'un État peuvent obtenir deux ou trois dizaines de milliers d'euros à titre de « satisfaction équitable ». Voici la piètre résurrection d'un être disparu offerte par le droit !

Et quelle solution offre le droit lorsque surviennent des heurts entre les policiers avec des jeunes de banlieue, que des supporters de football font des cris de singe à l'endroit d'un joueur noir ou que le gouvernement d'un État utilise des armes chimiques pour lutter contre ceux qui s'opposent à son régime ?

Tantôt il offre une solution répressive en exprimant des lois ou des condamnations pénales qui punissent sévèrement l'acte, mais qui ne s'attaquent absolument pas à la cause première du comportement. Tantôt, il n'offre pas de solution du tout, car le droit, comme c'est le cas sur la scène internationale, peut aussi être

sous certains aspects l'instrument d'une minorité de quelques États économiquement forts qui tiennent en soumission une majorité de ceux qui sont faibles, en faisant prévaloir leurs intérêts propres.

Je ne vous dis pas tout cela pour que vous, étudiants de première année, perdiez les espoirs que vous placez dans la Justice, mais afin que vous ayez pleinement conscience du rôle à la fois puissant et limité du droit. Oui, le droit se joue souvent hors du droit.

Aussi n'oubliez pas : le droit n'est finalement que le reflet fidèle de notre société et des individus qui la composent. Autant dire que la tâche est d'ampleur. C'est un travail qui commence avant tout sur notre propre personnalité, car le juriste n'est pas seulement un bon technicien du droit, c'est aussi et surtout un sage. *Jus est ars boni et aequi...*

5. TEXTES ET SCHÉMAS

Doc. 1 :

Constitution française du 4 octobre 1958 (à jour de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008)

Préambule

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-Mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.

Article 1er.

La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.

La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.

Titre I De la Souveraineté

Article 2.

La langue de la République est le français

L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge.

L'hymne national est la Marseillaise.

La devise de la République est Liberté, Égalité, Fraternité.

Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple.

Article 3.

La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.

Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.

Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret.

Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques.

Article 4.

Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1er dans les conditions déterminées par la loi.

La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation.

Titre II Le Président de la République

Article 5.

Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État.

Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités.

Article 6.

Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct.

Nul ne peut exercer plus de deux mandats consécutifs.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi organique.

Article 7.

Le Président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés. Si celle-ci n'est pas obtenue au premier tour de scrutin, il est procédé, le quatorzième jour suivant, à un second tour. Seuls peuvent s'y présenter les deux candidats qui, le cas échéant après retrait de candidats plus favorisés, se trouvent avoir recueilli le plus grand nombre de suffrages au premier tour.

Le scrutin est ouvert sur convocation du Gouvernement.

L'élection du nouveau Président a lieu vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus avant l'expiration des pouvoirs du président en exercice.

En cas de vacance de la Présidence de la République pour quelque cause que ce soit, ou d'empêchement constaté par le Conseil constitutionnel saisi par le Gouvernement et statuant à la majorité absolue de ses membres, les fonctions du Président de la République, à l'exception de celles prévues aux articles 11 et 12 ci-dessous, sont provisoirement exercées par le président du Sénat et, si celui-ci est à son tour empêché d'exercer ces fonctions, par le Gouvernement.

En cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par le Conseil constitutionnel, le scrutin pour l'élection du nouveau Président a lieu, sauf cas de

force majeure constaté par le Conseil constitutionnel, vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus après l'ouverture de la vacance ou la déclaration du caractère définitif de l'empêchement.

Si, dans les sept jours précédant la date limite du dépôt des présentations de candidatures, une des personnes ayant, moins de trente jours avant cette date, annoncé publiquement sa décision d'être candidate décède ou se trouve empêchée, le Conseil constitutionnel peut décider de reporter l'élection.

Si, avant le premier tour, un des candidats décède ou se trouve empêché, le Conseil constitutionnel prononce le report de l'élection.

En cas de décès ou d'empêchement de l'un des deux candidats les plus favorisés au premier tour avant les retraits éventuels, le Conseil constitutionnel déclare qu'il doit être procédé de nouveau à l'ensemble des opérations électorales ; il en est de même en cas de décès ou d'empêchement de l'un des deux candidats restés en présence en vue du second tour.

Dans tous les cas, le Conseil constitutionnel est saisi dans les conditions fixées au deuxième alinéa de l'article 61 ci-dessous ou dans celles déterminées pour la présentation d'un candidat par la loi organique prévue à l'article 6 ci-dessus.

Le Conseil constitutionnel peut proroger les délais prévus aux troisième et cinquième alinéas sans que le scrutin puisse avoir lieu plus de trente-cinq jours après la date de la décision du Conseil constitutionnel. Si l'application des dispositions du présent alinéa a eu pour effet de reporter l'élection à une date postérieure à l'expiration des pouvoirs du Président en exercice, celui-ci demeure en fonction jusqu'à la proclamation de son successeur.

Il ne peut être fait application ni des articles 49 et 50 ni de l'article 89 de la Constitution durant la vacance de la Présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président de la République et l'élection de son successeur.

Article 8.

Le Président de la République nomme le Premier Ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement.

Sur la proposition du Premier Ministre, il nomme les autres membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions.

Article 9.

Le Président de la République préside le Conseil des Ministres.

Article 10.

Le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée.

Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée.

Article 11.

Article 11. [Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions.

Lorsque le référendum est organisé sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.

Un référendum portant sur un objet mentionné au premier alinéa peut être organisé à l'initiative d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs inscrits sur les listes électorales. Cette initiative prend la forme d'une proposition de loi et ne peut avoir pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an.

Les conditions de sa présentation et celles dans lesquelles le Conseil constitutionnel contrôle le respect des dispositions de l'alinéa précédent sont déterminées par une loi organique.

Si la proposition de loi n'a pas été examinée par les deux assemblées dans un délai fixé par la loi organique, le Président de la République la soumet au référendum.

Lorsque la proposition de loi n'est pas adoptée par le peuple français, aucune nouvelle proposition de référendum portant sur le même sujet ne peut être présentée avant l'expiration d'un délai de deux ans suivant la date du scrutin.

Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet ou de la proposition de loi, le Président de la République promulgue la loi dans les quinze jours qui suivent la proclamation des résultats de la consultation.

Article 12.

Le Président de la République peut, après consultation du Premier ministre et des présidents des assemblées, prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale.

Les élections générales ont lieu vingt jours au moins et quarante jours au plus après la dissolution.

L'Assemblée nationale se réunit de plein droit le deuxième jeudi qui suit son élection. Si cette réunion a lieu en dehors de la période prévue pour la session ordinaire, une session est ouverte de droit pour une durée de quinze jours.

Il ne peut être procédé à une nouvelle dissolution dans l'année qui suit ces élections.

Article 13.

Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres.

Il nomme aux emplois civils et militaires de l'État.

Les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales sont nommés en conseil des ministres.

Une loi organique détermine les autres emplois auxquels il est pourvu en conseil des ministres ainsi que les conditions dans lesquelles le pouvoir de nomination du Président de la République peut être par lui délégué pour être exercé en son nom.

Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés.

Article 14.

Le Président de la République accrédite les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires auprès des puissances étrangères ; les ambassadeurs et les envoyés extraordinaires étrangers sont accrédités auprès de lui.

Article 15.

Le Président de la République est le chef des armées. Il préside les conseils et les comités supérieurs de la Défense Nationale.

Article 16.

Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel.

Il en informe la nation par un message.

Ces mesures doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission. Le Conseil constitutionnel est consulté à leur sujet.

Le Parlement se réunit de plein droit.

L'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels.

Après trente jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs, aux fins d'examiner si les conditions énoncées au premier alinéa demeurent réunies. Il se prononce dans les délais les

plus brefs par un avis public. Il procède de plein droit à cet examen et se prononce dans les mêmes conditions au terme de soixante jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels et à tout moment au-delà de cette durée.

Article 17.

Le Président de la République a le droit de faire grâce à titre individuel.

Article 18.

Le Président de la République communique avec les deux assemblées du Parlement par des messages qu'il fait lire et qui ne donnent lieu à aucun débat.

Il peut prendre la parole devant le Parlement réuni à cet effet en Congrès. Sa déclaration peut donner lieu, hors sa présence, à un débat qui ne fait l'objet d'aucun vote.

Hors session, les assemblées parlementaires sont réunies spécialement à cet effet.

Article 19.

Les actes du Président de la République autres que ceux prévus aux articles 8 (1^{er} alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables.

Titre III Le Gouvernement

Article 20.

Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation.

Il dispose de l'administration et de la force armée.

Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50.

Article 21.

Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires.

Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres.

Il supplée, le cas échéant, le Président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15.

Il peut, à titre exceptionnel, le suppléer pour la présidence d'un conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé.

Article 22.

Les actes du Premier ministre sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution.

Article 23.

Les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire, de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou de toute activité professionnelle.

Une loi organique fixe les conditions dans lesquelles il est pourvu au remplacement des titulaires de tels mandats, fonctions ou emplois.

Le remplacement des membres du Parlement a lieu conformément aux dispositions de l'article 25.

Titre IV Le Parlement

Article 24.

Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques.

Il comprend l'Assemblée nationale et le Sénat.

Les députés à l'Assemblée nationale, dont le nombre ne peut excéder cinq cent soixante-dix-sept, sont élus au suffrage direct.

Le Sénat, dont le nombre de membres ne peut excéder trois cent quarante-huit, est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République.

Les Français établis hors de France sont représentés à l'Assemblée nationale et au Sénat.

Article 25.

Une loi organique fixe la durée des pouvoirs de chaque assemblée, le nombre de ses membres, leur indemnité, les conditions d'éligibilité, le régime des inéligibilités et des incompatibilités.

Elle fixe également les conditions dans lesquelles sont élues les personnes appelées à assurer, en cas de vacance du siège, le remplacement des députés ou des sénateurs jusqu'au renouvellement général ou partiel de l'assemblée à laquelle ils appartenaient ou leur remplacement temporaire en cas d'acceptation par eux de fonctions gouvernementales.

Une commission indépendante, dont la loi fixe la composition et les règles d'organisation et de fonctionnement, se prononce par un avis public sur les projets de texte et propositions de loi délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant la répartition des sièges de députés ou de sénateurs.

Article 26.

Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions.

Aucun membre du Parlement ne peut faire l'objet, en matière criminelle ou correctionnelle, d'une arrestation ou de toute autre mesure privative ou restrictive de liberté qu'avec l'autorisation du bureau de l'assemblée dont il fait partie. Cette autorisation n'est pas requise en cas de crime ou délit flagrant ou de condamnation définitive.

La détention, les mesures privatives ou restrictives de liberté ou la poursuite d'un membre du Parlement sont suspendues pour la durée de la session si l'assemblée dont il fait partie le requiert.

L'assemblée intéressée est réunie de plein droit pour des séances supplémentaires pour permettre, le cas échéant, l'application de l'alinéa ci-dessus.

Article 27.

Tout mandat impératif est nul.

Le droit de vote des membres du Parlement est personnel.

La loi organique peut autoriser exceptionnellement la délégation de vote. Dans ce cas, nul ne peut recevoir délégation de plus d'un mandat.

Article 28.

Le Parlement se réunit de plein droit en une session ordinaire qui commence le premier jour ouvrable d'octobre et prend fin le dernier jour ouvrable de juin.

Le nombre de jours de séance que chaque assemblée peut tenir au cours de la session ordinaire ne peut excéder cent vingt. Les semaines de séance sont fixées par chaque assemblée.

Le Premier ministre, après consultation du président de l'assemblée concernée, ou la majorité des membres de chaque assemblée peut décider la tenue de jours supplémentaires de séance.

Les jours et les horaires des séances sont déterminés par le règlement de chaque assemblée.

Article 29.

Le Parlement est réuni en session extraordinaire à la demande du Premier ministre ou de la majorité des membres composant l'Assemblée nationale, sur un ordre du jour déterminé.

Lorsque la session extraordinaire est tenue à la demande des membres de l'Assemblée nationale, le décret de clôture intervient dès que le Parlement a épuisé l'ordre du jour pour lequel il a été convoqué et au plus tard douze jours à compter de sa réunion.

Le Premier ministre peut seul demander une nouvelle session avant l'expiration du mois qui suit le décret de clôture.

Article 30.

Hors les cas dans lesquels le Parlement se réunit de plein droit, les sessions extraordinaires sont ouvertes et closes par décret du Président de la République.

Article 31.

Les membres du Gouvernement ont accès aux deux assemblées. Ils sont entendus quand ils le demandent.

Ils peuvent se faire assister par des commissaires du Gouvernement.

Article 32.

Le président de l'Assemblée nationale est élu pour la durée de la législature. Le Président du Sénat est élu après chaque renouvellement partiel.

Article 33.

Les séances des deux assemblées sont publiques. Le compte rendu intégral des débats est publié au *Journal officiel*.

Chaque assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier ministre ou d'un dixième de ses membres.

Titre V Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement

Article 34.

La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;
- la création de catégories d'établissements publics ;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la défense nationale ;
- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
- de l'enseignement ;
- de la préservation de l'environnement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État.

Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.

Article 34-1.

[Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Les assemblées peuvent voter des résolutions dans les conditions fixées par la loi organique.

Sont irrecevables et ne peuvent être inscrites à l'ordre du jour les propositions de résolution dont le Gouvernement estime que leur adoption ou leur rejet serait de nature à mettre en cause sa responsabilité ou qu'elles contiennent des injonctions à son égard.

Article 35.

La déclaration de guerre est autorisée par le Parlement.

Le Gouvernement informe le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l'étranger, au plus tard trois jours après le début de l'intervention. Il précise les objectifs poursuivis. Cette information peut donner lieu à un débat qui n'est suivi d'aucun vote.

Lorsque la durée de l'intervention excède quatre mois, le Gouvernement soumet sa prolongation à l'autorisation du Parlement. Il peut demander à l'Assemblée nationale de décider en dernier ressort.

Si le Parlement n'est pas en session à l'expiration du délai de quatre mois, il se prononce à l'ouverture de la session suivante.

Article 36.

L'état de siège est décrété en Conseil des ministres.

Sa prorogation au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement.

Article 37.

Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.

Article 37-1.

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

Article 38.

Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

Article 39.

[Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux membres du Parlement.

Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat.

La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique.

Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours.

Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose.

Article 40.

Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique.

Article 41.

[entrée en vigueur le 1er mars 2009] S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité.

En cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.

Article 42.

[entrée en vigueur le 1er mars 2009] La discussion des projets et des propositions de loi porte, en séance, sur le texte adopté par la commission saisie en application de l'article 43 ou, à défaut, sur le texte dont l'assemblée a été saisie.

Toutefois, la discussion en séance des projets de révision constitutionnelle, des projets de loi de finances et des projets de loi de financement de la sécurité sociale porte, en première lecture devant la première assemblée saisie, sur le texte présenté par le Gouvernement et, pour les autres lectures, sur le texte transmis par l'autre assemblée.

La discussion en séance, en première lecture, d'un projet ou d'une proposition de loi ne peut intervenir, devant la première assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un délai de six semaines après son dépôt. Elle ne peut intervenir, devant la seconde assemblée saisie, qu'à l'expiration d'un délai de quatre semaines à compter de sa transmission.

L'alinéa précédent ne s'applique pas si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45. Il ne s'applique pas non plus aux projets de loi de finances, aux projets de loi de financement de la sécurité sociale et aux projets relatifs aux états de crise.

Article 43.

[entrée en vigueur le 1er mars 2009] Les projets et propositions de loi sont envoyés pour examen à l'une des commissions permanentes dont le nombre est limité à huit dans chaque assemblée.

A la demande du Gouvernement ou de l'assemblée qui en est saisie, les projets ou propositions de loi sont envoyés pour examen à une commission spécialement désignée à cet effet.

Article 44.

[Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Les membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement. Ce droit s'exerce en séance ou en commission selon les conditions fixées par les règlements des assemblées, dans le cadre déterminé par une loi organique.

Après l'ouverture du débat, le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission

Si le Gouvernement le demande, l'assemblée saisie se prononce par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements proposés ou acceptés par le Gouvernement.

Article 45.

[entrée en vigueur le 1er mars 2009] Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. Sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis.

Lorsque, par suite d'un désaccord entre les deux assemblées, un projet ou une proposition de loi n'a pu être adopté après deux lectures par chaque assemblée ou, si le Gouvernement a décidé d'engager la procédure accélérée sans que les Conférences des présidents s'y soient conjointement opposées, *après une seule lecture par chacune d'entre elles, le Premier ministre* ou, pour une proposition de loi, les présidents des deux assemblées agissant conjointement, ont la faculté de provoquer la réunion d'une commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion.

Le texte élaboré par la commission mixte peut être soumis par le Gouvernement pour approbation aux deux assemblées. Aucun amendement n'est recevable sauf accord du Gouvernement.

Si la commission mixte ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun ou si ce texte n'est pas adopté dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, le Gouvernement peut, après une nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et par le Sénat, demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. En ce cas, l'Assemblée nationale peut reprendre soit le texte élaboré par la commission mixte, soit le dernier texte voté par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat.

Article 46.

[entrée en vigueur le 1er mars 2009] Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes.

Le projet ou la proposition ne peut, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu'à l'expiration des délais fixés au troisième alinéa de l'article 42. Toutefois, si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45, le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.

La procédure de l'article 45 est applicable. Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres.

Les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées.

Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution.

Article 47.

Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique.

Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de quarante jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45.

Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance.

Si la loi de finances fixant les ressources et les charges d'un exercice n'a pas été déposée en temps utile pour être promulguée avant le début de cet exercice, le Gouvernement demande d'urgence au Parlement l'autorisation de percevoir les impôts et ouvre par décret les crédits se rapportant aux services votés.

Les délais prévus au présent article sont suspendus lorsque le Parlement n'est pas en session.

Article 47-1.

Le Parlement vote les projets de loi de financement de la sécurité sociale dans les conditions prévues par une loi organique.

Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de vingt jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45.

Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de cinquante jours, les dispositions du projet peuvent être mises en oeuvre par ordonnance.

Les délais prévus au présent article sont suspendus lorsque le Parlement n'est pas en session et, pour chaque assemblée, au cours des semaines où elle a décidé de ne pas tenir séance, conformément au deuxième alinéa de l'article 28.

Article 47-2.

La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques. Par ses rapports publics, elle contribue à l'information des citoyens.

Les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière.

Article 48.

[entrée en vigueur le 1er mars 2009] Sans préjudice de l'application des trois derniers alinéas de l'article 28, l'ordre du jour est fixé par chaque assemblée.

Deux semaines de séance sur quatre sont réservées par priorité, et dans l'ordre que le Gouvernement a fixé, à l'examen des textes et aux débats dont il demande l'inscription à l'ordre du jour.

En outre, l'examen des projets de loi de finances, des projets de loi de financement de la sécurité sociale et, sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, des textes transmis par l'autre assemblée depuis six semaines au moins, des projets relatifs aux états de crise et des demandes d'autorisation visées à l'article 35 est, à la demande du Gouvernement, inscrit à l'ordre du jour par priorité.

Une semaine de séance sur quatre est réservée par priorité et dans l'ordre fixé par chaque assemblée au contrôle de l'action du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques.

Un jour de séance par mois est réservé à un ordre du jour arrêté par chaque assemblée à l'initiative des groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'à celle des groupes minoritaires.

Une séance par semaine au moins, y compris pendant les sessions extraordinaires prévues à l'article 29, est réservée par priorité aux questions des membres du Parlement et aux réponses du Gouvernement.

Article 49.

[entrée en vigueur le 1er mars 2009] Le Premier ministre, après délibération du conseil des ministres, engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale.

L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité des membres composant l'Assemblée. Sauf dans le cas prévu à l'alinéa ci-dessous, un député ne peut être signataire de plus de trois motions de censure au cours d'une même session ordinaire et de plus d'une au cours d'une même session extraordinaire.

Le Premier ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale. Dans ce cas, ce projet est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Le Premier ministre peut, en outre, recourir à cette procédure pour un autre projet ou une proposition de loi par session.

Le Premier ministre a la faculté de demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale.

Article 50.

Lorsque l'Assemblée nationale adopte une motion de censure ou lorsqu'elle désapprouve le programme ou une déclaration de politique générale du Gouvernement, le Premier ministre doit remettre au Président de la République la démission du Gouvernement.

Article 50-1.

[entrée en vigueur le 1er mars 2009] Devant l'une ou l'autre des assemblées, le Gouvernement peut, de sa propre initiative ou à la demande d'un groupe parlementaire au sens de l'article 51-1, faire, sur un sujet déterminé, une déclaration qui donne lieu à débat et peut, s'il le décide, faire l'objet d'un vote sans engager sa responsabilité.

Article 51.

La clôture de la session ordinaire ou des sessions extraordinaires est de droit retardée pour permettre, le cas échéant, l'application de l'article 49. A cette même fin, des séances supplémentaires sont de droit.

Article 51-1.

[entrée en vigueur le 1er mars 2009] Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires.

Article 51-2.

[entrée en vigueur le 1er mars 2009] Pour l'exercice des missions de contrôle et d'évaluation définies au premier alinéa de l'article 24, des commissions d'enquête peuvent être créées au sein de chaque assemblée pour recueillir, dans les conditions prévues par la loi, des éléments d'information.

La loi détermine leurs règles d'organisation et de fonctionnement. Leurs conditions de création sont fixées par le règlement de chaque assemblée.

Titre VI Des traités et accords internationaux

Article 52.

Le Président de la République négocie et ratifie les traités.

Il est informé de toute négociation tendant à la conclusion d'un accord international non soumis à ratification.

Article 53.

Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.

Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés.

Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.

Article 53-1.

La République peut conclure avec les États européens qui sont liés par des engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des accords déterminant leurs compétences respectives pour l'examen des demandes d'asile qui leur sont présentées.

Toutefois, même si la demande n'entre pas dans leur compétence en vertu de ces accords, les autorités de la République ont toujours le droit de donner asile à tout étranger persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ou qui sollicite la protection de la France pour un autre motif.

Article 53-2.

La République peut reconnaître la juridiction de la Cour pénale internationale dans les conditions prévues par le traité signé le 18 juillet 1998.

Article 54.

Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

Article 55.

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.

Titre VII Le Conseil constitutionnel

Article 56.

[Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable à ces nominations. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée concernée.

En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil constitutionnel les anciens Présidents de la République.

Le président est nommé par le Président de la République. Il a voix prépondérante en cas de partage.

Article 57.

Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de ministre ou de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par une loi organique.

Article 58.

Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République.

Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin.

Article 59.

Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs.

Article 60.

Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats.

Article 61.

Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins, les lois peuvent être déferées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours.

Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.

Article 61-1.

[Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

Article 62.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application.

Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

Article 63.

Une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui et notamment les délais ouverts pour le saisis de contestations.

Titre VIII De l'autorité judiciaire

Article 64.

Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature.

Une loi organique porte statut des magistrats.

Les magistrats du siège sont inamovibles.

Article 65.

[Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Le Conseil supérieur de la magistrature comprend une formation compétente à l'égard des magistrats du siège et une formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.

La formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du siège et un magistrat du parquet, un conseiller d'État désigné par le Conseil d'État, un avocat ainsi que six personnalités qualifiées qui n'appartiennent ni au Parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif. Le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat désignent chacun deux personnalités qualifiées. La procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13 est applicable aux nominations des personnalités qualifiées. Les nominations effectuées par le président de chaque assemblée du Parlement sont soumises au seul avis de la commission permanente compétente de l'assemblée intéressée.

La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le procureur général près la Cour de cassation. Elle comprend, en outre, cinq magistrats du parquet et un magistrat du siège, ainsi que le conseiller d'État, l'avocat et les six personnalités qualifiées mentionnés au deuxième alinéa.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation, pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les nominations qui concernent les magistrats du parquet.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège statue comme conseil de discipline des magistrats du siège. Elle comprend alors, outre les membres visés au deuxième alinéa, le magistrat du siège appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du parquet.

La formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet donne son avis sur les sanctions disciplinaires qui les concernent. Elle comprend alors, outre les membres visés au troisième alinéa, le magistrat du parquet appartenant à la formation compétente à l'égard des magistrats du siège.

Le Conseil supérieur de la magistrature se réunit en formation plénière pour répondre aux demandes d'avis formulées par le Président de la République au titre de l'article 64. Il se prononce, dans la même formation, sur les questions relatives à la déontologie des magistrats ainsi que sur toute question relative au fonctionnement de la justice dont le saisit le ministre de la justice. La formation plénière comprend trois des cinq magistrats du siège mentionnés au deuxième alinéa, trois des cinq magistrats du parquet mentionnés au troisième alinéa, ainsi que le conseiller d'État, l'avocat et les six personnalités qualifiées mentionnés au deuxième alinéa. Elle est présidée par le premier président de la Cour de cassation, que peut suppléer le procureur général près cette cour.

Sauf en matière disciplinaire, le ministre de la justice peut participer aux séances des formations du Conseil supérieur de la magistrature.

Le Conseil supérieur de la magistrature peut être saisi par un justiciable dans les conditions fixées par une loi organique.

La loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

Article 66.

Nul ne peut être arbitrairement détenu.

L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.

Article 66-1.

Nul ne peut être condamné à la peine de mort.

Titre IX La Haute Cour

Article 67.

Le Président de la République n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 et 68.

Il ne peut, durant son mandat et devant aucune juridiction ou autorité administrative française, être requis de témoigner non plus que faire l'objet d'une action, d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite. Tout délai de prescription ou de forclusion est suspendu.

Les instances et procédures auxquelles il est ainsi fait obstacle peuvent être reprises ou engagées contre lui à l'expiration d'un délai d'un mois suivant la cessation des fonctions.

Article 68.

Le Président de la République ne peut être destitué qu'en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat. La destitution est prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour.

La proposition de réunion de la Haute Cour adoptée par une des assemblées du Parlement est aussitôt transmise à l'autre qui se prononce dans les quinze jours.

La Haute Cour est présidée par le président de l'Assemblée nationale. Elle statue dans un délai d'un mois, à bulletins secrets, sur la destitution. Sa décision est d'effet immédiat.

Les décisions prises en application du présent article le sont à la majorité des deux tiers des membres composant l'assemblée concernée ou la Haute Cour. Toute délégation de vote est interdite. Seuls sont recensés les votes favorables à la proposition de réunion de la Haute Cour ou à la destitution.

Une loi organique fixe les conditions d'application du présent article.

Titre X De la responsabilité pénale des membres du Gouvernement

Article 68-1.

Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis.

Ils sont jugés par la Cour de justice de la République.

La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi.

Article 68-2.

La Cour de justice de la République comprend quinze juges : douze parlementaires élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées et trois magistrats du siège à la Cour de cassation, dont l'un préside la Cour de justice de la République.

Toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit commis par un membre du Gouvernement dans l'exercice de ses fonctions peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes.

Cette commission ordonne soit le classement de la procédure, soit sa transmission au procureur général près la Cour de cassation aux fins de saisine de la Cour de justice de la République.

Le procureur général près la Cour de cassation peut aussi saisir d'office la Cour de justice de la République sur avis conforme de la commission des requêtes.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

Article 68-3.

Les dispositions du présent titre sont applicables aux faits commis avant son entrée en vigueur.

Titre XI Le Conseil économique, social et environnemental

Article 69.

[Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-1 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Le Conseil économique, social et environnemental, saisi par le

Gouvernement, donne son avis sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que sur les propositions de lois qui lui sont soumis.

Un membre du Conseil économique, social et environnemental peut être désigné par celui-ci pour exposer devant les assemblées parlementaires l'avis du Conseil sur les projets ou propositions qui lui ont été soumis.

Le Conseil économique, social et environnemental peut être saisi par voie de pétition dans les conditions fixées par une loi organique. Après examen de la pétition, il fait connaître au Gouvernement et au Parlement les suites qu'il propose d'y donner.

Article 70.

Le Conseil économique, social et environnemental peut être consulté par le Gouvernement et le Parlement sur tout problème de caractère économique, social ou environnemental. Le Gouvernement peut également le consulter sur les projets de loi de programmation définissant les orientations pluriannuelles des finances publiques. Tout plan ou tout projet de loi de programmation à caractère économique, social ou environnemental lui est soumis pour avis.

Article 71.

La composition du Conseil économique, social et environnemental, dont le nombre de membres ne peut excéder deux cent trente-trois, et ses règles de fonctionnement sont fixées par une loi organique.

Titre XI BIS LE DÉFENSEUR DES DROITS

Article 71-1.

[Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences.

Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office.

La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collègue pour l'exercice de certaines de ses attributions.

Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique.

Le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement.

Titre XII Des collectivités territoriales

Article 72.

Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.

Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon.

Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.

Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.

Article 72-1.

La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence.

Dans les conditions prévues par la loi organique, les projets de délibération ou d'acte relevant de la compétence d'une collectivité territoriale peuvent, à son initiative, être soumis, par la voie du référendum, à la décision des électeurs de cette collectivité.

Lorsqu'il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou de modifier son organisation, il peut être décidé par la loi de consulter les électeurs inscrits dans les collectivités intéressées. La modification des limites des collectivités territoriales peut également donner lieu à la consultation des électeurs dans les conditions prévues par la loi.

Article 72-2.

Les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi.

Elles peuvent recevoir tout ou partie du produit des impositions de toutes natures. La loi peut les autoriser à en fixer l'assiette et le taux dans les limites qu'elle détermine.

Les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie de collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources. La loi organique fixe les conditions dans lesquelles cette règle est mise en oeuvre.

Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi.

La loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales.

Article 72-3.

La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité.

La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régis par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer, et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités.

Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII.

La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises et de Clipperton.

Article 72-4.

Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique.

Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut décider de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif. Lorsque la consultation porte sur un changement prévu à l'alinéa précédent et est organisée sur proposition du Gouvernement, celui-ci fait, devant chaque assemblée, une déclaration qui est suivie d'un débat.

Article 73.

[Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)] Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et

règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.

Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement.

Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement.

Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique.

La disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion.

Les habilitations prévues aux deuxième et troisième alinéas sont décidées, à la demande de la collectivité concernée, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Elles ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités.

Article 74.

Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République.

Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :

- les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;
- les compétences de cette collectivité ; sous réserve de celles déjà exercées par elle, le transfert de compétences de l'État ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ;
- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante ;
- les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou

l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence.

La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles :

- le Conseil d'État exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ;
- l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité ;
- des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ;
- la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'État, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques.

Les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante.

Article 74-1.

Dans les collectivités d'outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité concernée, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication.

Article 75.

Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé.

Article 75-1.

Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France.

Titre XIII Dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie

Article 76.

Les populations de la Nouvelle-Calédonie sont appelées à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998 et publié le 27 mai 1998 au Journal officiel de la République française.

Sont admises à participer au scrutin les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988.

Les mesures nécessaires à l'organisation du scrutin sont prises par décret en Conseil d'État délibéré en conseil des ministres.

Article 77.

Après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre :

- les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci ;
- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la Nouvelle-Calédonie et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie pourront être soumises avant publication au contrôle du Conseil constitutionnel ;
- les règles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier ;
- les conditions et les délais dans lesquels les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront amenées à se prononcer sur l'accession à la pleine souveraineté.

Les autres mesures nécessaires à la mise en oeuvre de l'accord mentionné à l'article 76 sont définies par la loi.

Pour la définition du corps électoral appelé à élire les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau auquel se réfèrent l'accord mentionné à l'article 76 et les articles 188 et 189 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie est le tableau dressé à l'occasion du scrutin prévu audit article 76 et comprenant les personnes non admises à y participer.

Titre XIV De la francophonie et des accords d'association

Article 87.

La République participe au développement de la solidarité et de la coopération entre les États et les peuples ayant le français en partage.

Article 88.

La République peut conclure des accords avec des États qui désirent s'associer à elle pour développer leurs civilisations.

Titre XV Des Communautés européennes et de l'Union européenne

Article 88-1.

La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences.

Elle peut participer à l'Union européenne dans les conditions prévues par le traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007.

Article 88-2.

Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l'établissement de l'union économique et monétaire européenne.

Sous la même réserve et selon les modalités prévues par le Traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997, peuvent être consentis les transferts de compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés.

La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du traité sur l'Union européenne.

Article 88-3.

Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article.

Article 88-4.

Le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne.

Selon des modalités fixées par le règlement de chaque assemblée, des résolutions européennes peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, sur les projets ou propositions mentionnés au premier alinéa, ainsi que sur tout document émanant d'une institution de l'Union européenne.

Au sein de chaque assemblée parlementaire est instituée une commission chargée des affaires européennes.

Article 88-5.

Tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne et aux Communautés européennes est soumis au référendum par le Président de la République.

Toutefois, par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par chaque assemblée à la majorité des trois cinquièmes, le Parlement peut autoriser l'adoption du projet de loi selon la procédure prévue au troisième alinéa de l'article 89.

[cet article n'est pas applicable aux adhésions faisant suite à une conférence intergouvernementale dont la convocation a été décidée par le Conseil européen avant le 1er juillet 2004]

[nouvelle rédaction du Titre XV, se substituant à la rédaction actuelle à compter de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne, signé le 13 décembre 2007]

Titre XV de l'Union européenne

Article 88-1.

La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.

Article 88-2.

La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris par les institutions de l'Union européenne.

Article 88-3.

Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article.

Article 88-4.

Le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets d'actes législatifs européens et les autres projets ou propositions d'actes de l'Union européenne.

Selon des modalités fixées par le règlement de chaque assemblée, des résolutions européennes peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, sur les projets ou propositions mentionnés au premier alinéa, ainsi que sur tout document émanant d'une institution de l'Union européenne.

Au sein de chaque assemblée parlementaire est instituée une commission chargée des affaires européennes.

Article 88-5.

Tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne est soumis au référendum par le Président de la République.

Toutefois, par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par chaque assemblée à la majorité des trois cinquièmes, le Parlement peut autoriser l'adoption du projet de loi selon la procédure prévue au troisième alinéa de l'article 89.

[cet article n'est pas applicable aux adhésions faisant suite à une conférence intergouvernementale dont la convocation a été décidée par le Conseil européen avant le 1er juillet 2004]

Article 88-6.

L'Assemblée nationale ou le Sénat peuvent émettre un avis motivé sur la conformité d'un projet d'acte législatif européen au principe de subsidiarité. L'avis est adressé par le président de l'assemblée concernée aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission européenne. Le Gouvernement en est informé.

Chaque assemblée peut former un recours devant la Cour de justice de l'Union européenne contre un acte législatif européen pour violation du principe de subsidiarité. Ce recours est transmis à la Cour de justice de l'Union européenne par le Gouvernement.

À cette fin, des résolutions peuvent être adoptées, le cas échéant en dehors des sessions, selon des modalités d'initiative et de discussion fixées par le règlement de chaque assemblée. À la demande de soixante députés ou de soixante sénateurs, le recours est de droit.

Article 88-7.

Par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat, le Parlement peut s'opposer à une modification des règles d'adoption d'actes de l'Union européenne dans les cas prévus, au titre de la révision simplifiée des traités ou de la coopération judiciaire civile, par le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.

Titre XVI De la Révision

Article 89.

L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.

Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

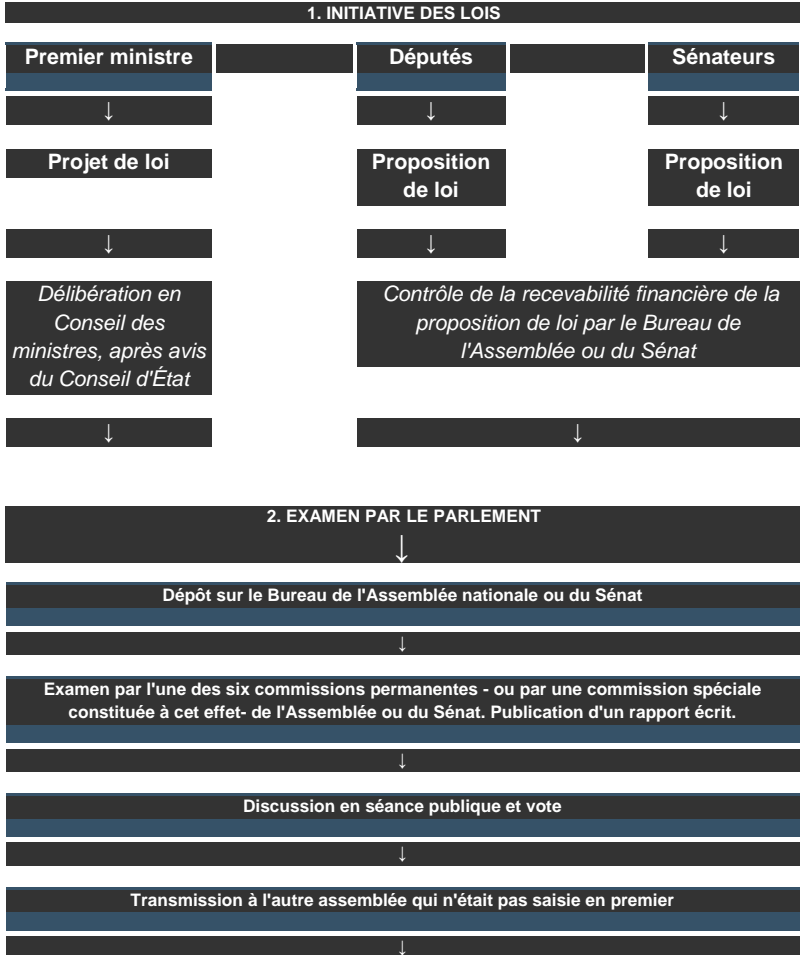
Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale.

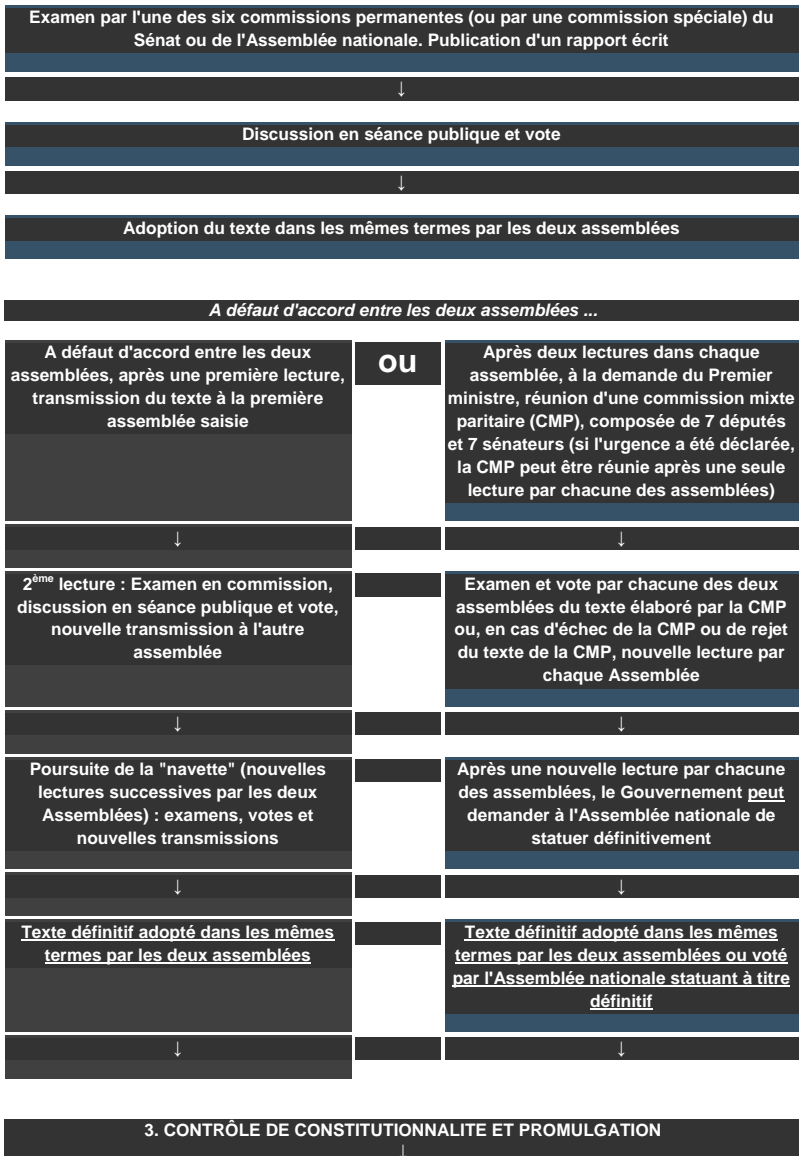
Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

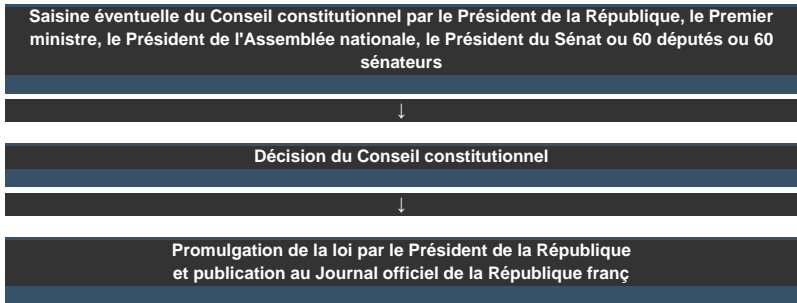
La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision.

Doc. 2 :

Schéma de la procédure législative en France







6. INDEX

- Acte authentique, 298
 Acte juridique, 295
 Acte sous seing privé, 298
 Acte unilatéral, 167; droit privé, 168; droit public, 167
 Actes d'application des lois, 167
 Actes juridiques, 160; à valeur déclaratoire, 168; hiérarchie, 162
 Acteur juridique, 264
 Adage, 111, 125
 Amendement, 161
 Antigone, 310, 316
 Arrêt, 170
 Arrêt de règlement, 172
 Arrêté, 170
 Association, 82
 Audience, 32
 Auto-incrimination, 293
 Autonomie personnelle, 129, 132
 Auxiliaire de justice, 278
 Aveu, 300
 Avis, 169
 Avocat, 33, 278
 Ayant-droit, 353
 Capacité juridique, 128
 Carbonnier, 12, 352
 Carré de Malberg, 310
 CIJ, 166
 Circulaires, 169
 Code, 33
 Codification, 329
 Collectivités territoriales, 113; Commune, 113; Département, 113; Région, 113
 Commencement de preuve par écrit, 299
Common law, 46, 340, 343, 348; obiter dictum, 345; precedent, 344; ratio decidendi, 247, 345; stare decisis, 344; statute law, 345
 Conciliation, 34
 Conseil constitutionnel, 219, 274
 Conseil d'État, 130, 272
 Conseil de prud'hommes, 173
 Constitution, 160

- Contrat: de droit privé,
 169; de droit public, 170
 Contrat de travail, 173
 Contrat de vente, 172
 Contravention, 331
 Contrôle juridictionnel:
 constitutionnalité, 165,
 219; conventionnalité,
 165; légalité, 165
 Convention collective, 82
 Coran, 341
 Corps humain, 126;
 patrimonialité, 128
 Cour d'assises, 270, 291,
 292
 Cour de cassation, 272
 Cour de Justice de l'Union
 Européenne, 201, 274
 Cour de Justice de la
 République, 274
 Cour Européenne des
 Droits de l'Homme, 274
 Cour Européenne des
 Droits de l'Homme, 93,
 271, 331
 Cour Internationale de
 Justice, 206
 Cour Nationale du Droit
 d'Asile, 273
 Cour Pénale
 Internationale, 274
 CourEDH, 95
 Coutume, 197
 Crime, 331
 Crime contre l'humanité,
 331
 Décentralisation, 61, 113
 Décision administrative,
 168
 Déclaration des droits de
 l'homme et du citoyen
 de 1789, 292, 328
 Déconcentration, 61
 Délit, 331
 Démocratie, 93, 312
 Déni de justice, 200
 Dépens, 204
 Dignité humaine, 130
 Dispositif, 171
Doctrine, 209
 Doctrine, 202
 Dossier juridique, 32
 Droit, 34, 74, 339, 352;
 dans le temps, 323; dans
 l'espace, 339; définition,
 45, 46; État, 339; les
 branches du, 349;
 limites, 352; objectif du,
 291; romano-
 germanique, 46, 50, 74,
 91, 196, 343; sources,

- 90, 196; théocratique, 341
- Droit comparé, 340
- Droit coutumier et tribal, 346
- Droit de se taire, 293
- Droit fondamental, 201
- Droit international privé, 57, 64
- Droit international public, 62; primauté, 165, 177
- Droit pénal, 292
- Droits de l'homme. *See*
Droit fondamental
- École du droit naturel. *See*
Jusnaturalisme
- École du droit positif. *See*
Positivisme
- Égalité, 61
- Équité, 49, 203; objective, 204; subjective, 205
- État, 48, 82, 104, 124; au sens du droit international, 108
- État civil, 58
- État fédéral, 60
- État-Gendarme, 104
- État-Providence, 104
- Expéditions, 298
- Fédération, 64
- Fiction, 296
- Forclusion, 331
- Gény, 247
- Grosse, 298
- Haute Cour, 274
- Huissier, 279
- Impartialité, 48, 49, 111
- Incapables, 128
- Indépendance, 48, 49, 111
- Inflation normative, 329, 334
- Infraction, 270, 353
- Institution, 105
- Interprétation: exégétique, 244; herméneutique, 249; libre recherche scientifique, 247
- Interprétation
juridictionnelle, 62
- Islam, 95
- JORF, 164
- Juge, 264
- Juge du fond, 272
- Jugement, 170, 207; exécution, 353
- Jugement de Salomon, 291
- Juridiction internationale, 274
- Juridiction ordinale, 283
- Juridictions ordinales, 274
- Jurisprudence, 62, 174, 219; avantages, 224;

- création du droit, 200;
- critique à l'encontre, 222; définition, 221;
- gouvernement des juges, 172, 223;
- politique
- jurisprudentielle, 247;
- retroactivité, 222;
- revirement, 222
- Juris-prudents*, 10, 328
- Juriste, 354
- Jus est ars boni et aequi*, 311, 354
- Jusnaturalisme, 310, 314
- Justice, 49, 241, 291, 310, 323, 354
- Kelsen, 309
- Laïcité, 92, 97, 341
- Légitimité: démagogie, 225; démocratique, 223; des lois de la physique, 307; du droit, 307, 312
- Lien de causalité, 253
- Loi, 47, 64; de validation, 327; définition, 162; degré d'impérativité, 85; d'ordre public, 326; durée de vie, 328; éléments constitutifs, 84; séparation église-État, 61
- Loi au sens matériel, 162, 196
- Loi de validation, 328
- Loi interprétative, 326
- Loi parlementaire, 160, 162; adoption, 164; entrée en vigueur, 164; initiative, 163; promulgation, 164; publication, 164
- Loi religieuse, 92, 95, 323
- Lois de la physique. *See* Légitimité
- Magistrat, 276; du parquet, 277; du siège, 276; indépendance, 277
- Mariage, 59
- Mécanisme de renversement, 112
- Minute, 298
- Montesquieu, 111
- Morale, 93
- Motifs de jugement, 170
- Moyens de jugement, 171
- Nationalité, 59, 60
- Nom, 59
- Norme, 48, 74
- Notaire, 279
- Officier ministériel, 279
- Ordalie, 293

- Ordre juridictionnel, 264;
compétence matérielle,
269; la cassation, 272;
l'appel, 271; matière
civile, 265; matière
pénale, 270
- Organisations
internationales, 110
- Pacta sunt servanda*, 198
- Peine de mort, 292
- Personnalité juridique,
123; disparition, 125;
naissance, 124
- Politique intérieure, 114
- Portalis, 328, 333
- Positivisme, 309, 314
- Pouvoir exécutif, 110
- Pouvoir judiciaire, 110,
264
- Pouvoir juridictionnel,
110, *See* Pouvoir
judiciaire
- Pouvoir législatif, 110
- Prescription, 329, 330;
délai pour agir, 330
- Présomption, 296;
irréfragable, 297;
simple, 296
- Présomption d'innocence,
292
- Prétoire, 32
- Preuve, 290; au-delà de
tout doute raisonnable,
295; balance des
probabilités, 295;
charge de la preuve,
296; orale, 300
- Principe, 77;
autodétermination, 132;
laïcité, 61
- Principes généraux de
droit, 199
- Procès équitable, 294
- Projet de loi, 163
- Proposition de loi, 163
- Pyramide des actes
juridiques, 175, 316
- Question préjudicielle, 201
- Raisonnement, 235; a
contrario, 246; a
fortiori, 245; arguments,
242; déductif, 248;
inductif, 248;
interprétation, 242;
juridique, 235, 239; par
analogie, 244; pesée des
intérêts, 237, 241, 247;
polysyllogisme, 238;
syllogisme, 236
- Raisonnement juridique,
239
- Référé, 331

- Référendum, 164
- Régime parlementaire, 112
- Régime présidentiel, 112
- Règle, 48, 74, 78
- Règle de droit, 79, 239;
 - condition et effet, 75;
 - générale et abstraite, 79, 80, 161, 171;
 - Impérativité, 76, 80;
 - jurisprudence, 221;
 - sanction, 81; spécifique et concrète, 173, 174, 247, 248
- Règlement amiable, 34
- Règlement intérieur, 82
- Religions, 61
- Réponses ministérielles, 169
- République, 61
- Responsabilité civile, 220, 241; dommage, 251; faute, 251; garde d'une chose, 220
- Retroactivité: loi
 - interprétative, 325;
 - principe de non-, 324
- Rétroactivité: exceptions, 325
- Ricoeur, 10
- Sciences humaines, 307
- Séparation des pouvoirs, 110
- Serment, 292, 300
- Souveraineté, 105, 109
- Souveraineté nationale, 107
- Standard jurisprudentiel, 206
- Suffrage universel direct, 107
- Témoignage, 300
- Temps, 323
- Territoire, 58
- Traités internationaux, 59, 160
- Tribunal, 32
- Tribunal correctionnel, 270
- Union européenne, 200
- Union Européenne, 109
- Vérité, 291
- Vie privée, 294
- Visa, 170

Ce livre vous a-t-il plu ? Avez-vous des questions ? Avez-vous remarqué des erreurs ? Souhaitez-vous commander un exemplaire de cet ouvrage pour vous-mêmes ou vos proches ?

Vous pouvez nous contacter à l'adresse suivante :

pierremanly@gmail.com