

Chapitre 1 : La règle de droit

Cours de Mme Neirinck 2012-2013

Le mot « droit » a plusieurs sens. On parle de droit objectif pour celui qui produit des règles de droit. « J'ai le droit » fait référence au droit du sujet : le droit subjectif. La règle de droit est sanctionnée par les tribunaux. Le droit n'a de sens que si l'on vit en société (Exemple : Robinson Crusoë vivant tout seul sur un île déserte n'en a pas besoin) et doit être commun à tous, car il permet d'ordonner les relations de la société.

I- Approche du droit en général

A) Les caractères non spécifiques à la règle de droit

- Générale et impersonnelle : Non spécifique, car la plupart des règles sont impersonnelles (Exemple : Les règles d'un jeu de société)
- Créée par l'autorité étatique : La loi n'est pas purement étatique car :
 - Il existe des règles supra étatiques : des droits au-dessus de l'Etat (le droit international ou européen).
 - Il existe des micros règles non étatiques, que les individus se donnent eux-mêmes et auxquelles ils se soumettent (le contrat).
- Finalité sociale : Les règles morales et religieuses ont aussi une finalité sociale basée sur le principe qu'autrui est comme moi-même. Donc, la règle de droit n'est pas la seule à être exclusivement sociale.

B) Les caractères spécifiques à la règle de droit

- Obligatoire : On n'est pas obligé de se soumettre à la règle morale et religieuse (Exemple : Ne pas mâcher du cheew-gum lorsque l'on prend la parole devant un auditoire est une règle de bienséance, mais n'est pas interdit), tandis que la loi, ayant une finalité sociale, on peut voir son non-respect est sanctionné selon son degré :
 - Si c'est une règle impérative, on doit s'y soumettre et il on ne peut pas y échapper. C'est le cas du droit pénal. (Exemple : On doit demander un permis de construire avant de bâtir un immeuble, ou l'on se voit sanctionné).
 - Si c'est une règle supplétive de volonté, les individus peuvent choisir leur règle, mais on fait appel à la loi s'ils ne s'y soumettent pas. A défaut de prévoyance, la règle politique s'applique. (Exemple : Dans le cadre d'un régime matrimonial, les revenus des deux époux seront en commun s'ils ne décident rien chez le notaire et n'établissent pas de contrat de mariage. La mise en commun des revenus peut donc être écartée à condition qu'elle soit prévue).
- Sanctionnée par l'Etat : Pour que les individus se plient à la loi, on l'accompagne de sanctions et d'incitations, ce qui n'est pas le cas pour la règle morale. (Exemple : Si un individu ment alors que la règle morale l'interdit, il n'est pas sanctionné. En revanche, la vaccination est obligatoire : On ne force pas les individus, mais s'ils ne le font pas, ils sont rejettes de certaines infrastructures (crèches...) ou n'ont pas le droit d'exercer certains métiers (dans la médecine en particulier)). Un grand nombre de règles sont faites pour la réparation, soit à travers des dommages et intérêts accordés à la victime pour compenser le préjudice, soit par une annulation de l'acte (Exemple :

Annulation du mariage homosexuel validé par Noël Mamère par un effacement de l'acte juridique). Si l'on ne peut ni réparer, ni annuler, on sanctionne. C'est particulièrement vrai pour le droit pénal. (Exemple : Démolition des maisons construites sans permis).

II- Les fondements de la règle de droit

Pourquoi accepte-t-on la loi ?

A) Théories du droit naturel, ou théories idéalistes

Ces théories ont pour idée dominante qu'il y aurait au-dessus de la loi des hommes un idéal de justice.

1) L'évolution des doctrines de droit naturel

Ces théories datent de l'antiquité. Pour elles, il existe un droit naturel, composé de règles éternelles non écrites, qui est imposé à l'homme. On les retrouve en particulier en Grèce, où elles sont mises en scène (Exemple : Sophocle met en scène la loi naturelle de l'enterrement des morts dans Antigone) et recherchées par les philosophes. (Exemple : Pour Aristote chacun doit trouver sa place dans un équilibre naturel).

Le christianisme va modifier le droit naturel en lui donnant une origine divine. Thomas d'Aquin (1225-1274), pense que la loi divine, qui est au-dessus de tout, est reflétée par les écrits religieux (testaments) afin qu'elle soit perçue par tous. En dessous de cette loi, se trouve la loi des hommes. Ainsi, les lois auraient une forme pyramidale, dont chaque strate tendrait vers celle au-dessus. Toutefois, une loi humaine peut être injuste si elle ne respecte pas l'ordre naturel et les textes religieux.

Au XVII^{ème} siècle, on regarde davantage l'Homme, avec la naissance de l'humanisme. Hugo de Groot (1583-1645) crée l'école du droit de la nature et des gens réunissant de grands penseurs. Pour eux, on voit le droit naturel, qui est universel et immuable, dans l'Homme. Le contrat social de Rousseau montre que c'est la volonté des hommes de vivre ensemble qui les fait accepter la loi.

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen fait de la liberté et de l'égalité, des droits inaliénables. Sous l'empire, le code civil faisait allusion au droit naturel, ce qui a été supprimé pour en faire un ouvrage technique et non philosophique. Au XX^{ème} siècle, ce courant donnera naissance aux Droits de l'Homme.

2) Les critiques des doctrines idéalistes

L'école d'Hugo de Groot génère des critiques :

- Les règles ne sont pas universelles, car les cultures sont différentes. Ce qui est vrai à un endroit ne l'est pas ailleurs. Chaque droit à sa spécificité. (Exemple : polygamie permise en Orient, mais strictement interdite en Europe).

Pour répondre à cette critique, le doyen Gény élabore un droit naturel avec de grandes directives, mais il en devient imprécis.

- Le droit naturel est inutile, puisque le législateur n'est pas tenu de le respecter. (Exemple : Le régime nazi est loin du droit naturel). L'individu peut difficilement

refuser d'appliquer la loi, même si celle-ci va à l'encontre du droit naturel. (Exemple : La résistance n'est pas un arme suffisante pour obliger le législateur à se conformer au droit naturel).

B) Les doctrines positivistes

Le positivisme prend en compte ce qu'il est (on respecte la loi parce qu'elle existe, qu'elle soit juste ou injuste). (Exemple : Socrate a été condamné à mort et a accepté sa condamnation).

1) Le positivisme juridique ou étatique

Il justifie la soumission à la règle de droit par le pouvoir. (Exemple : La volonté du roi justifie la soumission). Ihering met l'accent sur le rôle joué par le pouvoir coercitif (de contrainte) : c'est la peur de la sanction qui pousse à obéir. Selon lui, s'il ne se passe rien lorsqu'on n'obéit pas, alors personne n'obéit.

Kelsen (1881-1973) a cherché l'origine de la contrainte. Pour lui, on obéit à l'Etat car c'est un ensemble de règles cohérentes. Le pouvoir de contrainte provient de la pyramide de Kelsen, décrivant l'ordre des règles juridiques.

2) Le positivisme scientifique

Il en existe trois courants :

- Le courant économique de l'école utilitariste anglaise. Pour Bentham, on a tous intérêt à respecter la règle de droit pour vivre bien.
- Le courant historique allemand du XIXème siècle, qui s'oppose à la codification française. Savigny pense que la loi provient de l'histoire du pays et des évolutions de sa population.
- Le courant français est mené par Auguste Comte qui l'explique par la sociologie. Pour lui, les règles correspondent à l'évolution de la société.

3) Les critiques du positivisme

- On admet que le positivisme ne fournit pas une explication suffisante, car il ne dit pas pourquoi on adopte une loi plutôt qu'une autre. Parfois, le législateur va imposer une loi que personne ne veut.
- Le positivisme est dangereux, car si on explique toutes les lois, on laisse tout faire sous prétexte que c'est justifié. Pour combattre cette critique, est apparue la notion de l'Etat de droit (tout le monde doit accepter de se soumettre à la règle de droit, y compris les dirigeants. On peut avoir un recours contre l'arbitraire de la justice et vérifier la conformité à la constitution). Cette doctrine soutient qu'on adopte des lois en vue d'un projet de société.

III- Introduction au droit privé

A) La place du droit privé dans les idées juridiques

Le droit est comme un arbre qui aurait plusieurs branches, représentant les disciplines juridiques. Il y a deux branches principales de distinction : le droit privé et le droit public, qui sont elles-mêmes subdivisées en droit national et international.

1) La distinction droit privé / droit public

Cette distinction est très forte en France. Sous l'Ancien régime, seul le droit privé existait. Après la révolution de 1789, les pouvoirs sont séparés et l'on interdit aux juges de savoir ce que fait l'administration.

a) Les critères de la distinction

Droit privé : Droit de l'individu, défendant ses intérêts égoïstes.

Droit public : L'intérêt collectif (de la société) est défendu différemment des intérêts privés.

La personne privée a le même pouvoir que ses pairs. La personne publique a un pouvoir supérieur à la personne privée, et agit dans l'intérêt du plus grand nombre. (Exemple : Contrairement à l'individu, l'administration peut prendre une décision unilatérale. Les biens public (universités, routes...) sont inaliénables contrairement à ceux de l'individu. Dans le cadre des services fiscaux, on ne peut contester qu'après avoir payé, tandis que la dette privée doit être contestée avant son paiement).

b) Les critères de la distinction

- Un objet différent : Le droit privé règle les rapports patrimoniaux ou extrapatrimoniaux (Exemple : divorce) entre particuliers, tandis que le droit public gère la vie collective (Exemple : activité des collectivités et des administrations publiques, relations entre personnes publiques et privés).
- La finalité :
 - Droit public : intérêt collectif, rapports inégalitaires (Exemple : Pouvoir d'exproprier).
 - Droit privé : Intérêt privé entre individus égalitaire.

Mais la distinction est parfois difficile, car l'Etat peut avoir des actions similaires à celles des particuliers. (Exemple : clinique / hôpital). La distinction est parfois impossible. (Exemple : Entreprise d'Etat privatisée). En cas de difficultés pour désigner la juridiction compétente, on fait appel au tribunal des conflits qui la désignera par une juridiction paritaire (les magistrats du conseil d'Etat et de la cour de cassation sont en nombre égal).

2) La classification des disciplines juridiques

Le droit mixte concerne à la fois le droit privé et le droit public.

a) Les disciplines rattachées au droit public

- Droit public interne : franco-français
 - Le droit constitutionnel : Encadrement juridique du pouvoir politique. Il définit les différents pouvoirs de l'Etat, les organes qui gèrent l'Etat (président de la

République), les organes judiciaires (juges) et législatifs. Il fixe les modalités de désignation, les compétences, la participation des particuliers (référendum).

- Le droit administratif : Organise l'administration de l'Etat et des collectivités territoriales, précise la qualité du fonctionnaire, engage les actions de l'administration (service public) et les contrats administratifs (entre administration publique et administrés).
- Les finances publiques : Ensemble des règles concernant le budget public, la comptabilité publique et le droit fiscal (problème des impôts avec les contribuables).

- Droit international public

Il est applicable dans les rapports internationaux. Il négocie les accords (contrats) entre les Etats, et peut concerner différents organismes internationaux (FMI, OIT, OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, OMS). Ses sanctions sont diverses (embargo, retrait de l'ambassadeur, comparaison devant la cour internationale de justice si les Etats acceptent de s'y présenter et de s'y soumettre).

b) Les disciplines rattachées au droit privé

- Droit privé interne : Le droit civil y tient une place prédominante (individualisation des individus par le nom et l'état civil, gérance des rapports avec la famille ou d'autres personnes, règle de la propriété, responsabilité civil). Ce droit très ancien donne lieu à des spécialisations, notamment le droit commercial, le droit médical, le droit des transports, le droit notarial, le droit de la propriété industrielle, le droit de la construction, le droit de la consommation (inégalitaire car les consommateurs peuvent être pauvres, et les producteurs connaissent davantage leurs produits qu'eux).
- Le droit commercial est la discipline du droit privé interne se distinguant des autres le plus tôt avec le code d'Hammourabi, les ordonnances de Colbert (ministre de Louis XIV) sur le commerce de terre en 1673, le code de la marine en 1681 (ancêtre du code de commerce). Il régit les relations entre commerçants, les opérations commerciales, et ce qui concerne les sociétés commerciales.
- Le droit international privé : Il désigne la loi applicable en fonction de références à l'étranger. (Exemples : Droit de la nationalité français se basant sur le droit du sang et le droit du sol. Dans le cadre d'un divorce dont les époux ont une nationalité différente, on applique la loi du pays où ils résident).

c) Les droits mixtes

Ce sont des droits utilisant des éléments de droit public et privé. En droit interne, nous pouvons citer:

- Le droit pénal : Public, car l'Etat envoie en prison (à travers la demande du procureur), mais la victime exerce l'action civile. La sanction a à la fois pour but de réparer le trouble fait à la société, et le préjudice de la victime.
- Le droit processuel (de la procédure). Il existe trois sortes de procédures : civile, pénale et administrative. La procédure organise les différentes juridictions et leurs compétences. Ce droit donne l'avancement du procès. Dans les procédures civiles et

pénales, c'est la victime qui lance la procédure, tandis que dans l'administrative, c'est le procureur qui décide s'il faut poursuivre ou pas. En civil, les plaideurs jouent le rôle principal dans la procédure accusatoire (plainte, apport de preuve, possibilité d'abandonner la procédure). En pénal, l'acteur principal est le juge. On parle alors de procédure inquisitoire.

- Droit social (du travail ou de la sécurité sociale). Il est fondé sur un élément privé : le contrat de travail. L'entreprise a un pouvoir à travers le règlement intérieur, tandis que le salarié peut se syndiquer et faire confiance aux inspecteurs du travail, qui exercent une fonction publique. L'Etat protège à la fois par des indemnités dans le travail, mais aussi dans d'autres domaines (allocations familiales...).
- Droit international européen : Il est public, car il repose sur des traités entre les Etats qui entraînent des délégations de compétences à l'Union Européenne (1951 : Traité de Paris créant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier ; 1957 : Traité de Rome créant la Communauté Economique Européenne). Toutefois, il est privé, dans le sens où il concerne les ressortissants.

B) Le droit privé dans le temps et dans l'histoire

1) Le droit civil et l'histoire

Le code civil (ou code Napoléon) est créé en 1804 : « Ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil ». Pour beaucoup, c'est l'aboutissement de la révolution.

a) Le droit civil jusqu'au code civil

Avant l'empire, on retrouve deux périodes :

- L'ancien droit : C'est un droit monarchique, inégalitaire, où la religion a une part importante, laissant peu de place à l'individu. Les biens fonciers sont primordiaux (règles de transmission inégalitaire : hommes > femmes). La noblesse a des privilèges. L'Etat civil est déterminé par les actes religieux (baptême, mariage), ce qui posera problème aux protestants. La famille est structurée autour d'un membre qui a tout les droits. C'est un droit :
 - Diversifié : Le nord est un pays de coutume inspiré des germaniques avec des coutumes variables du fait de la division des coutumes principales en coutumes locales. Le sud utilise un droit écrit hérité du droit romain, avec le code théodosien qui perdure jusqu'à la création du code justinien au XIIème siècle.
 - Sujet à des tentatives d'unification : L'unification régionale est fixée autour des parlements et cours de justices, où on privilégie les coutumes en appliquant les édits. Le roi Charles VII a voulu une rédaction des coutumes, réduisant leur nombre dans l'ordonnance de Montils les Tours.
 - Facteur d'unification

Chapitre 2 : L'organisation judiciaire

La juridiction d'exception ne connaît que certains litiges :

- Juridiction pénale des mineurs : Instance si une mesure éducative paraît suffisante (dans ce cas on fait appel à un juge pour enfants). Si les faits sont importants, le mineur va dans un tribunal pour enfant pouvant prononcer une sanction (on fait appel à un juge pour enfant et deux assesseurs de la société civile, intéressés par les mineurs). Si le mineur a plus de 15 ans et a commis un crime, il va en cour d'Assise pour mineur (elle est composée comme celle des majeurs, mais il y a un président et deux juges pour enfants).

La Haute cour de justice (instituée par l'art 67 de la constitution), et juge le président de la république en cas de haute trahison, ainsi que les ministres pour les infractions commises pendant leur fonction, mais cette dernière fonction lui a été retirée après l'affaire du sang contaminé.

La cour de justice de la république juge les membres du gouvernement qualifiés d'actes de délit ou crime dans le cadre d'activité. Composée de 15 membres (12 parlementaires et 3 magistrats de la cour de cassation). Les victimes ne peuvent pas constituer partie civile.

L'ordre judiciaire proprement dit (comportant l'ordre répressif).

II- Les juges du fond

Questions :

- Compétence : divisée en 2 critères :
 - Compétence matérielle (ou d'attribution) : Quelle est la matière juridique du procès (droit civil, droit pénal, droit commercial, droit du travail...)?
 - Compétence territoriale : Quel tribunal territorialement compétent ? Les juges ont un ressort de juridiction (aire géographique sur laquelle ils sont compétents). Celui qui saisi la justice est le demandeur. Il s'adresse à l'adversaire : le défendeur. Il faut saisir le tribunal, dans le ressort duquel réside son défendeur. Cette règle comporte des exceptions : en matière d'immeuble, la compétence territoriale est désignée par l'emplacement de l'immeuble. Il en est de même en matière successorale (là où se trouvent les biens du défunt). En matière contractuelle, on peut assigner soit devant la juridiction dans le ressort de laquelle siège le défendeur, soit le tribunal près duquel a été passé le contrat. En matière de dommage on peut assigner la résidence du défendeur, ou le lieu du dommage.
- Hiérarchisation des tribunaux

A) Les juridictions du premier degré

Juridiction de droit commun : qui a une vocation générale et une compétence de principe.
(Exemple : tribunal de police).

Juridictions d'exceptions : Litiges que la loi leur confie (retirés au droit commun).

1) Le tribunal de grande instance, juridiction du droit commun du premier degré

Si c'est un litige du droit privé qui n'a pas été confié à une autre juridiction c'est confié au tribunal de grande instance (en principe il y en a un par département, mais cela peut

varier en fonction de la densité de population). Le tribunal de grande instance s'occupe du droit civil, procès entre particulier, le législateur leur a retiré les litiges inférieurs ou égaux à 10 000€, sauf si la demande est indéterminée (non chiffrée). Il a aussi une compétence exclusive, pour tout ce qui touche le statut des personnes (filiation, mariage, divorce, propriété...).

Le tribunal de grande instance est composé de magistrats (des juges), des juges du siège (qui jugent ceux qui vont rendre le jugement qui restent assis durant l'audience), du ministère public avec à sa tête le procureur de la république. Les juges du siège sont répartis dans des chambres (de la famille, du contrat et de la responsabilité...). A la tête de chaque chambre se trouve le président de la chambre. A la tête du tribunal de grande instance se trouve le président du tribunal de grande instance. Les affaires sont jugées en audience collégiale la plupart du temps (en principe pour rendre un jugement il faut 3 juges), sauf pour les divorces et la circulation où il n'y a qu'un seul juge. La collégialité permet aux magistrats de discuter entre eux, ce qui a des avantages (plus d'impartialité). Certains juges sont toujours uniques :

- Le juge aux affaires familiales (divorces, garde d'enfants...)
- Le juge de la mise en état (vérifie que le dossier avance et pourra être plaidé).
- Le juge des enfants
- Le juge d'instruction.

Le tribunal va siéger en public, en effet la publicité des débats est la garantie des bonnes justices. Mais il y a des affaires où pour le respect de la vie privée, il n'y a pas d'audience publique (Exemple : Les juridiction pour mineur, afin que ceux-ci ne pas souffrent pas de leur passé judiciaire une fois majeur). Il faut faire une distinction entre :

- La juridiction gracieuse : Pour les situations où il n'y a pas de conflit, ni d'adversaires mais où il faut effectuer un contrôle. (Exemple : adoption). En matière gracieuse, les décisions sont rendues en chambre du conseil.
- La juridiction contentieuse : Pour les situations où des adversaires sont en conflit. En matière contentieuse, le tribunal de grande instance siège en audience publique. Pour qu'il siège en chambre du conseil (sans public), il faut qu'un texte spécial l'ait prévu (Exemple : en matière de divorce, de filiation).

Le président du tribunal de grande instance a des pouvoirs propres : il a le pouvoir de rendre :

- Des ordonnances sur requête. On peut y avoir recours lorsque l'on veut obtenir quelque chose du tribunal sans que l'adversaire en soit informé. Il faut une urgence et qu'il soit nécessaire de ne pas prévenir l'adversaire. (Exemple : Mme Durand, qui veut demander le divorce parce que c'est une femme battue, peut présenter une requête demandant l'autorisation de changer toutes les serrures du domicile). C'est une exception au principe du contradictoire : normalement le juge doit écouter le demandeur et le défendeur. Ainsi le doyen Carbonnier dit « c'est une ruse de guerre, mais sous le contrôle du juge ».
- Des ordonnances de référé. Elles consistent à demander quelque chose au président du tribunal de grande instance parce que c'est urgent et que la demande ne concerne pas le fond du procès. (Exemple : Suspension des travaux du voisin pour constater des

dégâts de fissures afin de voir s'ils affaiblissent la structure de l'immeuble, sans demande de dommages et intérêts).

Les décisions rendues par le tribunal de grande instance s'appellent des jugements. Ils sont de 2 sortes :

- Premier ressort et dernier ressort : inférieurs ou égaux à 4000€, on ne peut pas faire appel du fait du coût de la justice. Il peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation.
- Jugement de premier ressort : Au-delà de 4000€, on peut aller en cour d'Appel.

2) Les juridictions d'exception du premier degré :

Le tribunal d'instance connaît tous les litiges inférieurs ou égaux à 10 000€. Il a remplacé en 1958, les juges de paix (juridiction de proximité). Il est proche du justifiable, se trouve proche de l'arrondissement (la sous-préfecture). Le tribunal de police siège au tribunal d'instance. Ce tribunal juge donc les petits litiges (tutelles, loyers...) avec un juge unique (pas de collégialité). On n'a pas besoin d'un avocat devant le tribunal d'instance (alors qu'un avocat est obligatoire en grande instance). Le juge est un juge du siège.

3) Les juridictions de proximité :

Ce qui caractérise le juge de proximité et qu'il ne s'agit pas de juge professionnel, il est choisi pour 7 ans non renouvelables pour avoir exercé une compétence juridique. Il est payé à la vacation (en fonction de l'affaire qu'il juge). Il juge en matière répressive au tribunal de police (contraventions des 4 premières classes) ou au tribunal correctionnel (pour compléter la collégialité). Dans l'ordre judiciaire proprement dit, le juge est compétent pour juger des actions personnelles (créances) et mobilières des personnes physiques dont la demande est égale ou inférieure à 4000€ (en premier et dernier ressort). Il n'y a jamais d'appel possible du juge de proximité. Il est très contesté parce que ce n'est pas un juge professionnel, et pense, le plus souvent, davantage à l'équité qu'au droit. La cour de cassation le rappelle parfois à l'ordre (**Exemple : on n'insulte pas les plaideurs**). Le juge de proximité n'a pas de lieu déterminé (siège particulier). En effet il peut avoir des audiences foraines qui se tiennent dans des lieux divers (salle de mairie, local affecté à son activité...). Il ne juge pas tous les jours. Il est rattaché au tribunal d'instance, car le greffe du tribunal d'instance, qui distribue les dossiers, peut le contrôler.

4) Le tribunal de commerce

Le nombre de ces tribunaux a été réduit en 2002. Ils n'appliquent pas le code civil, mais le code de commerce. Ces tribunaux sont les héritiers des juges consulaires (de Colbert). Ce qui les caractérise est qu'ils ne sont pas composés de juges professionnels mais de commerçants élus par la profession. On appelle « commerçants » les personnes qui exercent a titre professionnel des actes de commerce.

En ce qui concerne la compétence territoriale du tribunal de commerce, elle marque sa particularité parce qu'on peut assigner en fonction du domicile du défendeur et du lieu d'exécution de l'opération commerciale. Les clauses attributives de compétence judiciaire sont valables (un commerçant peut choisir à l'avance le lieu, ce qui est interdit en matière civile).

La compétence matérielle d'attribution : le tribunal de commerce juge les litiges entre commerçants, les actes de commerce (même faits par un non commerçant), les sociétés

commerciales, les conflits entre associés de société commerciale, et les procédures de redressement judiciaires ou de liquidation des entreprises en difficulté.

Le tribunal de commerce rend des jugements en premier et dernier ressort jusqu'à 4000€, et des jugements en premier ressort au-delà. Les plaideurs peuvent se défendre eux-mêmes, ou se faire assister ou représenter par la personne de leur choix (avocat, ou autre personne avec un mandat spécial).

5) Le conseil des prud'hommes

C'est une juridiction d'exception où le critère de compétence est le contrat de travail (salarié et entreprise). C'est la situation de l'établissement où est exécuté le travail qui détermine la compétence territoriale. Il est composé par des juges non professionnels en fonction d'une juridiction paritaire (pour moitié avec des élus représentant des employeurs, et des élus représentant des salariés). Pour rendre un jugement, le conseil des prud'hommes comporte deux représentants des employeurs et deux des salariés. En cas de conflit entre les décisions des juges, on fait appel à un juge répartiteur ou au président du tribunal d'instance. La conciliation est obligatoire : tous les juges ont le pouvoir d'essayer de concilier les parties, mais en matière prud'homale elle est obligatoire. Il faut d'abord saisir le bureau de conciliation (un représentant d'employeur et un de salarié). Ce n'est que si la conciliation échoue que l'on peut assigner l'adversaire devant le conseil des prud'hommes. Le conseil des prud'hommes rend des jugements en premier et dernier ressort lorsque la somme est inférieure ou égale à 4000€, ou premier ressort si la somme est supérieure.

5) Le tribunal paritaire des baux ruraux

Les baux ruraux sont quantitativement beaucoup moins importants que les autres juridictions d'exception. Pour que le tribunal des baux ruraux soit saisi il faut un contrat de fermage ou de métayage. La compétence territoriale est désignée par le lieu de l'exploitation. C'est une juridiction paritaire (2 représentants des propriétaires de propriétés agricoles, 2 représentants des fermiers ou des métayés). Les plaideurs doivent se présenter eux-mêmes mais peuvent être assisté (avocat, représentant d'un syndicat agricole, ou membre de la famille). Le jugement de compétence pour le premier et dernier ressort est également de 4000€.

6) Autres :

- Tribunal des affaires de la sécurité sociale (TASS): réclamations formées contre les décisions rendues par les organismes de sécurité sociale.
- Juge de l'expropriation : Après une enquête d'autorité publique, on exproprie et évalue le montant de l'indemnité. Il est saisi par des particuliers expropriés.

B) Cour d'appel : juridiction du second degré

Ce sont des juridictions de droit commun. Elles ont donc compétence pour juger tous les jugements rendus en premier ressort quelque soit la juridiction l'ayant rendu. La compétence territoriale est déterminée par les juridictions du premier degré en sachant que les cours d'appels couvrent plusieurs départements. Il y a 30 cours d'appel en France métropolitaine.

1) L'organisation des cours d'Appel

Elles sont organisées comme le tribunal de grande instance (3 chambres spécialisées : une chambre civile, une chambre sociale, et une chambre correctionnelle). A l'intérieur de ces

chambres se trouvent les conseillers à la cour d'appel (magistrats) avec le président de la chambre. A la tête de la cour d'appel se trouve le président de la cour d'appel. Le ministère public est représenté par un procureur général assisté par des avocats généraux et des substituts généraux. La cour d'appel peut siéger en chambre du conseil ou en audience publique en fonction de la décision rendue en premier ressort (selon qu'elle était publique ou en chambre du conseil). Elle peut siéger selon différentes compositions : la formation ordinaire (président de la chambre et 2 conseillers de la chambre), la formation solennelle (la décision est rendue par 5 magistrats). Quand la cour d'appel est saisie après un renvoi de cassation, elle siège toujours en audience solennelle. Mais, la cour d'appel peut siéger en audience solennelle à l'initiative du premier président lorsqu'une décision grave est tranchée (Exemple : Première affaire de refus de transfert d'embryon congelé après le décès du mari).

Le président de la cour d'appel a les mêmes compétences que le président de grande instance (2 sortes de requête). La cour d'appel rend des arrêts :

- Confirmatifs : Si elle considère que la décision du premier juge est juste elle la valide.
- Infirmatifs : Si elle considère que les juges n'ont pas rendus une bonne décision, c'est la décision de la cour d'appel qui sera appliquée.

L'appel est donc une voie de réformation.

b) L'appel

La cour d'appel est un second degré de juridiction : ses juges vont connaître exactement le même dossier que celui du premier degré, et vont connaître ses questions de faits et questions de droit. En effet dans un procès on a le fait (la situation qui a donné lieu au procès) qu'il faut vérifier puis tenir compte juridiquement, et le droit.

Cependant le procès évolue dans le temps, et les plaideurs ne font pas toujours appel sur le tout (Exemple : Après un divorce confirmé, on ne fait pas appel pour un divorce que l'on a obtenu, mais pour les dommages et intérêts liés à un adultère). Dans ce cas là il n'est dévolu qu'au temps qu'il est appelé.

On peut aussi faire appel sur quelque chose qu'on n'avait pas demandé en première instance (Exemple : En appel, après un divorce, on peut demander à garder le nom de son mari au lieu de reprendre son nom de jeune fille). C'est la question des demandes nouvelles en appel : elle est appréciée d'une manière assez souple (moins d'affaires que si on représentait un autre dossier en première instance). On considère que ne sont pas des demandes nouvelles le fait de changer de fondement juridique (d'article) et de moyens (raisonnements juridiques des plaideurs), ainsi que l'apport de preuve. Peuvent également être en appel les demandes nouvelles virtuellement comprises dans la demande d'origine (Exemple : Pas de changement de nom pour une femme divorcée). On parle de l'effet dévolutif de la cour d'appel

La cour a également un effet suspensif, elle gèle la décision des premiers juges : Le tribunal de première instance rend son jugement, le greffier le rédige sous une forme authentique. La première copie du jugement est confiée à celui qui a gagné et il demande à l'huissier de la remettre à celui qui a perdu. L'huissier prouve que chaque partie connaît la décision rendue. Celui qui a perdu dispose d'un délai d'un mois pour faire appel. Si l'adversaire fait appel, l'effet suspensif dure tant que la cour d'appel n'a pas pris sa décision. Si l'intéressé ne fait pas appel, à l'issue du délai de un mois, le jugement devient exécutoire et ne peut plus être contesté, il a acquis force de chose jugée irrévocable. Ceci encourage les mauvais plaideurs à faire appel, notamment pour gagner du temps avant de payer, mais cela assure une bonne justice.

III- La cour de Cassation :

Elle est unique, et siège à Paris. Cette cour est au sommet de l'ordre judiciaire (répressif et proprement dit).

A) Le fonctionnement de la cour de cassation

1) La composition de la cour de cassation

Elle est composée de représentant du ministère public (procureur général accompagné d'avocats généraux et de juges du siège (conseillers de la cour de cassation, et conseillers référendaire) qui sont répartis dans 6 chambres :

- Ordre répressif : chambre criminelle
 - Ordre judiciaire proprement dit : 3 chambres civiles
 - chambre de la famille
 - chambre du contrat et de la responsabilité
 - chambre de l'immobilier
- 2 autres chambres : chambre commerciale, financière et économique, chambre sociale.

A la tête de chaque chambre se trouve un président de chambre. A la tête de la cour de cassation se trouve le plus grand magistrat de France : le président de la cour de cassation. Pour rendre ses arrêts, la cour de cassation peut adopter différentes formations :

- Formation normale : 5 magistrats (président de la chambre et 4 conseillers). C'est pour les situations les plus délicates)
- Formation restreinte : 3 magistrat (président et 2 conseillers)

Le pourvoi est dirigé par la chambre concernée, et tout sera examiné par une formation restreinte. Si le pourvoi pose une question simple, la formation restreinte va trancher. L'art L 131-6 précise que la formation statue lorsque la solution du pourvoi s'impose (arrêt de rejet, ou arrêt de cassation). La formation restreinte peut déclarer un pourvoi non admis (si les conditions du pourvoi ne sont pas remplies). Il se peut que soient non admis des pourvois non sérieux. Grâce à la formation restreinte, cette cour peut endiguer un nombre considérable de pourvois.

La chambre mixte réunit plusieurs chambres (au moins 3 doivent être concernées). Elle est toujours présidée par le président de la cour de cassation et regroupe les présidents des chambres concernées, les doyens de chaque chambre, et 2 conseillers par chambre. Au minimum, cela représente 13 magistrats (qui sont au plus haut niveau). La chambre mixte est toujours réunie à l'initiative du président de la cour de cassation. Elle est réunie dans 2 cas :

- En cas de divergence entre les cours d'appel
- Lorsqu'il y a un risque d'interprétations divergentes au sein de la cour de cassation.

L'assemblée plénière représente une composition avec toutes les chambres (19 magistrats), elle est présidée par le président de la cour de cassation, les présidents et doyens des 6 chambres, et un conseiller par chambre. Elle est réunie dans 2 cas :

- Question de principe : divergence d'interprétation entre les cours d'appel (saisie facultative : chambre normale et mixte possibles)

- Cas obligatoire : le président de la cour de cassation doit la saisir lorsque, après cassation, une cour d'Appel (la cour d'appel de renvoi) a adopté la même solution que celle qui a été censurée. C'est obligatoire si un second pourvoi, est formé contre un nouvel arrêt sur les mêmes moyens de droit que le premier, entre les mêmes parties et dans la même affaire.

2) Sa compétence

C'est la juridiction de droit commun, qui contrôle les décisions rendues en dernier ressort. Ce n'est pas un troisième degré de juridiction. Le pourvoi en cassation ne sera justifié que parce que l'on peut démontrer que dans le procès, il y a eu une mauvaise application de la loi (la cour de cassation vérifie que la loi est correctement appliquée sans s'intéresser aux faits qu'elle considère comme acquis). Les juges du fond (premier degré) ont un pouvoir souverain pour apprécier les faits. La cour d'appel vérifie simplement qu'à l'occasion du procès le juge a correctement appliqué le droit. On doit donc justifier que la décision rendue n'est pas conforme à la règle de droit. Il faut des griefs juridiques (Exemple : Insuffisance de motifs si le juge n'a pas expliqué comment il a appliqué la loi ; Violation de la loi si elle n'a pas été appliquée ; manque de base légale si l'article n'a pas été appliqué). Ainsi le pourvoi en cassation est défini par l'art 604 de procédure civile « tend à faire censurer par la cour de cassation la non conformité d'un jugement à la règle de droit.

3) Le mécanisme du pourvoi en cassation :

Comme tous les juges de l'ordre judiciaire, le juge de la cour de cassation doit être saisi d'un pourvoi par un plaideur dans les deux mois. Un plaideur peut renoncer du fait de la durée de la procédure. Lorsque le pourvoi n'est pas formé par les intéressés eux-mêmes, il peut être formé par le procureur général ou par le garde des sceaux (ministre de la justice) dans l'intérêt de la loi. Ce pourvoi dans l'intérêt de la loi ne peut ni nuire, ni profiter aux parties, il n'a qu'une vertu pédagogique pour que les magistrats connaissent a position de la cour de cassation dans les affaire identiques. (Exemple : si l'on a recours à une mère porteuse, l'épouse ne peut pas adopter l'enfant de son mari. Fraude à l'adoption ou possibilité ? Un couple ayant obtenu l'accord n'ont pas fait de pourvoi, mais le procureur général a fait un pourvoi dans lequel l'assemblée plénière a été saisi et l'a interdit).

4) Les effets du pourvoi :

Contrairement à l'appel il n'y a pas d'effet suspensif en affaire civile (mais pas en pénal), car le plaideur qui a gagné peut tout de suite faire exécuter la décision de la cour d'Appel. Le fait de ne pas faire exécuter la décision de la cour d'appel peut donner lieu à un pourvoi non admis. La cour de cassation rend des arrêts :

- Arrêt de rejet : rejetant le pourvoi en cassation lorsque les juges du fond ont correctement appliqué la loi
- Arrêt de cassation : arrêt dans lequel la cour constate que le droit a mal été appliqué, la décision des juges de fond est annulée. Elle casse et renvoie à une cour d'appel en audience solennelle. Il est exceptionnel qu'il y ait une cassation sans renvoi. (Exemple : un plaideur demande des dommages et intérêts alors qu'il n'y a pas lieu de les accorder selon la cour d'appel ; l'appel a été formulé en délais).

Lorsque la juridiction de renvoi est saisie, elle remet la décision de la cour de cassation et respecte ses consignes juridiques en général, mais n'y est pas obligée. Dans certain cas, il y a une résistance des juges du fond, s'ils reprennent la même interprétation qu'en première

instance, ce qui donne souvent lieu à un second pourvoi et donc à la saisie de l'Assemblée plénière. La troisième cour d'appel sera donc obligée de s'incliner et d'en tenir compte.

B) les fonctions de la cour de cassation :

Elle contrôle le travail des juges du fond. Elle ne juge pas le procès, mais la décision rendue. Deux fonctions :

1) Le Contrôle des juges du fond : le contrôle de la qualification et la motivation

La qualification est indispensable pour exercer le droit. Le droit est une notion abstraite. Le juge doit qualifier les faits pour les appliquer au droit. (Exemple : En cas de visite, le droit de visite au chien est-il possible en sachant que c'est un meuble et non un sujet de droit contrairement aux enfants ? Réponse : Non, sinon on aurait un droit de visite sur tous les meubles quels qu'ils soient). La cour de cassation contrôle le travail de qualification. La qualification est une opération intellectuelle qui consiste à conférer aux circonstances de fait la qualité juridique qui leur convient.

Les plaideurs utilisent des moyens (arguments juridiques), auxquels le juge doit répondre à chacun. Le juge doit répondre à tous les arguments des plaideurs. Ce travail est contrôlé par la cour de cassation.

2) Unification de la jurisprudence : le contrôle de l'interprétation de la loi

La loi est une règle générale et impersonnelle pouvant être sujette à plusieurs interprétations. La cour de cassation doit imposer une uniformisation de la cour de cassation (pour que les jugements rendus soient identiques). Pour cela, elle s'appuie par 4 mécanismes (2 préventifs, 2 a posteriori) :

Mécanismes préventifs :

- Le pourvoi dans l'intérêt de la loi : Il a une vertu pédagogique en montrant aux magistrats l'application de la cour de cassation.
- Mécanisme de la saisine pour avis : Le juge du fond est confronté à une difficulté et demande son avis à la cour de cassation. 1991 :
 - La demande est une question de droit nouvelle
 - La demande pose une difficulté sérieuse
 - Cette difficulté va se poser dans de nombreux litiges

Le recours est facultatif, mais s'il est décidé, cette décision n'est pas susceptible de recours. La cour de cassation donne son avis dans un délai de trois mois. La cour se réunit avec le président de la cour de cassation et le président de chaque chambre. Cette saisine peut concerner aussi bien le droit civil que le droit public. Le juge qui a posé l'avis peut ne pas tenir compte de la réponse.

Mécanismes à posteriori

- Saisine de la chambre mixte

- Saisine de l'Assemblée plénière : chaque fois qu'elle rend un arrêt et renvoie, la cour d'appel de renvoie est obligée de respecter le point de vue de la cour de cassation. C'est particulièrement vrai lorsqu'elle est saisie dans le cadre du deuxième pourvoi.

Le président de la cour de cassation peut renvoyer l'affaire, saisir la chambre concernée, la chambre mixte ou l'assemblée plénière. Art 1384 : plusieurs hypothèses de responsabilité du fait d'autrui, il évoque la responsabilité du préposé et du commettant. Le commettant est responsable du préposé pour les fautes commises sous ses fonctions. Devant les juges du fond il y a eu un débat sur « les fonctions » pour les perspectives d'indemnisation de la victime. (Exemple : un épicier envoie son employé faire des livraisons, il prend un passager et a un accident. Qui est responsable ? Les juges du fond favorisent l'indemnisation de la victime, les employeurs font un pourvoi en cassation. La cour de cassation a regardé cet article et interprète les « fonctions » au sens restreint. La cour d'appel de renvoie peut résister et reprendre le sens large. L'employeur refait un second pourvoi, l'assemblée plénière est saisie : soit elle admet que la décision des juges du fond est juste et rejette le pourvoi, soit elle renvoie devant une autre cour d'appel qui sera obligée d'admettre son point de vue). Dans l'affaire Perruche, il y avait une vision de la société en jeu.

IV- Le personnel judiciaire

A) Les agents de juridictions (indispensables pour rendre la justice)

1) Les magistrats

Le mot « magistrat » a plusieurs sens : cela renvoie à un fonctionnaire public qui est investi d'une autorité judiciaire législative ou politique. Mais au sens étroit, c'est l'autorité juridictionnelle : le fonctionnaire membre de l'ordre judiciaire qui a pour mission de rendre la justice.

Il y a des juges qui ne sont pas des magistrats dans certaines juridictions du premier degré (juges de proximité, tribunal de commerce, conseil des prud'hommes et tribunal paritaire des baux ruraux).

Magistrat : corps unique issu de l'École Nationale de la Magistrature (l'ENM). Les auditeurs de justices (jeunes reçus au concours) ont une formation de deux ans incluant des stages et une préparation de trois mois à la première fonction, puis une formation continue d'excellence. Le jeune magistrat fait un choix de fonction : soit juge du ministère public, soit juge du siège.

a) Les juges du siège

Ce sont ceux qui rendent les jugements : on parle de magistrature assise. Ils vont trancher les litiges par voie de jugement si c'est au premier degré, ou par voie d'arrêt si c'est au second degré. Rendre la justice, c'est exercer un pouvoir de l'État qui implique la liberté, ils doivent donc être indépendants (ce qui est garanti par le président de la République). Un juge du siège ne peut pas recevoir une altercation nouvelle, même en avancement, s'il ne l'a pas demandée : il est donc inamovible. Ce statut est important, mais il connaît un certain malaise car il y a de moins en moins de collégialité et de plus en plus de juges uniques (diverses solutions seraient acceptables et il n'y a pas de concertation), la réduction des juges augmente le nombre de dossiers.

b) Les magistrats du parquet

On les désigne sous plusieurs mots :

- Magistrature debout
- Magistrature de ministère public
- Procureurs

Dans l'Ancien droit, ceux qui rendaient la justice (seigneur, roi) confiaient par procuration la mission de rendre la justice. Le procureur était alors un mandataire, un représentant. Peu à peu, ce procureur ne rend plus la justice au nom du droit, mais au nom de l'intérêt général. Le ministère public intervient dans un certain nombre d'affaires parce qu'il défend la société.

Parquet : À l'époque où le procureur représentait le seigneur, il était installé sur une estrade en bois, d'où le nom « parquet ».

On parle de « magistrature debout » car il se lève pour faire part de ses décisions. C'est un corps hiérarchisé qui dépend du ministère de la justice. « Si la plume est servie, la parole est libre » : Le procureur doit prendre des réquisitions conformes à celles qu'il a reçu, mais peut dire qu'il n'est pas d'accord au tribunal. En pénal, dans l'ordre répressif, il poursuit le délinquant et l'amène devant la juridiction qui le jugera. En matière répressive, le ministère public mène l'action publique : il est demandeur de sanction, donc l'acteur principal. En ce qui concerne les juridictions de l'ordre judiciaire proprement dit (particuliers entre eux), son rôle est différent : il peut être partie principale (demandeur quand l'ordre public est concerné). (Exemples : Le ministère public a demandé à faire annuler le mariage homosexuel célébré par Noël Mamère ; Il peut demander la liquidation d'une entreprise). D'après l'article 423 du code de procédure civile, le procureur peut agir comme partie principale même si aucun texte ne le prévoit dès lors que l'ordre public est concerné (Exemple : Dans le cadre de l'affaire des jumelles nées par le recours d'une mère porteuse en Californie, on s'est interrogé sur la façon de le transcrire en France). En général, le ministère public intervient comme partie jointe parce que la loi l'exige: il n'est pas demandeur, mais le procureur intervient pour expliquer son avis soit par des conclusions écrites, soit par une intervention orale à l'audience. Le procureur intervient obligatoirement en matière de filiation, en matière de protection des incapables, et en matière gracieuse. Il joue un rôle considérable dans le pourvoi en cassation c'est-à-dire le rôle du ministère public, car il est obligé d'interpréter la loi.

On dit : « Le procureur de la république près le tribunal de grande instance » (et non pas « du tribunal de grande instance »).

Devant les juridictions d'instruction du premier degré, le ministre public n'intervient pas obligatoirement, mais intervient lorsqu'il considère que la loi est concernée.

2) Les greffiers

Le mot « greffier » vient du latin « graphium » désignant la baguette de bois permettant d'écrire sur les tablettes de cire.

Le greffier et le notaire étaient réunis jusqu'à François 1^{er} (par le biais d'offices). Ils étaient des officiers qui achetaient leur charge. Les greffes de commerce restent des offices. En 1965, les greffiers sont des fonctionnaires, sauf en matière commerciale. C'est l'école de Dijon qui prépare à cette fonction. Aujourd'hui, on parle de secrétariat à la greffe car il est secrétaire et a un rôle de conservation des jugements. En tant que secrétariat de la juridiction il a un rôle très important (il inscrit cette affaire sur le répertoire de la juridiction, crée le dossier, et effectue le travail d'organisation). Sa présence à l'audience est obligatoire, et à son issue, le greffier authentifie tous les actes du juge. Donc, le greffe conserve par l'écriture la preuve écrite de tous les actes du juge, d'où l'obligation de la signature du juge et du greffier sur l'acte de jugement. Il authentifie aussi les actes de saisine, c'est une preuve authentique, cette preuve étant la meilleure preuve (il n'y en a pas de supérieure). Si le greffier n'est pas à

l'audience, l'acte du juge est nul. Le greffier délivre aux intéressés une copie du jugement (l'original reste au tribunal). Il expédie le jugement en délivrant la « grosse » au vainqueur (« grosse » car à l'époque où les greffiers étaient des officiers, les copies étaient en grosse écriture pour qu'il y ait beaucoup de pages pour qu'ils soient davantage payés). La greffe est un lieu de publicité (registre du commerce). Le greffier du tribunal de grande instance est tenu de conserver un double de l'Etat civil depuis l'incendie de la mairie de Paris ainsi qu'un registre du répertoire civil, dans lequel il note toutes les décisions judiciaires qui concerne un changement de pouvoir. (Exemples : placement sous tutelle, divorce, changement d'état civil).

B) Les auxiliaires de la justice

A la différence des magistrats et greffiers, ils ne sont pas indispensables. On distingue ceux qui sont titulaire d'un office, qui peuvent, lorsqu'ils partent à la retraite, désigner leur successeur (valeur pénale) : c'est le cas des notaires, et ceux qui ne sont pas officiers : ce sont les professions libérales.

1) Les auxiliaires de justice non titulaire d'un office.

a) Les avocats

L'avocat exerce une profession libérale en constante expansion. Elle a fait l'objet de 2 réformes

- Le 31 décembre 1971
- Le 31 décembre 1990

Pour devenir avocat, il faut passer le concours d'entrée à l'école des avocats, suivre la formation de cette école et obtenir le CAPA permettant de plaider. Dans chaque tribunal, ils sont regroupés en barreaux ou ordres. Chaque barreau est autonome, c'est-à-dire indépendant, et élit le conseil de l'ordre (qui les représente et les administre), avec à sa tête, le bâtonnier. La profession d'avocat comprend aussi les anciens avoués. Les avoués étaient titulaires d'offices. Ils représentaient le client (postulation) et faisaient les actes de procédure alors que l'avocat plaide. Les avoués ont disparu en 1971. Un avocat peut plaider sur tout le territoire et même à l'étranger, mais la postulation ne peut se faire qu'auprès du barreau auquel il est inscrit.

La postulation est un acte de procédure qui a un coût tarifé, alors que les coûts de la plaidoirie (les honoraires) sont libres et relèvent du contrat.

La réforme de 90 a élargi la profession en y faisant rentrer les conseillers juridiques : personne ne peut exercer le conseil en droit s'il n'est pas avocat (ou conseiller juridique de l'entreprise en appartenant à une entreprise). Un avocat peut être collaborateur salarié d'un cabinet. Au cours de l'été, ils ont obtenu l'acte sous signature d'avocat.

Cette profession est très diversifiée (ils plaident, postulent, rédigent les statuts).

b) Les techniciens judiciaires (ou experts, ou experts judiciaire)

On les désigne lors d'un procès. Les questions techniques posées au juge ne peuvent être analysées que par un expert (scientifiques, graphologues, architectes...). Ils ne font pas une profession du droit, mais peuvent faire des investigations techniques donnant lieu à un rapport retransmis au juge. Tous les ans, la cour d'appel dresse une liste dans tous les domaines à la demande du procureur général. Des personnes demandent à l'être, ou on peut leur demander si elles souhaitent exercer. Ceux qui figurent sur cette liste prêtent serment en début d'année

et peuvent être désignés comme expert tout au long de l'année. Il existe deux cas de figure lors d'un procès :

- L'expert existe
- On est dans une situation où il n'y a pas d'expert existant : il est pris en dehors de la liste et prête serment avant d'exercer sa mission.

Le juge définit le mandat de l'expert. Les rapports d'expertise vont influencer le juge (faute, paternité...). Mais le juge n'est pas obligé de tenir compte du rapport d'expertise. L'expert répond à des questions de fait. Les expertises coûtent cher (elles sont payées par les plaideurs) et ralentissent la procédure. (Exemple : les expertises psychologiques de l'affaire d'Outreau ont été remises en cause)

2) Les auxiliaires de justices : officiers ministériels

Il en existe 3 types :

a) Les avoués à la cour

Ils correspondent aux avoués supprimés en 1971. Certains ressorts de cour d'appel sont très large et donc les magistrats connaissent mal les avocats. Les avoués servent de correspondants en faisant les actes de procédure pour l'avocat. Il y a deux ans, le rapport Guinchard a remis en question la suppression des avoués. Le gouvernement a donc annoncé qu'en 2011, la profession d'avoué à la cour disparaîtra et que ceux qui exercent actuellement ce métier deviendront avocats. Cette disparition est reportée en 2012. Les avoués devant les cours d'appel, postulent pour les plaideurs (pour l'appelant, ou l'intimé). Ils doivent avoir une maîtrise en droit, faire un stage et passer une aptitude professionnelle, puis être désignés par le garde des sceaux.

Si on fait appel, l'avocat doit plaider devant la cour d'appel mais ne peut plus postuler (jusqu'en 2012).

b) les avocats au conseil

Officiers ministériels, ils ont le monopole de la postulation et de la plaidoirie devant la cour de cassation et le conseil d'Etat.

c) Les huissiers

Les huissiers doivent avoir un bon niveau de droit et sont parfois d'importants auxiliaires de la justice, ou parfois du service privé. L'huissier de justice intervient pour donner une force probante, importante à un document en l'authentifier. En tant qu'auxiliaire de justice ils ont le monopole de la signification des actes judiciaires (tout ce qui est en lien avec un procès) et extrajudiciaires (actes sans rapport judiciaires : exemple date de congés à remettre). (Exemple : Il faut connaître la date exacte de l'appel, donc il certifie qu'il a remis la certification en main propre). Les huissiers peuvent assurer l'exécution forcée des titres exécutoires. (Exemple : expulsion). A côté de ce monopole, ils peuvent intervenir à titre privé sous demande de particulier. (Exemple : constat d'adultère). Dans ce cas, l'huissier fournit une preuve comme une autre. Lorsque les huissiers interviennent dans le cadre de leur monopole, leur intervention a un barème. Pour un certain nombre d'activités en dehors il peut y avoir des honoraires libres.

Chapitre 1 : La notion de droit subjectif

Le droit subjectif est l'espace de liberté qui est garanti par le droit objectif (normes, encadrement judiciaire). Il peut être défini comme le pouvoir du sujet garanti par l'Etat parce qu'il est conforme au droit objectif.

Il y a des droits attachés à la personne, ce sont les droits de la personnalité. (Exemple : Droit à la vie, droit à l'image, droit à la dignité). Les droits subjectifs sont ceux dont on peut disposer, ceux du commerce juridique portent sur la circulation des biens (vente, location, don).

Les droits du commerce juridiques sont de deux sortes :

- Droit que l'on exerce sur les choses : droit réel. (Exemple : Droit sur ses propres affaires personnelles).
- Le droit que l'on exerce sur quelqu'un : le droit personnel. (Exemple : Droit de créance).

I- La diversité des droits subjectifs

A) Droits réels

C'est un pouvoir juridique directement exercé sur une chose et permettant d'en retirer tout ou partie de ses utilités économiques.

1) La classification des choses :

Dans le langage juridique, la chose est l'objet d'un droit patrimonial (évaluable en argent). Il y en a deux sortes :

- Choses corporelles : faites de matière, palpables, déterminées.
- Choses incorporelles : non faites de matière (valeur en argent).

Les droits réels portent sur des choses corporelles que l'on appelle des biens. Les choses corporelles sont classifiées de diverses manières.

a) La classification fondée sur la nature physique du bien

Elle repose sur la distinction des choses qui peuvent se déplacer, qualifiées de mobiles et donc de meubles, et celles qui ne le peuvent pas, qualifiées de immobiles et donc d'immeubles. Cette distinction reposait sur leur importance dans le droit romain où les immeubles constituaient la fortune. Aujourd'hui, l'article 1276 du code civil précise qu'on fait de meuble concession de titre : on suppose que la possession fait le propriétaire car c'est plus difficilement déterminable. Cette distinction repose sur l'article 516 du code civil : « Tous les biens sont meubles ou immeubles ».

a-1) Les immeubles

Ils ne constituent pas une catégorie homogène il y a :

- Les immeubles par nature : le sol et tout ce qui est agrégé au sol. (Exemple : bâtiments, arbres, canalisations, plantations). Cette catégorie n'est pas figée car un immeuble peut tomber en ruine et les pierres s'en détachant redeviennent des meubles. Les sapins de Noël et les récoltes sont des immeubles cultivés pour être des meubles.
- Les immeubles par destination : C'est une fiction juridique (mensonge légal organisé par la loi parce que c'est le seul moyen d'arriver au résultat recherché). On est obligé de procéder de cette manière car le meuble fait corps avec l'immeuble. Il y en a deux sortes :
 - Par attache à perpétuelle demeure : Le propriétaire de l'immeuble affecte à cet immeuble un meuble de telle manière qu'on ne peut pas le détacher sans abîmer le meuble ou l'immeuble comme l'explique l'article 525 du code civil. Il faut que le propriétaire de l'immeuble et du meuble soit le même. Il faut qu'il y ait une attache apparente et durable traduisant la volonté du propriétaire (le meuble peut être collé, fixé de manière forte... etcetera). Le meuble étant incorporé dans l'immeuble il en fait parti. Également, font partie des meubles attachés à perpétuelle demeure « les glaces d'un appartement (...) lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie, (...) les tableaux et autres ornements (...) [les] statues lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour la recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration », les objets (tapisseries) conçus exactement pour la dimension de la pièce. Cela doit correspondre à un ensemble que l'on a voulu créer. Le propriétaire qui a affecté un meuble à l'immeuble peut le détacher. (Exemple : collection de rosiers).
 - Par affectation au service ou à l'exploitation d'un fond : Ici c'est l'intérêt économique du meuble pour l'immeuble qui va le déterminer comme le montre l'article 524 du code civil. Le propriétaire du meuble doit être celui de l'immeuble. Ces meubles sont destinés à l'exploitation économique de l'immeuble. (Exemples : Destination agricole des animaux nécessaires à l'exploitation du bâtiment agricole, chevaux de haras, poulets d'élevage industriel, tracteurs). Cela concerne aussi les immobilisations par destination industrielle. (Exemple : tonneaux des brasseries, robots et outils d'une entreprise industrielle). Il existe aussi les immobilisations par destination à l'exploitation commerciale. (Exemple : balance, calculatrice). Cette immobilisation par destination est une fiction et implique que toutes les conditions soient remplies, c'est une qualification civile non retenue par le pénal. (Exemple : Le vol correspond à la chose soustraite à autrui, or on pourrait voler un immeuble selon cette définition). Le 15 avril 1998, la cour de cassation s'est prononcée sur le cas de fresques : certains propriétaires ont vendu des fresques sur un mur, il a fallu déterminer si c'était des immeubles par destination ou des meubles pour déterminer si c'était la juridiction française ou suisse qui était compétente. Pour devenir un immeuble par destination, il faut d'abord avoir été un meuble (ce qui n'est pas le cas de la fresque).
 - L'article 526 assimile aux immeubles certains droits. (Exemple : une indemnité destinée à prendre la place d'un immeuble est un immeuble, les servitudes et l'usufruit sont des immeubles, les actions en justices concernant des immeubles sont des actions immobilières).

a-2) Les meubles :

Tout ce qui n'est pas immeuble est meuble. On distingue :

- Les meubles par natures : Biens qui peuvent se déplacer ou être déplacé. (Exemples : Chien, animaux, bateau).
- Les meubles par anticipation : La fiscalité des meubles et des immeubles n'étant pas la même, on qualifie de meubles par anticipation tout élément d'un immeuble détaché de lui. (Exemple : Pierres extraites d'une carrière).
- Tous les droits portant sur des meubles sont considérés comme des meubles.
- Tous les droits personnels sont des droits mobiliers.

b) La classification fondée sur l'appropriation des choses

b-1) Les choses avec propriétaire qui ne sont pas dans le commerce juridique

Il faut distinguer :

- Les biens du domaine public : Ils ne sont pas dans le commerce juridique car ils sont affectés à l'usage de tous. (Exemples : livres de bibliothèque, routes). Il faut que ces biens fassent l'objet d'une décision d'affectation à l'usage public. Il n'est pas par sa nature réservé à tous, il fait donc l'objet d'une décision d'affectation. Une décision peut les réaffecter au commerce juridique. (Exemple : Œuvres du Louvres non exposées et mises en vente, maisons des gardes barrières vendues, forts de la ligne Maginot vendus).
- Les biens privés inaliénables qui ne sont pas dans le domaine juridique : Des difficultés ont surgi à l'affaire suivante : M. Sainte Colombe distribue un immeuble à chacun de ses enfants mais leur interdit de le vendre de leur vivant, or une de ses filles est criblée de dette et ses créanciers voudraient lui saisir. Le 20 avril 1858 : la cour de cassation déclare « on peut introduire à l'occasion d'un acte de cession la clause d'inaliénabilité à condition qu'elle présente un intérêt sérieux et légitime » si sa fille meurt avant lui il le récupère, donc il a intérêt à ce qu'il soit inaliénable « l'inaliénabilité doit être temporaire » la clause est bien limitée dans le temps. Ces deux conditions vont s'imposer et cela va durer sans être remis en cause. Une loi du 3 juillet 1971 va modifier l'article 900-1 du code civil en confirmant les deux conditions posées par la jurisprudence de sainte Colombe, mais il ajoute que le bénéficiaire du bien frappé d'inaliénabilité peut saisir la justice pour être autorisé à disposer du bien si l'intérêt a disparu ou s'il a un intérêt plus important à disposer du bien. Très souvent, le donateur se réserve une clause d'inaliénabilité.

b-2) Les choses sans propriétaires

- Les choses communes (res communis). Elles ne sont pas appropriées car ce sont des biens en très grande quantité. (Exemples : L'air que nous respirons, l'eau de la mer, les coquillages).
- Les choses sans maître (res nullius) : Elles n'ont pas été appropriées, cela ne concerne que des meubles car tous les immeubles sans propriétaire appartiennent à l'Etat. (Exemples : Gibier, poisson des mers). Le premier qui, par occupation, attrape un de ces meubles en devient propriétaire. (Exemple : le premier qui pêche un poisson).
- Les choses abandonnées ou res derelictae : Les choses abandonnées procèdent de l'idée suivante : un objet rattaché juridiquement à une personne ne lui plaît plus,

lorsqu'il s'en sépare il rompt le lien de propriété qui le rattachait à lui. Ces biens peuvent être réappropriés par quelqu'un d'autre. (Exemple : C'est le cas des choses abandonnées à la déchetterie car n'importe qui peut s'en emparer). Ces questions de récupération se sont appliquées également au corps humain. (Exemple : déchets hospitaliers dont tissus ou bouts d'os). Il faut que l'abandon soit évident. (Exemple : Si un portefeuille est trouvé sur le trottoir il y a peu de chance que son propriétaire l'ait volontairement abandonné).

- Les trésors : En droit, le trésor est une chose mobilière qui a été volontairement enfouie et cachée. Personne ne connaît son existence avant la découverte, ni qui l'a caché. Si on connaissait son existence avant la découverte et qui était son propriétaire initial, ce n'est pas un trésor. Si le trésor est trouvé par quelqu'un dans sa propriété il lui appartient. S'il est trouvé par quelqu'un qui effectuait des travaux, il doit être partagé pour moitié entre le propriétaire de l'immobilier et la personne qui l'a découvert.

c) La classification fondée sur l'exploitation

- Les choses frugifères et non frugifères (« portant des fruits ») : Les biens productifs sont susceptibles de fournir des fruits ou des produits. Le « fruit » est une notion juridique désignant ce que le bien produit régulièrement, périodiquement, sans diminution ni altération de sa substance. Le bien productif n'est pas altéré par le fruit. Il existe 3 sortes de fruits :
 - Le fruit naturel, ce que le bien produit sans intervention humaine. (Exemple : des chiots).
 - Le fruit industriel, produit par des machines, résultat de l'industrie humaine.
 - Le fruit civil, ce que le bien produit sous forme d'argent. (Exemples : loyer, intérêts bancaires).

On les distingue car l'usufruitier ne donnera des fruits qu'après la récolte. Le produit n'est pas produit de façon périodique et entraîne une diminution de la substance du bien. (Exemple : L'extraction de pierres épuise la carrière).

- Les choses fongibles et choses non fongibles : C'est la distinction entre choses interchangeables et non interchangeables. L'intérêt des biens fongibles (ou choses de genre) est qu'elles sont remplaçables. (Exemple : 1 litre d'essence). Les corps certains, ou choses non fongibles ne sont pas remplaçables et ont une valeur propre. (Exemple : tableau). Cette distinction peut varier dans le temps. (Exemple : Le code civil de l'année est une chose de genre, mais si on l'annote et que l'on devient célèbre, une fois vendu il acquiert une valeur propre).
- Les choses consommables et non consommables. Les choses consommables vont être consommées entièrement par leur premier usage. (Exemples : pâtisserie, monnaie). Les choses non consommables sont susceptibles d'un usage prolongé. (Exemple : appartement).

d) La classification des droits réels principaux

Le droit réel est un pouvoir direct exercé sur une chose corporelle (meuble ou immeuble). Ce droit est opposable à tous. (Exemple : interdiction d'entrer dans une propriété privé sans la permission du propriétaire). Le modèle du droit réel par excellence est le droit de propriété, mais il existe des droits issus de son démembrement : l'usufruit et ses diminutifs, la servitude et l'emphytéose. Ils présentent tous les mêmes caractéristiques et confèrent à leur titulaire un droit de suite et un droit de préférence :

- Le droit de suite implique que le titulaire du droit réel peut exercer son pouvoir sur la chose quelle que soit la main qui en détienne la propriété. (Exemple : Si un bien nous est volé et qu'on le revoit on est en droit de le reprendre au voleur).
- Le droit de préférence permet au titulaire du droit réel d'être préféré à tout autre créancier sur le bien, notamment à travers les droits réels accessoires.

2) La propriété privé

L'article 144 du code civil définit la propriété ainsi : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

a) Les attributs du droit de propriété

Le propriétaire détient 3 attributs :

- L'usus (usage) : Attribut du droit de propriété qui permet à son propriétaire de se servir de la chose et d'en profiter. (Exemple : Droit de se servir ou d'abandonner sa maison, droit d'utiliser un code civil qui nous appartient comme on le désire).
- Le fructus (fruit et produit) : Attribut du droit de propriété qui permet d'exploiter économiquement le bien. (Exemple : Si on loue sa maison, on ne se sert pas de l'usus mais du fructus). On dispose ensuite des fruits comme on l'entend. (Exemple : Placer son argent ou le dépenser).
- L'abusus : Pouvoir de disposer juridiquement ou matériellement des choses (Exemples : droit de jeter ou détruire un bien, droit d'agrandir une maison ou d'abattre une cloison). Droit de vendre, de donner ou de prêter le bien, de le détruire ou le transformer. (Exemple : Hypothèque).

b) Les caractères du droit de propriété

Il a 3 caractères correspondant à sa définition

- Droit absolu : Le propriétaire est exactement comme un monarque face à son bien, il en fait ce qu'il veut. Ce droit doit être respecté par tous, personne ne peut empiéter sur la propriété de quelqu'un. Personne ne peut contraindre un propriétaire à vendre son bien mis à part dans le cas de l'expropriation pour l'intérêt général après une enquête d'utilité publique. Dans ce cas, la personne morale de droit civil devra indemniser le propriétaire. Le droit de propriété est opposable à tous. La cour d'appel de Colmar a toutefois reconnu qu'il peut y avoir un abus du droit de propriété. En effet, deux propriétaires étaient en conflit car l'un des deux a fait édifier sur son mur une cheminée peinte en noir en face de son voisin, la victime a saisi la justice en soutenant un abus du droit de propriété (la cheminée ne servant à rien car le propriétaire n'en tirant aucun profit mais nuisant au voisin). Ce fut aussi le cas dans l'affaire Clément Ader où un propriétaire a posé des pics sur son toit alors que passaient des dirigeables. On admet qu'il peut y avoir des troubles anormaux de voisinage (Exemple : boîte de nuit non insonorisée), et des servitudes d'urbanisme dans un intérêt collectif (Exemple : Limite des hausses de loyer, interdiction de construire plus d'un certain nombre d'étages). Toutefois la juridiction protège le droit absolu. (Exemple : Dans un arrêt du 5 décembre 2001 il a été décidé que l'on abatte pour 60 cm d'empiètement un immeuble).

- Droit exclusif : La propriété ne se partage pas. Toutefois, ce principe comporte deux exceptions :
 - L'indivision : situation fréquente provenant du contrat. (Exemples : Achat en indivision d'une maison par des concubins, indivision successorales d'héritiers). Les propriétaires sont propriétaires d'une fraction abstraite, théorique du bien. C'est une anomalie car plusieurs propriétaires s'entendent. L'article 815 du code civil précise « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention ». (Exemple : Si les concubins se séparent, soit l'un des deux rachète la part de l'autre, soit ils vendent et se partagent la part). Lorsqu'on est dans un régime d'indivision, pour les actes d'administration il faut témoigner de sa volonté. La loi du 31 décembre 1976 conventions d'indivisions est indiquée dans l'art 1873-1 code civil « Ceux qui ont des droits à exercer sur des biens indivis, à titre de propriétaires, de nus-propriétaires ou d'usufruitiers, peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de ces droits » les Co indivisaires passent en général des conventions qui sont valables 5 ans renouvelables, dans ces conventions ils peuvent désigner un gérant d'indivision, et pendant la durée de la convention il ne peut pas y avoir de partage sauf pour un juste motif. Cette convention permet au juge de sursoir à des partages, ce qui permet une meilleure administration. (Exemple : En cas de crise économique, on peut reporter la vente d'un bien). La loi du 23 juin 2006 modifie les articles 815-2 et 815-3. Désormais, tout indivisaire, même en l'absence de convention, peut prendre seul les mesures nécessaires pour la conservation du bien. Il peut pour cela employer les fonds de l'indivision et d'autre part, s'il n'y a pas de fond d'indivision obliger les Co indivisaires à assumer leur part. (Exemple : Obligation de refaire la toiture d'une maison de vacances familiale héritée). Les Co indivisaires qui disposent au moins des 2/3 des droits peuvent effectuer sans aucun accord des autres tous les actes d'administrations ponctuels (entretien courant), peuvent donner mandat d'administration à un indivisaire ou à un tiers (agent immobilier, gérant), et peuvent vendre les meubles indivis pour payer ses propres dettes et charges. Cependant, cet article réserve le principe que le consentement de tous les indivisaires est requis pour effectuer les actes qui ne ressortent pas de l'exploitation normale du bien indivis. (Exemple : Vente de l'immeuble). Une loi du 12 mai 2009 dite « de simplification du droit » a mis fin au principe de l'unanimité des Co indivisaires pour les actes de disposition. Sans demander le partage, un ou plusieurs Co indivisaires peuvent demander directement au tribunal le droit de vendre le bien.
 - La copropriété : Elle était ignorée du code civil et organisée de façon sommaire. Mais l'explosion urbaine a encouragé la construction en hauteur. Le législateur est intervenu pour préciser les règles de la copropriété. Elle existe chaque fois qu'il y a des parties communes (à l'usage de tous) et parties privatives (sur lesquelles chacun a un usage). C'est un mélange indissociable. (Exemple : En achetant un appartement le plafond de la propriété s'effectue dans un espace délimité par des murs dans un espace plus vaste, toutefois on acquiert aussi un lot de copropriété qui a une partie privative à laquelle est rattachée des millièmes correspondant à des parties communes dépendant de l'importance de la taille du bien immobilier acheté, un studio aura moins de millièmes qu'un T5). Il ne faut pas confondre la copropriété avec la multipropriété qui est le droit de jouissance à période partagée. (Exemple : Une

société est propriétaire mais des individus ont des actions permettant de se servir d'un bien à une période donnée, c'est un droit de créance).

- Droit perpétuel : il n'est pas viager, la propriété survit à la mort du propriétaire. De même le non usage n'y met pas fin. Ce droit ne se prescrit pas. On peut toujours revendiquer en justice la propriété. (Exemple : On peu saisir la justice à tout moment à propos d'un empiètement même si celui-ci a lieu depuis des années). Une propriété peut faire l'objet d'une prescription acquisitive : une personne se comportera au vue et au sus de tout le monde pourra faire saisir la justice pour faire constater la propriété.

c) Les modes d'acquisition du mode de propriété

La propriété se fait de deux manières : à titre onéreux ou à titre gratuit. On distingue :

- L'acquisition originaire : On produit ce dont on va être propriétaire.
- La prescription acquisitive : on nous a transmis le bien légalement. (Exemple : Par héritage).
- La cession : le propriétaire se dépouille à prix onéreux (vente) ou à titre gratuit (donation) au profit d'un autre.

d) Les démembrements des droits de propriété

Il y a plusieurs droits démembrés du droit de propriété, les droits réels étant limités.

d-1) L'usufruit

L'article 578 du code civil donne la définition suivante « L'usufruit et le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ». L'un est propriétaire mais n'a plus l'usus et le fructus bien qu'il conserve l'abusus. L'autre est usufruitier et a l'usage et le fructus. L'usufruit est une situation fréquente car elle peut porter sur toute espèce de bien (meuble, immeuble), s'il porte sur un bien consommable on parle de quasi-usufruit. Il peut résulter aussi bien de la loi que de la volonté des propriétaires que d'une organisation par la loi. (Exemples : succession, une personne qui n'a pas beaucoup de revenu peut vendre sa propriété mais en conserver l'usage, jugement de divorce). L'usufruitier doit conserver la substance de la chose mais n'obtiendra jamais le produit (ce qui permet de conserver le capital). Il jouit comme le propriétaire lui-même : il peut administrer le bien et en disposer contre les charges en contrepartie (payer les impôts, assurer toutes les réparations). Contrairement à l'usufruitier qui a la maîtrise du bien, le locataire a un droit personnel et ne peut exiger que la jouissance promise par le propriétaire mais ne peut pas faire ce qu'il veut sauf avec l'accord du propriétaire. L'usufruitier a une maîtrise directe du bien. Celui qui est propriétaire mais qui n'a que l'abusus est le nu-propriétaire. Il conserve la propriété mais ne peut plus disposer du bien. Il peut aliéner sa nue-propriété, mais il doit respecter les droits de l'usufruitier. Il ne sera garant que des plus grosses réparations (toiture). La séparation usus, fructus, abusus ne peut pas être provisoire. L'usufruit est un droit viager (qui s'arrête à la mort du propriétaire) ou avec une limite fixée par contrat. Si l'usufruit est prévu pour 5 ans et que l'usufruitier meurt au bout de 4 ans, l'usufruit s'arrête et le nu-propriétaire retrouve la nue-propriété, autrement il prend fin au bout des 5 ans prévus. Si l'usufruit est consenti à une personne morale, il durera au maximum trente ans. Néanmoins, l'usufruitier ne pourra bénéficier de l'usus et du fructus que s'il répond à ses obligations, autrement le propriétaire peut agir en justice.

d-2) Les diminutifs de l'usufruit

Ce sont des usufruits limités dans les droits consentis à l'usufruitier

- Le droit d'usage : Il implique que l'usus et le fructus transmis à l'usufruitier sont limités à son usage personnel. Ainsi, à l'inverse de l'usufruitier classique, il ne peut pas louer et ne peut l'exploiter que pour lui-même.
- Le droit d'habitation : Le seul usage du bien pour l'usufruitier est d'habiter lui-même dans cet endroit. Il ne peut pas le louer ni l'exploiter.

d-3) Les servitudes

La servitude est une situation définie par l'article 637 du code civil « Une servitude est une charge imposée sur un héritage (immeuble) pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». C'est un bien immobilier qui doit rendre service à un autre bien immobilier : le fond servant rend service au fond dominant. (Exemple : Servitude de passage : Un immeuble qui a accès direct à la route doit laisser passer les gens qui résident dans un immeuble voisin si ce dernier est enclavé. Le propriétaire du fond servant doit simplement déterminer l'assiette du passage). On ne peut exiger aucune obligation positive du fond servant. Les servitudes peuvent être positives ou négatives. (Exemple : Interdiction de construire un immeuble au profit d'un autre). La servitude est attachée à l'immeuble et non pas au propriétaire, mais si par le fait de vente ou d'héritage les deux immeubles appartiennent au même propriétaire, la servitude disparaît. Elle peut avoir une origine légale ou contractuelle. La servitude se prescrit (le temps qui passe peut mettre fin à une servitude) et peut être acquise par prescription acquisitive. (Exemple de servitude continue et apparente : Si on installe une fenêtre dans un mur qui donne sur la cour de ses voisins).

d-4) L'emphytéose

C'est un droit réel très ancien imaginé par les juristes romains. Il s'agissait de maîtriser la terre antique, donc de donner à celui qui allait l'exploiter une maîtrise suffisante pour son activité et de donner à celui qui allait effectuer des travaux la possibilité de récolter le fruit de son labeur. Le bail emphytéotique permettait donc au bailleur de récolter les fruits de son travail. Le code civil l'a oublié. Il a fallu une loi du 25 juin 1902 pour l'intégrer dans le code rural. L'emphytéose a connu un renouveau dans le mode de la construction : on parle de bail à construire (marinades, grandes surfaces). Le preneur (celui qui bénéficie du contrat) va faire des travaux importants à ses frais et doit avoir pour cela la maîtrise de l'immeuble et des lieux. En échange, il va payer un très faible loyer et la durée du contrat va le permettre d'exploiter les travaux qu'il a réalisés. Sa durée maximale est de 99 ans, et sa durée minimale est de 18 ans. Le preneur a la totale maîtrise pour une faible redevance. Le propriétaire va percevoir une faible redevance, mais à la fin du bail tous les travaux lui sont acquis sans indemnité. Le preneur est aussi appelé l'emphytéote et peut hypothéquer, construire, ou transformer le bien. Le droit emphytéotique peut être cédé. A la différence de l'usufruit, ce n'est pas un droit viager mais limité à la durée du contrat. Si l'emphytéote décède en cours de bail, ses héritiers continueront ou vendront ce droit. C'est le seul contrat de bail qui confère à son titulaire un droit réel.

B) Droits personnels

Le droit réel porte sur une chose corporelle. A l'inverse, le droit personnel porte sur une chose immatérielle : c'est la prestation que je peux exiger d'autrui. (Exemple : Prestation d'une femme de ménage que l'on rémunère).

Droit personnel : Rapport juridique entre deux personnes, en vertu duquel le créancier peut exiger du débiteur un certain fait ou une certaine abstention.

Les droits personnels sont illimités.

1) La structure des droits personnels

Le droit personnel est composé de deux sujets : le créancier et le débiteur, et d'une prestation. Le créancier est le sujet actif qui a le pouvoir d'exiger, il exerce son droit sur le débiteur. Le sujet passif est le débiteur. S'il n'exécute pas cette prestation, c'est sur ses biens que sera exercée la sanction. Le créancier peut obtenir satisfaction sur le patrimoine du débiteur. Quant à l'objet du droit personnel, la prestation est un objet incorporel précisé par l'article 1101 « 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 ». L'obligation de donner est très rare. La prestation de faire est d'exécuter ce que l'on nous demande. L'obligation de ne pas faire peut être une obligation de non concurrence. Toutes les obligations non respectées peuvent faire l'objet de dommages et intérêts.

2) Les effets des droits personnels

Le droit personnel se distingue du droit réel car il a un effet relatif, c'est-à-dire que si le débiteur ne rembourse pas on ne peut pas demander à quelqu'un d'autre de le faire. Comme on n'a qu'une relation avec son débiteur, s'il n'exécute pas la prestation, ses biens sont le garant de l'exécution de la prestation. A la différence du droit réel, le droit de créance n'implique aucun droit de suite ni de référence. Le paiement est au prix la course, c'est-à-dire que le premier créancier qui s'empare du bien est le seul à être sûr d'être payé. Le droit commercial permet des procédures collectives de liquidation des biens du débiteur pour rembourser tous les créanciers proportionnellement au montant de leur créance. Dans le droit civil, le droit personnel du droit de créance prévoit un droit réel accessoire d'une créance (il faut être dans un rapport créancier/débiteur). Si un créancier demande un bien au débiteur, il ne peut exiger qu'un bien sur lequel il a un droit de suite (qu'il pourra toujours retrouver) et un droit de préférence (il sera payé en priorité sur le prix de ce bien) et que sa créance soit payée avant toutes les autres. Le 23 mars 2006 ont été réformés les droits de sûreté. Les droits réels sont maintenant les suivants :

a) Le gage

Il ne peut porter que sur un bien corporel (on parle sinon de nantissement), c'est à dire un meuble. Il implique la dépossession de l'immeuble, c'est-à-dire que le meuble est remis au créancier. Il faut un écrit authentique ou sous-seing privé. L'écrit doit désigner précisément le bien meuble remis en gage. Ainsi, on peut remettre en gage un bien futur. Il peut aussi porter sur des biens fongibles. Le gage de la chose d'autrui est nul. Le gage sera opposable au tiers dans la mesure où il y a dépossession (s'il est remis au créancier). Pendant la durée du gage, le créancier n'est pas le propriétaire, mais un simple possesseur du bien gagé. Il ne peut donc pas en avoir l'usus, mais peut en avoir le fructus (percevoir les intérêts). Si, pendant la durée du gage, le débiteur exécute son obligation, le créancier restitue l'objet. Le créancier peut reprendre le bien tant que la créance et les intérêts n'ont pas été payés. Si, à l'issue du gage, le débiteur n'a pas exécuté sa créance le créancier vend le bien et sera payé en priorité sur le prix de la vente. Il peut également prévoir que ce bien lui sera acquis en paiement : on parle de pacte comissoire. Dans ce cas, le bien sera expertisé afin qu'il n'ait pas une valeur nettement supérieure à celle due. C'est un droit réel accessoire qui porte sur un immeuble et qui est prévu par l'article 2387 du code civil : « Le gage immobilier est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une gâtion ; il emporte dépossession de celui qui le constitue ».

b) L'antichrèse

Elle ne peut résulter que d'un contrat. Le débiteur peut l'affecter à plusieurs créances. Il faut que l'immeuble donné en garanti existe (sa construction doit être achevée). Depuis la réforme de 2006, elle a été relancée car elle impliquait la remise physique. Désormais, cette remise peut être juridique. A ce moment là, le propriétaire continue à vivre dans son immeuble mais verse un loyer au créancier. Le contrat d'antichrèse est un contrat solennel qui impose un acte notarié, car il faudra la publier pour la rendre opposable au tiers. Le créancier n'est que possesseur de cet immeuble et peut en percevoir les fruits, qui sont imputés sur la dette. En contrepartie, le créancier antichrésiste doit s'acquitter des charges de l'immeuble (réparations utiles, impôts) et conserve l'immeuble tant que l'obligation n'est pas exécutée en entier par le débiteur. Il peut exiger la vente forcée de l'immeuble, ce qui est défavorable au débiteur. Dans ce cas, il faut une expertise pour déterminer sa valeur.

c) L'hypothèque

C'est le droit réel accessoire le plus appliqué car une sûreté réelle accessoire sans dépossession. Le propriétaire conserve son immeuble, peut l'habiter, le louer ou le vendre. Mais, le créancier a une sûreté : il aura toujours son droit de suite et de préférence. L'hypothèque prévoit un contrat solennel par un notarié publié à la conservation des hypothèques. Un même immeuble peut donner lieu à plusieurs hypothèques prévues selon la date (hypothèque de premier rang, de second rang... etc). Le créancier peut demander à ce que le bien lui revienne en paiement ce qui implique une expertise. L'ordonnance de 2006 a institué l'hypothèque rechargeable : une fois que le débiteur a remboursé une partie de l'hypothèque, l'individu qui a un immeuble peut consommer ou rembourser le reste par un crédit. La réforme a créé le prêt viagère hypothécaire : l'individu obtient un prêt qui sera remboursé à sa mort pour le bien immeuble donné en garantie si sa dette n'est pas remboursée.

C) Droits intellectuels exercés sur des choses incorporelles : les propriétés intellectuelles

Le bien incorporel suggère le droit personnel. On a ici l'idée de quelqu'un qui va se comporter comme un propriétaire sur une prestation, donc de quelqu'un qui va exploiter son propre travail comme il exploiterait un bien. On trouve deux sorte des propriétés intellectuelles : l'exploitation de l'activité inventive, l'exploitation de l'activité professionnelle.

1) L'exploitation de l'activité inventive

a) La propriété littéraire et artistique

L'auteur créé pour vivre et a besoin d'exploiter son travail mais il y a un lien si fort entre créateur et création qu'on ne peut les détacher. On protège une idée. La loi 11 mars 1957 implique qu'il faut conserver le lien en respectant le droit d'exploiter le bien. Le propriétaire a :

- Un droit d'exploitation : Un auteur peut exploiter lui-même ou faire exploiter (édition, dépôt dans une galerie). Même si un tableau est vendu, il peut demander à modifier son œuvre ou la faire exposer. Cette exploitation peut se faire jusqu'à 50 ans après la mort de l'auteur pour une œuvre littéraire avant qu'elle ne tombe dans le domaine public. Cette durée est de 70 ans pour une œuvre musicale.
- Un droit moral : Le droit moral est le droit qu'à l'auteur de veiller toute sa vie à la valeur d'une œuvre. (Exemple : Un auteur peut changer son œuvre entre deux éditions, ou modifier ses toiles). Un auteur peut détruite ses œuvres, ce droit appartient à l'auteur et à ses descendants. (Exemple : Camille Claudel). Le caractère perpétuel

s'atténue avec le temps mais on le retrouve lorsque l'œuvre est détournée pour un objectif éloigné de celui de l'auteur. (Exemple : Musique religieuse utilisée pour une publicité de fromage. Le réfrigérateur peint par Bernard Buffet démembré contre sa volonté). Ce droit moral est spécifique à la France et à certains pays européens, le système anglo-Saxon étant copyright : le créateur vend entièrement l'œuvre et ne peut pas revenir dessus. (Exemple : On peut coloriser des films sans la permission de l'auteur ailleurs qu'en France).

b) La propriété industrielle

Ne sont protégées que les idées qui sont littéraires ou artistiques. La propriété industrielle concerne les brevets (idées en application industrielle). Ce qui compte dans le brevet est l'antériorité, le premier qui fait breveter son idée. Il existe le brevet français, le brevet européen et le brevet international. L'inventeur doit déposer un dossier à l'INPI (Institut national de la propriété industrielle), démontrer qu'il a l'idée, en quoi elle est nouvelle, et l'application industrielle qu'elle génère. S'il est convainquant, on lui remet un brevet qui interdit à autrui de l'exploiter, sauf si le détenteur du brevet perçoit une redevance. N'est brevetable que l'invention qui a une application industrielle. Un fait naturel (l'eau bout à 100°C) n'est pas brevetable (mais le fait que l'on peut faire passer l'eau dans des tuyaux pour faire fonctionner une machine l'est). Les brevets s'appliquent aux obtentions végétales et aux être vivants modifiés pour une application industrielle. (Exemples : Bactérie modifiée pour absorber des solvants, brevet d'une souris ne produisant que des souriceaux cancéreux pour la recherche). Même l'être humain est rentré dans le brevet (brevet des gènes humains). On ne peut pas breveter tout un génome, mais on peut breveter un gène particulier. Ce brevet présente une particularité : il ne doit pas bloquer d'autres inventions, donc il est limité dans le temps (20 ans). Au bout de 20 ans, l'inventeur ne peut plus exploiter son brevet qui tombe dans le domaine public. Un dessin peut être une invention à application industrielle (dessin pour une marque ou publicité).

B) L'exploitation de l'activité industrielle

Elle passe par la clientèle, qui est attachée au professionnel et le résultat de sa compétence. La clientèle est-elle stable et attachée au professionnel ? (Le successeur va-t-il en bénéficier) :

- La clientèle de professions commerciales : Quel que soit le commerce on y va pour sa situation, ses heures d'ouverture et la proximité par rapport à son domicile. Donc la clientèle commerciale est cédable, a une valeur patrimoniale, et fait partie du fond de commerce.
- La clientèle des professions libérales est volatile, car à l'occasion du changement du cabinet elle ne reviendra pas forcément. Donc, les clientèles civiles étant un rapport de confiance entre les propriétaires et les clients, elles ne sont pas cédables. Cela défavorise les professions libérales, qui se sont rassemblées en société civile. La cour de Cassation dans un arrêt du 7 novembre 2000 a admis qu'une clientèle médicale pouvait être cédée à condition de sauvegarder le choix du patient (qui peut choisir un autre professionnel).

II- Le rassemblement des droits subjectifs : le patrimoine

Le patrimoine, dans le langage quotidien, se rapporte à la fortune, ce qui n'est pas le cas dans le langage juridique où il désigne la totalité des droits et des obligations susceptibles d'une évaluation pécuniaire dont un sujet de droit est titulaire. Ainsi il comprend l'actif et le passif détenu par l'individu.

A) La notion de patrimoine

Le patrimoine n'est pas défini dans le code civil, donc sa notion est essentiellement l'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence, c'est une universalité juridique (un ensemble que l'on ne peut pas détacher de droits et d'obligations). La controverse est de savoir si comme le dit la théorie classique il est lié au sujet de droit.

1) La théorie classique

Elle s'est élaborée au XIX^{ème} siècle avec Aubry et Rau. A partir des différentes dispositions du code civil rattaché à la gestion :

- Le patrimoine est lié à la personnalité juridique et au sujet de droit. (Exemple : Une vieille fille n'aime que son chat et veut lui léguer tous ses biens. Seuls les sujets de droit ont un patrimoine, donc elle ne peut pas léguer ses biens à son chat qui est un objet de droit). L'individu peut vendre un élément du patrimoine mais ne peut pas le vendre en entier. Lorsque l'enfant va naître, dès sa naissance, il devient sujet de droit et est doté d'un patrimoine. Ce patrimoine peut comprendre l'espérance. La vie se déroulant, la composition du patrimoine se modifie. Avec la mort, le patrimoine disparaît. Ce qui était dans le patrimoine est cédée aux héritiers, ou à l'Etat s'il n'y a pas d'héritier (qui peut en faire don aux personnes morales). Dès lors que le patrimoine disparaît, son contenu subsiste et doit aller dans un autre patrimoine.
- Chaque personne n'a qu'un patrimoine : Le patrimoine est unique. Si on a des dettes, on peut se saisir de nos biens, le patrimoine est le garant de la dette. Les créanciers chirographaires, qui n'ont pas de droit réel accessoire peuvent se faire payer sur le patrimoine du débiteur. Cette théorie repose sur le code civil.

2) La critique de la théorie classique

Cette critique remet en cause l'unité du patrimoine, en prenant appui sur le droit allemand et le patrimoine d'affectation (une personne peut affecter un bien à une activité déterminée). En France, quand un commerçant avait des dettes, les créanciers pouvaient saisir ses biens personnels. Cette théorie était donc dangereuse pour certains professionnels. Même si la théorie classique reste le principe il y a des exceptions :

- Il suffit de créer une personne morale pour lui attacher un patrimoine propre. (Exemple : Création de SARL qui est dotée d'un capital qui sera un patrimoine distinct des propriétaires. Les membres de la SARL peuvent parfois s'engager sur leurs biens privés. EURL : Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée permettant à la personne physique de créer sa personne morale et d'avoir deux patrimoines distincts).
- Succession : Lorsqu'une personne meurt l'héritier peut accepter la succession à condition de l'actif net. L'actif et le passif du défunt devenant ceux de l'héritier, ce dernier a intérêt que l'actif soit supérieur au passif. Pendant le temps où l'on évalue la succession (l'inventaire), l'héritier est à la tête de son propre patrimoine et du patrimoine du défunt (donc de deux patrimoines qui ne se confondent pas). Une fois l'inventaire terminé, l'héritier peut accepter ou refuser la succession selon l'état du patrimoine.

B) La gestion du patrimoine

Le patrimoine est constamment modifié. Ainsi, par rapport au contenu du patrimoine et à l'importance de la modification il y a 3 catégories d'actes selon la doctrine et la jurisprudence :

- Acte conservatoire : Qui n'ajoute ni ne retranche quoi que ce soit
- Acte d'administration
- Acte de disposition : Acte dangereux

Un décret du 22 décembre 2008 prit en application de la loi de 7 mars 2007 concernant la protection des personnes vulnérables a énuméré des actes d'administration et de disposition, mais ce décret introduit l'idée que c'est une catégorie flottante (un acte d'administration peut devenir un acte de disposition en fonction du patrimoine de l'intéressé). (Exemple : Dette acte d'administration devenant acte de disposition si elle absorbe tout le passif). Même si ce décret a une influence sur les actes d'administration, il est réservé aux personnes vulnérables.

1) Les actes conservatoires

Ce sont les actes les moins graves car ils ne changent pas le contenu du patrimoine. Cet acte va intervenir pour garantir un bien ou un droit qui est déjà dans le patrimoine. (Exemple : Demande d'hypothèque par un créancier pour être certain qu'elle soit honorée. L'acte ne change rien dans le patrimoine du créancier, mais le débiteur prend un risque, c'est donc un acte de disposition pour ce dernier). Les actes conservatoires sont des actes qui garantissent à une personne de disposer un droit ou un bien dont elle est déjà titulaire (Exemple : l'assurance est un acte conservatoire, tout comme l'action en justice). Un acte conservatoire peut être exercé par toute personne quelle que soit sa capacité juridique (majeur ou mineur).

2) Les actes de disposition

Un acte de disposition représente une menace sur le patrimoine pour plusieurs raisons :

- Il a un côté définitif, le bien sort de manière irrévocable. C'est parfois un acte d'aliénation. (Exemple : La vente d'un immeuble comprend le retrait de l'immeuble du patrimoine). La vente d'un meuble n'est pas forcément un acte de disposition (Exemple : La vente d'une vieille voiture coûtant plus que si on la garde est un acte d'administration). Toutefois, c'est un acte de disposition pour un meuble frugifère (Exemple : Un fond de commerce est un meuble pouvant être très lucratif, donc sa vente est un acte de disposition). Les donations, sans contrepartie, sont des actes juridiques encadrés rigoureusement par le code civil car l'aliénation est sans contrepartie et donc défavorable au donateur.
- Il engage à très long terme. (Exemple : Le bail emphytéotique dure 99 ans et confère des droits importants au preneur).
- C'est une menace sur le patrimoine. (Exemple : Emprunt impliquant le remboursement d'une somme que l'on ne détient pas. L'actif est tenu du remboursement de la dette). La cour de cassation a précisé cette notion à l'occasion de la sortie des cartes bleus. Il faut l'accord du curataire pour qu'un curateur ait le droit de faire un acte. La cour de cassation a décidé que la remise d'une carte bleu, pouvant permettre de s'endetter, est un acte de disposition. Ces actes de disposition ne peuvent pas être exercés par n'importe qui : un incapable ne peut pas en effectuer, un des deux époux ne peut en effectuer qu'avec l'accord de son conjoint, il faut un mandat express pour en effectuer.

3) Les actes d'administration

Ces actes sont tous les actes qui ne sont ni conservatoire, ni de disposition. On considère que l'achat est un acte d'administration (car on transforme de la monnaie en bien), sauf si cet achat est effectué par un emprunt. Les titulaires en droit ont en principe le droit d'effectuer ces actes.

Chapitre 2 : Le régime des droits supplétifs

I- L'acquisition des droits subjectifs

Une des sources du droit subjectif est le contrat, mais il existe d'autres sources : l'héritage (le décès modifiant le patrimoine des héritiers).

A) Les actes juridiques

Acte juridique : Manifestation de volonté ayant pour objet de créer, modifier, ou éteindre un droit. La volonté individuelle poursuit un objectif juridique. (Exemple : Volonté de devenir propriétaire, donc volonté de passer un contrat pour acquérir la propriété).

La notion d'acte juridique est plus large que celle de contrat. (Exemple : Le testament est un contrat). On trouve différents actes juridiques :

- Unilatéraux : ceux créés par une seule personne. (Exemple : testament).
- Multilatéraux : fait par plusieurs personnes. (Exemple : contrat).
- A titre gratuit. (Exemple : don).
- A titre onéreux. (Exemple : emprunt moyennant un intérêt).
- Constitutif : il crée une situation nouvelle. (Exemple : mariage).
- Translatif : il produit un déplacement d'un élément d'un patrimoine à l'autre. (Exemple : vente).
- Déclaratif : actes ayant pour objectif de constater une situation juridique déjà existante. (Exemple : reconnaissance de dette, reconnaissance d'enfant).

1) Les conditions de validité d'un acte juridique

Toutes les conditions ne figurent pas dans le code civil, mais celles du contrat y sont détaillées.

a) Les conditions de fond de l'acte juridique

- L'acte juridique doit respecter l'ordre public et les bonnes mœurs. (Exemple : le code civil indique que le contrat de gestation pour autrui est nul car contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs en France).

- Il faut être capable pour effectuer un acte juridique. La capacité juridique se décline en deux sortes de capacités :
 - La capacité de puissance : aptitude du sujet de droit à acquérir les droits et à en jouir. L'incapacité de jouissance n'existe plus dans notre système juridique actuel, mais c'était le cas dans le passé avec l'esclavage (les enfants de l'esclave appartenaient au propriétaire de l'enfant). Il peut y avoir des incapacités spéciales de jouissance (le personnel d'un centre pour personnes âgées n'a pas le droit de jouir des biens des pensionnaires).
 - La capacité d'exercice : Capacité d'exercer soi-même les droits dont on est titulaire. Elle est refusée aux mineurs et modulée selon l'âge de l'enfant. Pour mettre fin à cette capacité juridique il faut que la personne soit vulnérable (la personne doit avoir la capacité de jouissance).

- Il ne doit pas y avoir de vices du consentement :
 - L'erreur : Fait de croire vrai ce qui est faux. L'erreur ne sera une cause de nullité de l'acte juridique que si elle porte sur une qualité essentielle du contrat. La qualité substantielle est déterminante du comportement. (Exemple : Question de l'erreur dans le mariage pour les qualités du conjoint).
 - Le dol : Le dol est une erreur provoquée, il s'agit d'une manœuvre visant à tromper. Le droit distingue le bon dol, (Exemple : flatterie d'un commerçant vis-à-vis d'un client qui essaie un vêtement), et le mauvais dol (Exemple : Si une personne met sa maison en vente sans préciser qu'une porcherie industrielle sera construite près d'elle).
 - La violence : Actes passés sous la violence. (Exemple : Don d'argent lorsque l'on est menacé par une arme).

b) Les conditions de force

La volonté grâce au consensualisme rend l'acte juridique parfait, il faut être d'accord sur l'objet et le prix du contrat. Néanmoins, certaines formalités pourront être exigées, à titre de preuve en cas de conflit ou à des fins de publicité ? (Exemple : il faut publier un acte authentique (notarié) de vente d'immeuble à la conservation des hypothèques pour informer les tiers). Exceptionnellement, pour des actes juridiques importants, il faut un formalisme pour la validité de l'acte juridique car il permet d'attirer l'attention de celui qui agit sur l'importance de ce qu'il fait. (Exemples : don, mariage).

c) Les sanctions de l'inobservation des conditions de validité

L'acte juridique qui ne respecte pas les conditions de fonds, mais celles de formes est nul. La nullité efface l'acte juridique comme s'il n'avait jamais existé. Il existe :

- La nullité relative : Qui protège l'individu l'intérêt d'une partie d'un acte juridique. (Exemple : En cas d'erreur, de dol ou de violence on peut réclamer la nullité).
- La nullité absolue : En cas d'acte juridique public contraire à l'acte public ou aux bonnes mœurs l'acte juridique sera annulé. (Exemple : Mariage homosexuel célébré par Noël Mamère).

La victime de la nullité relative peut ne pas vouloir demander l'annulation juridique et confirmer l'acte juridique. Toutefois, il n'y a pas de confirmation possible pour un acte public. 17 juin 2008, une loi unifie les délais d'action, l'article 2224 du code civil applique à la prescription de l'action cinq ans pour les nullités absolues et cinq ans pour les nullités relatives prévues à l'article 1304 du code civil.

2) Les effets de l'acte juridique

Qui est concerné par l'acte juridique ? A partir de quand s'applique-t-il ?

a) Les personnes concernées par l'acte juridique

L'acte juridique n'a d'effet qu'entre les personnes qui le souscrivent. L'article 1165 du code civil affirme donc que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne concernent pas les tiers », cependant un vrai tiers est une personne totalement étrangère à l'acte juridique, mais entre celui qui passe le contrat, et les tiers, il existe des personnes qui n'ont pas été directement parties prenantes à l'acte juridique mais qui peuvent être concernés : les ayants cause. Il existe :

- L'ayant cause à titre universel : Personne qui a acquis la totalité ou une bonne part d'un patrimoine. (Exemple : héritier ou locataire). L'ayant cause à titre universel n'est pas un véritable tiers car quand il reçoit le bien, il reçoit la dette également. (Exemple : Celui qui achète une maison ou en hérite doit achever son remboursement et sera engagé même s'il n'était pas partie au contrat de prêt). Lorsque l'acte juridique en question est inclus intuitu personae (en raison de la personne) il ne concerne pas les ayant cause à titre universel. (Exemple : Si on s'engage à se faire poser des implants dentaire puis meurt, les héritiers ne sont pas tenus de poursuivre le contrat en se faisant poser les implants à notre place. De même, si le dentiste meurt, ses héritiers n'ont pas à le remplacer dans cette tâche).
- L'ayant cause à titre particulier : Ici l'ayant cause est concerné, car il a acquis un droit par l'acte juridique et c'est sur ce bien que portait la convention. (Exemple : Achat d'un véhicule garanti trois ans, l'acquéreur bénéficie de la garanti s'il est revendu au bout de deux ans même s'il n'était pas partie au contrat entre le premier acquéreur et le concessionnaire). Il bénéficie donc d'un contrat auquel il n'a pas participé. Or, ceci n'est valable que si cela concerne un droit. Il ne sera jamais tenu d'être débiteur mais pourra être bénéficiaire de créances.

b) La prise d'effet des actes juridiques

Normalement, en application du principe du consensualisme, l'acte juridique a un effet immédiat. Mais parfois, on ne veut pas que l'acte juridique soit effectué immédiatement. (Exemple : En cas d'achat d'une maison il faut d'abord emprunter). Il existe deux mécanismes permettant de rallonger l'entrée en vigueur du contrat :

- Le terme : Moment à partir duquel le créancier peut procéder en justice contre le débiteur s'il n'a pas payé. C'est un événement dont on est sûr qu'il se produira. (Exemple : Affaire où le débiteur s'est engagé à payer à la « Saint glin-glin », ce qui a été accepté par un créancier naïf, on a décidé que cela correspondrait à la Toussaint).
- La condition : La condition est un événement futur mais incertain. L'engagement est frappé d'incertitude. Il existe deux sortes de conditions :

- La condition suspensive : Elle comporte un engagement de fait, mais l'exécution est suspendue. (Exemple : Promesse de don en cas de réussite d'un examen). Si l'événement arrive, l'acte juridique est rétroactivement valable. Si l'événement n'arrive pas, l'engagement est annulé
- La condition résolutoire : Elle est rare, car on passe à l'acte immédiatement, mais l'acte est effacé si l'événement ne se produit pas.

B) Les faits juridiques

1) La notion de faits juridiques

Fait juridique : Evènement volontaire ou involontaire qui va créer, transmettre ou éteindre un droit sans que ce résultat ait été recherché. (Exemple : La mort est un évènement involontaire entraînant la transmission de la succession. L'adultère n'est pas commis afin que le conjoint demande le divorce). Parfois l'événement est volontaire mais ses effets ne le sont pas. (Exemple : On peut tuer son ennemi volontairement, mais la mise en examen n'est pas le but recherché).

2) Les faits juridiques

Les faits juridiques sont innombrables. Les faits juridiques sont générateurs de statut. (Exemples : Une naissance entraîne la filiation, la création de patrimoine. La maladie mentale entraîne le classement en incapacité). Ce sont souvent des faits de la nature mais peuvent aussi ne pas l'être. (Exemple : infraction). Les faits juridiques peuvent créer des droits patrimoniaux, en particulier, tous les faits dommageables qui vont donner droit à la victime à des réparations. La prescription acquisitive (de propriété, ou de servitude) crée un droit patrimonial. Certains faits vont être utilisés par le droit pour modifier le régime juridique. (Exemple de faits correctifs du régime juridique : Le droit acquis par la fraude est annulé. La responsabilité acquise par la force majeure, un évènement imprévisible et involontaire, peut parfois être annulée).

II- La protection du droit subjectif

Les droits subjectifs s'exécutent sans heurts et sont garantis par le droit.

A) La preuve

Prouver est montrer que quelque chose était vrai ou ne l'était pas dans le langage courant. En droit, la preuve n'existe que par rapport à l'action en justice, elle vise à démontrer au juge que l'on a raison. C'est le juge qu'il faut convaincre de l'existence de son droit. Toutefois, cette réalité n'est parfois pas de toute part établie. La preuve est toujours étudiée en droit du point de vue de la preuve judiciaire. La preuve est essentielle à la protection des droits subjectifs. Dans les articles 1315 et suivants, le code civil traite la preuve d'obligation, mais il en existe pour tous les actes juridiques.

1) Les plaideurs et le juge face à la preuve

a) Les plaideurs et la charge de la preuve

Depuis le droit romain, celui qui agit en justice (le demandeur) doit apporter la preuve de ce qu'il demande. L'article 1315 du code civil indique : « celui qui demande l'exécution d'une obligation doit la prouver ». L'article 9 du code de procédures civiles indique que « il incombe à chaque partie de prouver par rapport à la loi les faits nécessaires au succès de ses

prétentions ». L'article 1315 du code civil précise « réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ». Le plaideur n'a pas à prouver le droit, car le juge le connaît, simplement, lorsqu'il s'agit de coutumes rares ou de droit étranger, il faut la prouver. Il faut rapporter la preuve des faits qui soutiennent sa prétention, qu'ils soient positifs (j'ai fait ça) ou négatifs (je n'ai pas fait ça). (Exemple : Les parents peuvent montrer que le désintérêt de leurs enfants n'est pas volontaire). Dans un procès, chacun va apporter des preuves, mais celui qui saisi le juge prend le risque de la preuve : le demandeur doit prouver ou le juge va le débouter. Cependant, l'article 1315 du code civil est une règle supplétive et non pas impérative, donc les plaideurs peuvent modifier par contrat les règles de preuve.

b) Le juge et l'appréciation des preuves

Procédure inquisitoire : Procédure pénale où le juge recherche des preuves.

Procédure accusatoire : Le juge ne fait qu'arbitrer sans jouer de rôle dans la recherche des preuves.

D'office : Sans que les plaideurs le demandent.

Même si la procédure est aujourd'hui accusatoire, le juge joue un rôle minimum en ce qui concerne l'administration de la preuve prévu en application de l'article 10 du code de procédure civile « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles » (Exemple : expertise, examen comparatif des sang, enquête pour faire entendre des témoins) et fournir ainsi une preuve à l'un des plaideurs. Le juge de la mise en Etat intervient pour suivre le dossier jusqu'au moment où il sera prêt à être plaidé dans le civil en donnant à chaque plaideur un délai. En application de l'article 11 du code de procédure civile le juge peut garantir à chaque plaideur un droit à la preuve, c'est-à-dire que si le demandeur saisi la justice, la preuve peut être détenue par un médecin, un tiers ou son adversaire, le juge peut alors à la requête de celui qui doit prouver, enjoindre à l'autre partie ou à un tiers de fournir cet élément de preuve. Cette preuve doit être indispensable à la solution du litige. (Exemple : Arrêt du 21 juillet 1987 de la cour de cassation : divorce dont l'épouse veut montrer que son mari entretient une relation adultère et à besoin de l'adresse de la maîtresse. Elle ne détient que son numéro de téléphone, elle demande de fournir l'adresse à l'opérateur téléphonique mais il est sur liste rouge. L'épouse saisie le président du tribunal de grande instance en ordonnance sur requête et lui demande la production de cette adresse. Le président du TGI s'adresse au ministre et demande l'adresse. Le ministre refuse, le service public de communication ne devant pas servir au juge. La cour de cassation dit que la liste rouge ne doit pas protéger quelqu'un de l'adultère. Le constat d'adultère est donc possible). Majoritairement, c'est le demandeur qui doit prouver. Une telle preuve devant le juge doit être appréciée par le juge. Quelle est la liberté du juge dans l'appréciation des preuves ? Il existe deux systèmes en droit :

- Le système de la preuve légale : La loi règle tout et détermine les modes de preuve. (Exemple : Si l'on fait une donation, il faut un acte notarié). Le juge ne peut pas recevoir d'autres preuves. La loi indique la valeur de chaque preuve. C'est un système qui lie le juge. C'est un système qui traduit une certaine méfiance à l'égard du juge. C'est un système de preuves hiérarchisées.
- Le système de la preuve morale ou preuve libre : Système dans lequel le législateur fait confiance au juge. Le juge apprécie non seulement de recevoir une preuve, mais aussi la valeur qu'il va lui donner. Le juge est libre de la force de la preuve qu'il retient. C'est un système souple dépendant de la condition du juge.

Le droit français, en droit civil, retient les deux systèmes. La source des droits subjectifs est double :

- Fait juridique : On ne peut pas prévoir de preuve à l'avance, donc on peut admettre le système de la preuve libre.
- Acte juridique : En cas de manifestation de volonté d'arriver, on peut prévoir la preuve de ce résultat à l'avance.

Le droit pénal est fondé sur la liberté de la preuve, donc la preuve libre. Les preuves extérieures au plaideur (scientifiques) sont plus fortes que les aveux.

2) L'inventaire des moyens de preuve

L'article 1316 du code civil décrit cinq modes de preuves, cette énonciation n'a pas changé depuis 1804 :

- La preuve littérale ou écrite
- La preuve testimoniale (par témoin)
- Les présomptions
- L'aveu
- Le serment

Elle n'a été modifiée que dans une loi du 12 juillet 1980. Le système du code civil est un système archaïque exploitant très mal les techniques modernes dont la dématérialisation de l'écrit (ce qui est possible pour les actes notariés). Une loi du 13 mars 2000 apporte une adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies et à la signature dématérialisée. En réalité, le régime même de la preuve a évolué.

a) La preuve écrite ou preuve littérale

La mémoire humaine repose sur l'écrit d'une manière générale. Le code civil y accorde donc une grande place. Néanmoins, la France de 1804 est profondément analphabète et ceux qui savent écrire n'ont pas toujours d'instruments d'écriture car le papier est cher et l'encre est rare. Ainsi la taille est prévue par le code civil. A l'époque contemporaine, les gens savent en principe lire et écrire. Mais la dématérialisation de l'écrit pose problème. Avec la loi de 2000, l'article 1316 donne une définition de la preuve littérale : « La preuve littérale, ou preuve écrite, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou de tout autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ». Un article 1316-3 précise par ailleurs que l'écrit sur support papier comme l'écrit sur support électronique sont admis avec des valeurs équivalentes sous réserve que soit dûment authentifiée la personne dont il émane et qu'il soit conservé dans des conditions qui garantissent son intégrité. La loi du 13 mars 2000 ne modifie pas la distinction entre les écrits. En effet, on distingue :

- Les écrits qui sont rédigés à l'avance pour servir de preuve, c'est-à-dire les preuves parfaites (écrits préconstitués ayant une valeur dans le système de preuve légale). Elle se caractérise par le fait que le juge doit donner raison à celui qui l'a produit.

- Les écrits qui ne sont pas rédigés à l'avance, qui seront des documents quelconques (lettres, factures...) et ne sont pas fait pour servir de preuve. Ce sont des écrits imparfaits dans le système de la preuve légale car ils ne lient pas le juge.
- Les copies présentent un risque de fraude.

Les écrits préconstitués, parfaits, peuvent être rédigés de deux manières :

- Soit on va chez un spécialiste (officier, notaire) et il s'agit d'un acte authentique.
- Soit on rédige cette preuve entre soi et il s'agit d'un acte sousseing privé.

Acte juridique : Opération juridique nommé *negocium* par les romains. (Exemple : contrat de vente et opération de vente).

Acte authentique ou acte sousseing privé : preuve *instrumentum*.

a-1 Les actes authentiques

L'acte authentique est un acte qui est dressé par un tiers et non pas par les personnes intéressées au *negocium*. Ce tiers doit être une autorité administrative donc un officier public (préfet, maire, consul), mais en droit civil, ces officiers publics sont de greffiers, ou des notaires, qui jouissent d'un monopole consistant à rédiger les actes authentiques des particuliers. Si on prend l'exemple de l'acte notarié (acte authentique de base pour le droit civil), il doit être établi en français (car c'est « la langue de la république ») il doit être réalisé sur papier timbré sans blanc ni rature ni surcharge (ou indiquer dans la marge le mot raturé avec la signature des autres parties pour prouver). Il faut l'identité complète du notaire et des parties à l'acte. L'acte avant la signature doit être lu et expliqué aux parties. Il comporte obligatoirement la signature du notaire et la signature des parties. L'article 1316-4 du code civil indique que la signature nécessaire à la perfection de l'acte car elle « identifie celui qui l'appose ». C'est un graphisme personnel, identifiable. La signature identifie celui qui a signé et témoigne de sa volonté. « La signature manifeste la volonté des parties aux obligations prévues par l'acte ». « Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à cet acte ». Tous les actes authentiques sont établis d'une certaine manière, de façon solennelle. Ils peuvent être rédigés :

- En brevet : Remis à l'intéressé et non pas conservé par le notaire.
- En minute : L'officier public qui l'a créé conserve l'original. Elle ne peut être utilisée qu'en tant que copie (la première copie étant la grosse et remise au créancier puisqu'elle permet l'exécution).

Vu sous l'angle de la force probatoire, le notaire ou l'officier public est un tiers neutre par définition et compétent, en effet il a obtenu sous le contrôle de l'Etat des diplômes qui assurent sa qualité de technicien et sont contrôlés par les procureurs de la république. Il s'agit donc de la preuve maximale. Toutefois, au sein de l'acte authentique, tout n'a pas la même valeur. Les mentions vérifiées par l'officier public sont l'expression de la vérité (paiement du prix fait en son étude, présence des parties). Mettre en doute les mentions de l'officier public est mettre en doute sa bonne foi et sa compétence, mais dans ce cas on l'accuse d'avoir fait un faux. On ne peut le vérifier que par la procédure d'inscription de faux. Cette procédure pénale est lourde et périlleuse par celui qui la lance. S'il s'agit d'un faux, l'acte authentique perd sa valeur, mais autrement, celui qui l'a lancé paie une amende pour la procédure et des dommages et intérêts à l'officier public. Pour les autres mentions, non constatées

personnellement par l'officier public la preuve contraire peut être apportée par une autre preuve parfaite.

Si l'acte authentique ne respecte pas les conditions (en raison d'un défaut de forme ou d'incompétence de l'officier) l'article 1318 du code civil indique qu'il est déclassé en acte sous-seing privé s'il y a la signature ou ne vaut que commencement de preuve par écrit s'il n'est pas signé. Chaque notaire a sa signature électronique.

a-2 Les actes sous-seing privés (sous-seing : signature en vieux français)

Il s'agit toujours d'actes établis à l'avance pour servir de preuve entre les intéressés. On ne peut pas exiger de cet acte qu'il réponde à des exigences particulières. Le formalisme est réduit au maximum, une seule exigence est impérative : la signature des intéressés. La signature crée la force probante, à ce que l'autre partie soutient. La signature est un graphisme qui identifie la personne qui a signé et manifeste son adhésion à ce qui est écrit dans l'acte. Il faut protéger les particuliers, donc le code civil précise deux cas :

- Contrat synallagmatique : qui supporte plusieurs personnes et suppose des prestations réciproques (je vend / il achète, je loue / il est locataire). L'article 1325 du code civil exige qu'il soit fait autant d'exemplaires originaux que de parties ayant des intérêts distincts donc au moins deux exemplaires. Chaque exemplaire est revêtu de la signature manuscrite des parties. L'article 1325 est désigné sous la formalité du double.
- Contrat unilatéral : l'article 1326 du code civil imposait autrefois la formalité du bon pour accord « lu et approuvé » par l'intéressé, mais une fois rénové par la loi du 12 juillet 1980 il précise que « l'engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de s'acquitter d'une quantité doit être inscrite en chiffres et en lettres ». En cas de différence entre la somme inscrite en chiffres et celle inscrite en lettre, c'est la somme inscrite en lettres qui l'emporte. Si ces deux formalités complémentaires ne sont pas respectées, l'acte sous-seing privé est nul. Dans ce cas il sera un simple commencement de preuve par écrit.

La force probante de l'acte sous-seing privé : il est établi pour servir de preuve par les parties à l'acte dans le cas où ils seraient plaideurs. Donc il est une preuve parfaite, mais plusieurs contestations peuvent surgir.

- L'une des parties peut contester la signature de l'autre ou désavouer sa signature : La procédure en vérification d'écriture est confiée à des graphologues pour vérifier s'il s'agit de la signature de l'intéressé. Si c'est bien la signature de l'intéressé l'acte a la même valeur que l'acte authentique. Autrement, l'acte est nul.
- Si une partie conteste ce qui est dans le contenu de l'acte sous-seing privé, il ne peut le faire qu'au moyen d'une preuve parfaite.
- La question de la date : L'acte peut être antidaté ou postdaté. L'acte, à l'égard des tiers, ne sera valable que la date certaine obtenue par trois procédés :
 - La date d'enregistrement : date à laquelle on présente l'acte sous-seing privé à l'officier public.
 - Le décès d'une des parties : il était signé à la date du décès.

- L'acte sousseing privé est ultérieurement conservé par un acte authentique. (Exemple : Accord de vente par acte sousseing privé qui sera remis au notaire pour l'acte authentique).

Les ayant causes à titre particulier sont considérés comme des parties.

b) Les autres écrits

Ce sont des papiers quelconques qui n'ont pas été rédigés pour servir de preuve. En ce sens, ces écrits ne sont pas des preuves parfaites. On y trouve :

- Les lettres missives (que l'on envoie : le courrier). Une lettre ne peut pas servir de preuve à son auteur. En effet, nul ne peut se constituer une preuve pour lui-même. Donc elle ne peut servir que contre son auteur. S'il s'agit d'une correspondance d'affaire, elle peut être montrée en justice. Toutefois, la lettre relative à la vie privée ne peut être présentée en justice qu'avec l'accord de son auteur. La valeur probante d'une lettre est très variable : on peut y voir un simple indice ou un commencement de preuve par écrit, ou une simple présomption, ou parfois, lorsque l'on a un ensemble d'échanges de correspondances on peut considérer qu'il s'agit d'un acte sousseing privé qui échappe à la formalité du double. En revanche, lorsque l'ensemble porte sur un engagement unilatéral, il faut que la somme soit écrite en chiffre et en lettres.
- Les livres de commerce : Les commerçants sont obligés d'en tenir et peuvent être obligés de les fournir en justice. Si le litige oppose deux commerçants, ils peuvent être retenu en la faveur ou contre celui qui les établit. En revanche, en présence d'un litige mixte (commerçant et client privé), à l'égard du non commerçant, le commerçant devra apporter la preuve conformément au code civil (le livre de commerce ne fera pas preuve en faveur du commerçant et ce n'est pas une preuve parfaite), en revanche, le non commerçant peut utiliser le livre de commerce contre le commerçant.
- Les registres et papiers domestiques : tous les autres écrits (journaux, carnets, documents, factures... etcetera). Ces documents ne peuvent pas être utilisés par leur auteur, mais peuvent l'être contre lui. Le plus souvent, ce sont des preuves imparfaites qui ne seront utilisés qu'avec une valeur probante réduite donc un commencement de preuve par écrit ou de simples présomptions.

X

- Les mentions libératoires portées sur les titres de créance : L'article 1332 code civil : le créancier reçoit paiement d'une somme et écrit « payé » sur l'acte sousseing privé. Cette mention, même non signée, fait preuve de la libération du créancier, mais il peut faire la preuve par tout moyen. Si le créancier porte sur le double détenu par le débiteur « payé », cette mention sur le créancier entre les mains du débiteur fait la preuve du paiement et fait une preuve non susceptible de recours.
- La copie : autrefois, il s'agissait d'un acte recopié à la main, donc le code civil est méfiant vis-à-vis de la copie. Or, la photocopie n'est pas plus fiable car cela peut être un faux. Art 1334 « les copies, lorsque le titre original subsiste, ne font foi que ce qui est contenu au titre » : elle n'est valable que si elle conforme à l'origine, que l'on doit examiner. La copie n'a aucune valeur en elle-même et doit être le reflet de l'original, on peut donc exiger la production de l'original. En revanche, si l'adversaire ne la conteste pas, la copie est considérée comme conforme à l'original. L'article 1335 a organisé pendant longtemps un exemption en reconnaissant la valeur de copies d'actes

authentiques (tirées à la valeur de la justice ou de plus de trente ans) dont l'original n'existe plus. Mais, cette exception est insuffisante dorénavant, car les banques et assurances ont de gros problèmes d'archivage car les copies sont nombreuses et coûtent cher en stockage. Ces organismes ont obtenu la loi du 12 juillet 1980 dans l'article 1348 concernant les exceptions aux règles normales de preuves dans le système de la preuve légale. On y introduit le principe que la copie peut valoir preuve lorsque la partie au procès ou le dépositaire de l'original n'a pas conservé le titre original, mais présente une copie fidèle et durable (exemple : les banques ne sont pas obligées de conserver l'original de tous les chèques). La copie remplace ici l'original, à condition que le juge se livre à un contrôle de la copie, qui doit reproduire exactement l'original (dénoncer les trucages d'une éventuelle retouche), et qu'elle soit durable donc que le temps n'altère pas et n'efface pas (pas de double au carbone). La photocopie était peu utilisée, mais les juges peuvent admettre qu'une simple photocopie est fidèle et durable, ainsi elle fait preuve comme l'original et n'a pas à être complétée comme le prévoit la loi du 25 juin 1996.

b) Les témoignages et les présomptions

On ne peut pas les rédiger ou prévoir à l'avance, ce sont donc des preuves imparfaites laissées à l'appréciation du juge.

b-1) Les témoignages

Témoignage : Preuve qui résulte des déclarations faites par une personne qui relate ce qu'elle a vu ou entendu.

Ainsi, certains auteurs ont affirmés que les témoins (Bentham) sont les yeux et les oreilles de la justice. Cette définition renvoie au témoignage direct (j'ai vu ou entendu), ou indirect (on m'a rapporté que...), le témoignage indirect est moins crédible. La preuve par commune renommée (tout le monde sait que) est écartée car ce sont souvent des propos calomnieux, sauf sous réserve de sanction. Le témoignage est une preuve imparfaite laissée à l'appréciation du juge, mais les témoignages sont plutôt agressifs et peu fiables (soit le témoin enjolive, en rajoute...), il faut donc plusieurs témoins confortant le juge dans sa valeur, s'ils se contredisent ils perdent leur valeur.

Les témoignages sont souvent reconnus sous forme d'attestation (photocopie de la carte d'identité, tel jour télé heure j'ai vu...) remise au témoin, ou remise au juge par enquête (ordonnée d'office ou demandée par les plaideurs). Les témoins doivent se rendre à la convocation, car chacun doit participer à l'établissement de la vérité. Le témoin prête serment et ne peut pas mentir sous peine de poursuites pénales. Chaque témoin est attendu séparément par le juge, qui adresse un procès verbal du témoignage et le relit au témoin qui doit le signer. Le juge peut procéder à l'audition de plusieurs témoins ou en confronter. Lorsque le juge procède à l'enquête, les avocats des parties sont souvent présents à l'audition.

b-2) Les présomptions

1349 « Conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». On utilise un fait connu pour en déduire un fait inconnu en se contentant d'indices et de déductions. Il y a deux types de présomptions :

- faites par le législateur (présomption légale). (Exemple : présomption de paternité art 312 code civil : le fait inconnu à prouver est qui a engendré un enfant. La conception se passe de témoin, donc la preuve est impossible ou difficile. L'objectif est de favoriser l'enfant en lui donnant un père. On part donc du mariage qui doit impliquer la fidélité, le mari est donc

désigné comme le père automatiquement, ce qui est une présomption légale. Elle dispense l'enfant de rapporter une preuve. Cette présomption légale peut avoir différentes forces :

- Présomption simple : combattue par tout moyen de preuve dont expertises biologiques
- Présomption irréfragable : aucune preuve contraire n'est possible (Exemple : le commettant est responsable au préposé, l'employeur est responsable de ses employés).
- Présomptions mixtes : Combattues par certains moyens de preuve (exemple : force majeure, faute d'un tiers)

- ou par le juge : présomptions de fait. Le juge déduit du fait connu l'élément à prouver (Exemple : accident de la circulation dont on ignore la responsabilité. On part des traces de freinage, points d'impact relevés par le procès verbal de gendarmerie pour en déduire de la responsabilité). Le juge raisonne et établit des probabilités pour rendre la justice. Quand le juge a recours à des experts judiciaires, une expertise n'a valeur que de présomption qui est soumise à l'appréciation du juge. Art 1353 précise que le juge doit admettre des présomptions graves, précises et concordantes. Si le juge a plusieurs de ces présomptions, sa condition sera facilement établit. Toutefois, des présomptions imprécises et peu nombreuse peuvent être utilisées.

5) L'aveu et le serment

Ils sont acceptés lorsqu'il n'y a aucune preuve.

5-1) L'aveu

Aveu (définition de Aubry et Rau) : L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme pouvant être tenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.

Ce que l'on reconnaît est retenu contre soi. Cette déclaration produit des conséquences juridiques et a des conséquences variables selon le contexte :

L'aveu judiciaire : Il est fait par l'intéressé lui-même ou son avocat devant le juge au cours du procès, il a une forte valeur. Il a pleinement conscience qu'elle va lui nuire. Cette déclaration ne peut porter que sur un fait. A l'égard de celui qui fait cette déclaration, l'aveu est une preuve parfaite, valable à l'égard des héritiers de l'aveu mais pas des tiers. Donc l'acte judiciaire fait pleinement preuve à celui qui l'a fait. Toutefois, si les gens avouent, c'est souvent pour atténuer les faits, il est donc indivisible. Néanmoins, cette indivisibilité est assez complexe : s'il s'agit d'aveu successifs, ils ne sont pas indivisibles. (Exemple : un jour j'ave ma dette, le lendemain je réavoue mais sans les intérêts) :

- L'aveu qualifié . Il est indivisible, car on reconnaît un seul fait avec une qualité qui change la nature (Exemple : j'avais emprunté de l'argent sans intérêt à titre de décès).
- L'aveu complexe : reconnaissance de deux faits distincts n'est indivisibles que si les deux faits sont liés (Exemples : Je devais rembourser, mais je l'ai fait. J'ai emprunté mais ne doit rien parce que le créancier me devait de l'argent).

L'aveu est irrévocable : celui qui a fait un aveu ne peut pas revenir dessus sauf s'il s'est trompé dans les faits.

Parfois, un plaideur voit que son adversaire a prouvé contre lui, donc il fait un aveu pour réduire cette preuve et limiter cette preuve (Exemple : oui, mais j'avais partiellement remboursé). La preuve étant déjà faite, il ne prouve rien.

L'aveu extra-judiciaire il est fait en dehors du procès, est un élément que le juge va apprécier, est divisible et pourra être rétracté c'est une preuve imparfaite

5-2 Le serment

Serment : Déclaration par laquelle un témoin affirme devant le juge la réalité d'un fait qui lui est favorable.

Traditionnellement, on prête serment devant Dieu, donc on hésite à faire un faux serment. Mais dans une société laïque, il n'a plus de valeur religieuse, donc ce qui compte est que si cette personne peut faire cette déclaration, c'est parce que son adversaire lui demande de prêter serment car il n'a pas de preuve. Il existe deux sortes de serments :

- Le serment décisoire : fait devant le juge qui décidera de l'issue du procès. Il est demandé par celui sur qui pèse la charge de la preuve. Si l'adversaire refuse de prêter serment, le demandeur gagne le procès. S'il prête serment l'adversaire gagne. Si l'adversaire retourne le serment au lieu de le prêter et que le demandeur le prête, ce demandeur gagne. Le serment décisoire ne peut porter que sur le fait essentiel à l'affaire du procès et fait pleine foi par celui qui le prête, c'est une preuve parfaite. L'article 1303 interdit celui qui a perdu de faire preuve du faux serment.
- Le serment supplétoire : complétant une preuve. Contrairement au serment décisoire, il est déféré par le juge et non par le plaideur qui doit prouver. C'est un moyen d'instruction ou d'investigation complémentaire entrepris par le juge détenant des preuves insuffisantes selon l'art 1367. Le juge va apprécier les propos tenus par la personne qui prête serment.

3) Les règles de preuve

Dans le système de la preuve légales, elles ont des valeurs différentes.

Preuves parfaites :

- acte authentique
- acte sous seing privé
- serment décisoire
- aveu de l'adversaire

Preuves imparfaites :

- écrits imparfaits
- copies
- témoignages
- présomptions
- serment judiciaire ?
- serment supplétoire

a) La preuve des actes juridiques

Elle relève du système de la preuve légale. L'art 1341 impose le recours aux preuves parfaites. Le contenu de cet article est complexe : « il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privé une somme pour tout acte juridique excédant une somme d'une valeur fixée par décret (...) il ne sera reçu aucune preuve par témoin contre et outre le contenu aux actes ». Même si la preuve parfaite n'était pas nécessaire, on ne peut la combattre que par une autre preuve parfaite.

a-1) Les principes énoncés à l'art 1341

- Un écrit préconstitué est indispensable pour prouver les actes juridiques portant sur une valeur ou somme au-delà de 1500€. Pour apprécier s'il faut une preuve parfaite, il faut tenir compte de la totalité des opérations fractionnées (Exemple : prêt de 500€, puis de 1000€, la dette est de 1500€ donc il faut la faire par écrit). On ne peut pas réduire la demande pour refuser la preuve. La preuve parfaite ne concerne que les parties à l'acte juridique et non pas les tiers. En outre, cette règle est une règle supplétive, on peut par convention de preuve écarter son exigence.
- Une preuve parfaite, même si elle n'était pas exigée ne peut être combattue que par une autre preuve parfaite. Le système de la preuve des actes juridiques est extrêmement rigide et ne peut être maintenu que par des assouplissements importants.

b-2) Les exceptions aux exigences de l'art 1341

- En matière commerciale : la preuve est libre lorsque le litige est mixte.
- Pour les opérations inférieure à 1500€ : la preuve est libre (témoignages ou autres).
- Le commencement de preuve par écrit : écrit qui émane de la personne à qui on l'oppose et qui rend vraisemblable le fait allégué. N'importe quel écrit imparfait, ou écrit parfait mais incomplet, peut être opposé à la personne qui l'a rédigé et dépend de la personne à qui on l'oppose. Elle ne prend cette qualité que par la personne à qui on l'oppose. Pour l'art 1347 figure un alinéa 3 « peuvent être considérées comme un équivalent de preuve par écrit les déclaration par une partie devant un juge ou le refus de comparaitre devant le juge ». Ainsi, le commencement de preuve par écrit comporte en général la signature de celui à qui on l'oppose. Le commencement de preuve par écrit est une sorte de clé permettant d'échapper au manque de preuve parfaite par le système de la preuve libre et d'apporter la preuve par tout moyen. Toutefois, il ne joue qu'une fois, il ne sert donc pas de présomption si on s'en sert comme commencement de preuve par écrit.

FIN