

AIX MARSEILLE UNIVERSITE
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

1ère ANNÉE DE LICENCE EN DROIT

AIX EN PROVENCE

Division A

Année universitaire 2012-2013

INTRODUCTION AU DROIT

Cours de Mme CHAIGNE

L'objectif principal du cours d'« Introduction au droit » est d'aider les étudiants de première année à acquérir les outils, notamment terminologiques, nécessaires à la compréhension du droit, et en particulier du droit et du système juridique français.

Le polycopié a pour but d'aider l'étudiant dans son travail personnel : il indique le plan prévisionnel du cours, propose quelques définitions, des textes fondamentaux, et des articles de réflexion. Mais **il ne peut être considéré comme étant la totalité du cours**. Celui-ci développera de façon plus ou moins approfondie le plan proposé, et sera enrichi d'explications, d'exemples, de commentaires et de références à l'actualité.

Il est demandé à l'étudiant de **prêter attention à l'orthographe des mots**, de toujours travailler avec un dictionnaire de la langue française et un dictionnaire de termes juridiques, et de s'intéresser de lui-même à tout terme ou toute notion supposés connus mais dont il ne peut rendre compte de façon simple et claire.

Présentation du polycopié

Plan du cours	p. 3
Indications bibliographiques	p. 5
Abréviations usuelles pour les décisions de justice et les recueils périodiques, F. Terré,	p. 5
La forme au service du fond	p. 8
« Au soir d'une vie de juriste... », Georges Vedel	p. 10
Les divers sens du mot « droit », François Terré	p. 12
« Droit » <i>in Vocabulaire juridique</i> de Gérard Cornu	p. 13
« Le droit est forgé à coup de discours », Michel Villey	p. 14
Flexible droit, droit sans rigueur, Jean Carbonnier	p. 15
La pulvérisation du droit en droits subjectifs, Jean Carbonnier	p. 15
Note sur le latin dans le langage du droit, <i>Gérard Cornu</i>	p. 16
Droit et moral : « Quand les « sages » écrivent l'histoire », 8 mars 2009	p. 19
La justice de Salomon, Jean Carbonnier	p. 21
L'équité : Aristote et l'éthique à Nicomaque	p. 22
La justice en France, Michèle-Laure Rassat	p. 24
La déclaration Schuman du 9 mai 1950	p. 26
« Norme » <i>in Vocabulaire juridique</i> de Gérard Cornu	p. 27
Le mode de production du droit des institutions européennes, Jean-Louis Halpérin	p. 28
Un exemple d'arrêt rendu par la CJCE, 1 ^{er} oct ; 2009, Commission c. France	p. 30
Un exemple d'arrêt rendu par la CEDH, 21 juillet 2011, Fabris c. France	p. 32
La loi, art. 24, 34 et 37 de la Constitution de 1958	p. 35
« Loi », <i>in Vocabulaire juridique</i> de Gérard Cornu	p. 36
Un exemple de loi : la loi du 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit	p. 37
Un exemple de décret (MAE)	p. 41
La loi « est la règle de droit par excellence », la compétence du pouvoir réglementaire, résiduelle, est « immense », Jean Carbonnier, 1996	p. 42
« La loi n'est plus seulement un instrument juridique, c'est un élément d'une pédagogie politique », Jean-Louis Debré, 5 octobre 2008	p. 43
La jurisprudence parmi les sources du droit, Philippe. Malaurie, 2006	p. 44
Le positivisme juridique, Eric Maulin	p. 49
Le droit naturel, Alain Sériaux	p. 51
Quelques notions à maîtriser	p. 53
Quelques questions de cours simples	p. 55
Deux exemples de sujets d'examen semestriel	p. 57
Lexique de termes juridiques	p. 58

PLAN DU COURS

Introduction QU'EST CE QUE LE DROIT ?

Les fondements du droit : les écoles du droit naturel et les écoles du positivisme juridique (en fin de semestre)

« Au soir d'une vie de juriste, on peut ne pas disposer d'une bonne définition du droit » (Georges Vedel)

Le « Droit » ou Droit objectif, les « droits » ou droits subjectifs (François Terré)

« Droit » (Gérard Cornu)

« Le droit est forgé à coup de discours » (Michel Villey)

« Flexible droit, droit sans rigueur » (Jean Carbonnier)

« La pulvérisation du droit en droits subjectifs » (Jean Carbonnier)

Le Droit et la loi

1ère partie LE LANGAGE DU DROIT

Chapitre 1. Le vocabulaire juridique : un réseau de mots et de concepts, reflet d'un système juridique

§1 Un vocabulaire spécialisé qui s'enracine dans l'histoire

§2 Un vocabulaire qui évolue : la formation de nouveaux mots

§3 Le latin dans le langage du droit

§4 Un réseau de mots et de concepts, reflet d'un système juridique

Chapitre 2. Le discours juridique

§1 Le discours législatif (le texte de loi)

§2 Le discours juridictionnel (la décision de justice)

§3 Le discours coutumier (maximes et adages du droit)

§4 Le discours écrit de l'étudiant en droit : méthodologie de la dissertation juridique et du commentaire de texte juridique ; la forme au service du fond

2è partie LE DROIT ENVISAGÉ COMME UN ENSEMBLE DE RÈGLES : LE DROIT OBJECTIF

Chapitre 1. La notion de droit

§ 1 Le fait et le droit

§ 2 La qualification

§ 3 L'interprétation

Chapitre 2 La règle de droit

§1 Les différents types de règle de droit

Règles écrites et non écrites

Règles codifiées, la codification

§2 Les caractères de la règle de droit

Une règle générale, obligatoire, coercitive, permanente

Une règle au contenu normatif

Chapitre 3 Les différentes branches du droit dans le système juridique français

Section 1 Droit interne, droit européen (ou droit du Conseil de l'Europe, ou droit de Strasbourg), droit de l'Union européenne, droit international

Section 2. Droit public et droit privé, la pertinence de la *summa divisio*

Chapitre 4 Le système judiciaire : deux ordres de juridiction

Section 1 Le système judiciaire

Section 2 L'ordre judiciaire

Section 3 L'ordre administratif

Chapitre 5 Les chemins qui mènent au droit

Section 1 La norme

§1 La notion de norme

§2 La loi

La Constitution

Les traités et accords internationaux

Le droit communautaire (de l'UE), le droit européen du Conseil de l'Europe

Les lois

Les règlements administratifs

Les actes des autorités administratives

§3 Les principes généraux

Section 2 La jurisprudence

§1 La notion de jurisprudence

§2 Les devoirs des juges

§3 La portée de la jurisprudence

Section 3. Les pratiques

§1 Les pratiques non coutumières

§2 La coutume

Section 4 La doctrine

§1 La notion de doctrine

§2 Le rôle de la doctrine

3ème partie LE DROIT ENVISAGÉ COMME UN ENSEMBLE DE PRÉROGATIVES : LES DROITS SUBJECTIFS

La querelle

Les abus

Droit subjectifs et libertés publiques

Chapitre 1 Les sources des droits subjectifs

Section 1 Les faits juridiques

Section 2 Les actes juridiques

Chapitre 2 Les titulaires des droits subjectifs

Section 1 Les personnes physiques

Section 2 Les personnes morales

Conclusion : Les dérèglements du droit aujourd'hui

Indications bibliographiques

Vocabulaire juridique de Gérard Cornu, PUF, Quadrige, 2011, 1095 p.

Lexique des termes juridiques de Serge Guinchard, Thierry Debard, Dalloz, 2013, 984 p.

Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, sous la dir. de Olivier Cayla, Jean-Louis Halpérin, Dalloz, Nouvelles éditions, 2010, 620 p

Dictionnaire historique des juristes français, PUF, Quadrige, 2007, 827 p.

Les ouvrages cités ci-dessous ne correspondent pas nécessairement à l'orientation du présent enseignement. Ils permettent de diversifier les explications, les exemples, et l'approche de la matière.

Aubert Jean-Luc et Savaux Eric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz-Sirey, 13^e éd. 2010, 358 p.

Cabrillac Rémy, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2009, 264 p.

Carbonnier Jean, *Droit civil, Introduction*, PUF, 2002.

Carbonnier Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 2006, 276 p.

Cornu Gérard, *Linguistique juridique, Montchrétien*, Précis Domat, 3^e éd., 2005, 443 p.

Fabre-Magnan Muriel, *Introduction générale au droit*, PUF, 2009, 285 p.

Fabre-Magnan Muriel, *Introduction au droit*, PUF, Que sais-je, 2010, 127 p.

Malaurie Philippe et Morvan Patrick, *Introduction générale*, Defrénois, 2005, 338 p.

Malinvaud Philippe, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 13^e éd, 2011, 504 p.

Ricci Jean-Claude, *Introduction à l'étude du droit*, Hachette, Les Fondamentaux, 3^e éd. 2007, 158 p.

Taormina Gilles, *Introduction au droit*, Hachette, 2006, 247 p.

Terré François, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9^e édition, 2012, 634 p.

Zoller Elisabeth, *Introduction au droit public*, 1^{ère} édition, 2006, 230 p.

Le site de la bibliothèque

<http://infobu.univ-cezanne.fr>

Les périodiques (que l'étudiant en droit consulte régulièrement)

In François Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2006, p. 362-364

Périodiques

Les lois et décrets peuvent être commodément consultés soit au Journal officiel de la République, soit dans les recueils périodiques privés : Recueil Dalloz, Semaine Juridique, Gazette du Palais, etc.

Dans ces mêmes recueils privés, sont également publiés des jugements et des arrêts, avec des commentaires, et aussi des articles de doctrine. La référence à ces recueils et l'indication des arrêts sont faites au moyen d'abréviations conventionnelles.

Les abréviations usuelles sont les suivantes :

a) Pour les décisions de justice :

Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes: (jusqu'en 1947).
Cass. 1 ^{er} (ou 2 ^e) sect. civ.	Cour de cassation, chambre civile, 1 ^{er} (ou 2 ^e) section civile (jusqu'en 1964).
Civ. 1 ^{er} (ou 2 ^e , ou 3 ^e)	Cour de cassation, 1 ^{er} (ou 2 ^e ; ou 3 ^e) c civile (depuis 1965).
Com.	Cour de cassation, section, puis chambre commerciale et financière
Soc.	Cour de cassation, section, puis chambre sociale.
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Ch. Mixte	Cour de cassation, réunie en chambre
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Ch. Réunies	Cour de cassation, chambres réunies.
T. civ. Chartres	Tribunal civil de Chartres (jusqu'en 1958)
TGI Chartres	Tribunal de grande instance de Chartres (depuis 1958).
TI Asnières	Tribunal d'instance d'Asnières.
CA Lyon	Cour d'appel de Lyon.
C. adm. Lyon	Cour administrative d'appel de Lyon.
CE	Conseil d'État.
TA	Tribunal administratif.
Trib. Conf.	Tribunal des conflits.

La date de la décision, puis la référence à un périodique suivent l'indication de la juridiction.

Ex. : Crim. 6 déc. 1967, D. 1968, 430 = arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 6 décembre 1967, rapporté au Recueil Dalloz de 1968, partie jurisprudence, page 430.

b) Pour les recueils périodiques ;

• JO. Journal officiel.

• *Recueil Dalloz*. Pendant plusieurs décennies, il a existé deux périodiques Dalloz, l'un mensuel (Dalloz périodique) : DP, devenu ensuite Dalloz critique: DC; l'autre, hebdomadaire (Dalloz hebdomadaire) : DP, devenu ensuite Dalloz analytique: DA. Il n'existe plus aujourd'hui qu'une seule série, qui est hebdomadaire et qui a fusionné avec un autre périodique, le Recueil Sirey. On cite: D (ou DS) 1.

Quand il s'agit de l'ancien Dalloz mensuel, on précise l'année, la partie du Recueil et la page: Colmar 20 janvier 1933, DP 1935, 2, 25. Pour le Recueil hebdomadaire, on cite seulement l'année et la page, .pour les décisions de justice (Crim. 6 déc. 1967, D. 1968, 430 ou . 1968, J, 430). Pour les chroniques, on précise chrono et la page; pour les sommaires d'arrêts, on précise Somm. et la page; les « informations rapides », apparues il y a une quinzaine d'années, sont citées IR et la page. Quant aux lois et décrets, on précise L., et la page. Exemples : Ripert, Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique, D. 1950, :chron. 1; Loi n° 83-1405 du 8 décembre 1983 relative au contrôle de l'état alcoolique, D. 1984, L, 7.

- *Semaine juridique*, d'abord citée Sem. Jur., et dorénavant JCP abréviation de Juris Classeur Périodique). Après avoir indiqué l'année, on précise la partie, puis le numéro attribué au document recherché. Exemples : Malinvaud, La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose, JCP 1968, I, 2153; Crim. 25 janv. 1968, JCP 1968, I, 15425; décret n° 68-273 du 20 mars 1968, JCP) 1968, III, 34104. Il existe plusieurs éditions de la Semaine Juridique. A défaut de précision, la référence est faite à l'édition générale (G).

- *Gazette du Palais*. Elle comprend un journal, autrefois quotidien, aujourd'hui tri-hebdomadaire, et un recueil bimestriel qui reprend en grande partie ce qui a déjà été publié dans le journal. Les recueils bimestriels sont usuellement reliés en deux recueils semestriels.

Le numéro précisé après l'année indique qu'il s'agit du premier ou du second semestre. Exemple: Gaz. Pal. 1960, I, 200 = année 1960, 1^{er} semestre, page 200. S'il s'agit d'un article de doctrine ou d'une loi, on précise, avant d'indiquer la page, que la référence concerne la partie « doctrine » ou la partie « législation » (ex. : Gaz. Pal. 1960, I, doctr. 23 ou Gaz. Pal. 1960, I, Lég. 22). Au bas du recueil semestriel, se trouve indiquée la date du journal où la décision a été également publiée; lorsqu'on connaît seulement cette dernière date, on peut donc néanmoins retrouver rapidement la décision dans le recueil semestriel.

- *Recueil Sirey*. Il comprenait plusieurs parties, qu'on désignait par des chiffres: Cass. civ. 22 juin 1880, s. (ou Rec. Sir.) 1881. 1.23 = Sirey 1881, I^e partie, page 23. Il a été fusionné avec le Recueil Dalloz.

- *Petites Affiches*. Édition quotidienne. On précise la date et la page.

- *Recueil des décisions du Conseil d'État*, traditionnellement appelé Recueil Lebon, cité Rec. par référence à la page de l'année correspondant à l'arrêt.

- *Revue française de droit administratif* = RFD adm. On précise l'année et la page.

- *Revue trimestrielle de droit civil* = RTD civ. Cette revue est un instrument de travail extrêmement précieux en raison de ses commentaires méthodiquement classés, de ses bibliographies, de ses articles de fond, ainsi que de l'index des textes nouveaux et du commentaire des plus importants d'entre eux. On précise l'année et la page.

- *Revue du droit public et de la science politique*, citée RD publ. On précise l'année et la page.

- *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles* (y compris la chambre commerciale et la chambre sociale). Les arrêts sont classés par chambre (ou, pendant un certain temps, par section de sorte qu'il comporte actuellement cinq parties (que l'on cite: I, II, III, IV, V). A l'intérieur de chaque partie, les arrêts sont classés par date et par numéro d'ordre. On peut donc à son gré indiquer seulement la chambre et la date de l'arrêt ou préciser, en outre, son numéro ou la page: Cass. civ. 1^{re}, 30 avril 1968, Bull. civ. I, n° 129, page 101. La consultation du bulletin est indispensable pour tout travail de recherche scientifique complet.

Tous ces recueils possèdent des tables annuelles, notamment les tables alphabétiques par matières. Certains recueils possèdent en outre des tables chronologiques de jurisprudence et des tables alphabétiques suivant le nom des parties au litige.

En outre, la Gazette du Palais publie des tables où sont cités non seulement ce qui a été publié à la Gazette du Palais, mais aussi des décisions et des articles publiés dans d'autres revues. Par conséquent, elles constituent un outil de travail important.

1. De 1996 à 1999 a paru, hebdomadairement, Dalloz Affaires (D. Aff.) maintenant fusionné dans Le Dalloz (D.) avec ses cahiers de droit général et de droit des affaires

Pour l'examen en Introduction générale au droit :

Si le sujet est posé sous forme d'une question, il importe de **répondre à la question**.

Si le sujet consiste en un commentaire de quelques lignes, il importe d'**expliquer** (à l'aide du cours et des lectures personnelles), d'**illustrer** (par des exemples) et de **critiquer** (nuancer, relativiser, apprécier, actualiser) les propos. L'étudiant n'oubliera pas de situer l'auteur du texte et de prendre en considération l'année de publication.

Dans les deux cas, il n'est pas demandé de construire un plan formel. Toutefois **la réponse doit être ordonnée. Elle doit être précise et complète** –mais il ne s'agit pas de restituer tout le cours-.

La copie d'examen n'excèdera pas une copie double d'une écriture moyenne.

La forme au service du fond

L'étudiant doit s'entraîner à s'exprimer par écrit simplement, clairement, sans utiliser de signes : des phrases courtes, une idée par paragraphe, un paragraphe par idée.

Un effort particulier pour l'orthographe est primordial.

Les points de suspension : ils indiquent qu'une phrase est laissée inachevée, volontairement ou à la suite d'une interruption due à une cause extérieure.

Ils peuvent aussi indiquer une sorte de prolongement inexprimée de la pensée.

Ils sont à éviter dans les copies.

De même pour les parenthèses : soit l'indication est importante, et il ne faut pas craindre de l'écrire, soit elle ne l'est pas et mieux vaut ne rien écrire.

Quand faut-il mettre une majuscule ? in *Lexique des règles typographiques*, Imprimerie nationale, 2002.

*** État ou état ?**

Ce mot se compose avec une capitale initiale quand il désigne un pays, une nation, son gouvernement, son administration :

les États baltes
l'État d'Israël
les États-Unis
l'État providence
une affaire d'État
un conseiller d'État

un coup d'État
un homme d'État
un ministre d'État
la raison d'État
la religion d'État
un secret d'État

Dans ses autres sens, ce mot s'écrit en lettres minuscules:

état civil
état d'âme
état de siège

état-major
action d'état
en l'état

* Fonctions et titres civils

Les noms des fonctions, charges ou titres civils, publics ou privés, administratifs ou religieux, se composent **normalement en minuscules** :

l'académicien	le ministre mais le Premier ministre
l'archevêque	le pape
le bonze	le préfet
le calife	le président de la République
le cardinal	le président-directeur général
le chancelier	le président du Conseil
le dalaï-lama	le prince
le député	le recteur
le doyen	le roi
l'émir	le secrétaire général
l'empereur	le sénateur

Toutefois, dans un ouvrage particulier, l'auteur peut utiliser un titre ou une fonction à la place du nom propre d'un personnage facilement reconnaissable ; ce terme pourra alors prendre la majuscule : le conflit entre l'Empereur (Napoléon Ier) et le Pape (Pie VII) ; le Cardinal (Richelieu)

Dans les textes officiels, on rencontre souvent avec une capitale initiale : le Président de la République

Il existe enfin d'autres titres qui, n'ayant eu qu'un seul détenteur, sont assimilables à des noms propres : le Caudillo, le Duce, le Führer, le Régent

* Organismes d'Etat

Organismes multiples

Les noms de ces organismes - dont un certain nombre du même type existent dans l'organisation administrative d'une nation - sont des **noms communs d'espèce et restent en minuscules**. Ils sont individualisés soit par un nom propre, soit par un terme de spécialisation qui joue le rôle d'un nom propre et, comme tel, prend la capitale : Ex : **la cour d'appel d'Aix-en-Provence, le ministère des Affaires étrangères**

Organismes uniques

Les noms des organismes et institutions d'État à caractère unique - c'est à-dire dont la compétence s'étend à tout le territoire d'un pays - sont de véritables noms propres.

Le premier mot nécessaire à l'identification portera une majuscule, ainsi que l'adjectif qui le précède:

l'Administration (au sens de l'autorité administrative)	la Cour de cassation
les Archives nationales (ou les Archives)	le Département d'État (aux USA)
l'Assemblée nationale	l'État-Major général
le Congrès (des États-Unis)	le Foreign Office
le Conseil constitutionnel	le Gouvernement (français)
le Conseil d'État	la Haute Assemblée (l'Assemblée nationale)
le Conseil des ministres	la Haute Cour de justice
le Conseil de la République	le Parlement (ou les Chambres)
le Conseil supérieur de la	le Présidium (du Soviet suprême)
	le Quai d'Orsay

**« Au soir d'une vie de juriste, on peut ne pas disposer
d'une bonne définition du droit »**

Georges Vedel, « Indéfinissable mais présent », in *Définir le droit*, Droits, PUF, 11-2, 1990, p. 67-71.

Voilà des semaines et même des mois que je « sèche » laborieusement sur la question, pourtant si apparemment innocente, que nous pose Stéphane Rials: « **Qu'est-ce que le droit?** » Cet état, déjà peu glorieux, s'aggrave d'un sentiment de honte. J'ai entendu ma première leçon de droit voici plus de soixante ans; j'ai donné mon premier cours en chaire voici plus de cinquante ; je n'ai pas cessé de faire métier de juriste tour à tour ou simultanément comme avocat, comme professeur, comme auteur, comme conseil et même comme juge. Et me voilà déconcerté tel un étudiant de première année remettant copie blanche, faute d'avoir pu rassembler les bribes de réponse qui font échapper au zéro.

Le pire est que je ne puis justement rendre une feuille immaculée et que je dois expliquer, sinon justifier mon ignorance. L'étudiant est heureux, qui peut se retrancher derrière la surprise de la question posée ou, sans vergogne, avouer sa paresse. Le sujet sur lequel on m'interroge est bien au programme et j'ai honnêtement travaillé. Si bien que me voilà réduit à un examen de conscience, voire à une analyse conduite, contre toutes les lois du genre, par l'analysé lui-même. Essayons quand même.

Une première étrangeté me frappe. J'ai certainement dû, à de nombreuses reprises, proposer une définition du droit à mes étudiants ; c'est un point de passage obligé pour un professeur de droit public, que ce soit devant des auditoires de débutants ou devant un public plus avancé. Mais il ne servirait à rien de me reporter à mes notes de cours. En effet, je me rappelle très bien que, disposant comme il se doit de la panoplie des théories classiques, de la controverse entre jusnaturalistes et positivistes, des constructions institutionnalistes, sociologiques, historicistes, néo-kantiens, marxistes, que sais-je encore, allant d'Aristote à Kojève, je présentais, sous forme d'échantillons, chacun de ces grands édifices, mais sans conclure. Non certes, que je me sois cru tenu à une sorte de laïcité juridique. Au contraire je prenais plaisir, peut-être trop de plaisir, à m'associer à la critique que chacune des théories impliquait à l'encontre des autres. J'avais même des préférences, mais aussi peu raisonnées que des penchants esthétiques et j'aurais volontiers décerné des Oscars: à Kelsen celui de la rigueur, à Duguit celui de la clarté, à Hauriou celui de l'intuition juridique. Mais cela n'allait pas plus loin et c'est avec allégresse que, passé ce premier inévitable défilé, j'en venais aux « choses sérieuses », c'est-à-dire à l'histoire, aux textes et à la jurisprudence.

En écrivant cela je suis tout étonné, car ce tour d'esprit était, tout compte fait, inattendu. Au lendemain de mon baccalauréat je me croyais philosophe et pendant mes deux premières années d'Université je passai plus de temps à la philosophie qu'au droit. J'aurais normalement dû rechercher les liaisons et les synthèses, tâche enthousiasmante quand on a vingt ans. Mais non: j'acceptais sans ambition ni angoisse cette cohabitation pacifique entre mes deux objets d'études. Puis l'un des occupants, le droit prit définitivement le pas sur l'autre, la philosophie. Mais celle-ci ne revint pas par la fenêtre et je ne me hasardai jamais à la philosophie du droit.

Étais-je donc dépourvu de tout attrait pour les questions théoriques ? Même pas. Par la suite, j'ai, en droit constitutionnel ou en droit administratif, assez aimé proposer des constructions d'ensemble et des prises de position générales. Et je me suis toujours élevé contre les modes qui voulaient réduire nos Facultés au rang d'écoles pratiques, étant persuadé comme l'a écrit Einstein que « rien n'est plus pratique qu'une bonne théorie ».

Que l'on me pardonne de dévider ainsi des souvenirs personnels. Mais c'est qu'au-delà de l'anecdote individuelle sans intérêt, ils me conduisent à comprendre pourquoi **au soir d'une vie de juriste, on peut ne pas disposer d'une bonne définition du droit.**

[...]

Les problèmes étaient là pourtant devant mes yeux. Comment une violation de la Constitution peut-elle, selon son ampleur, sa constance ou sa réussite, soit laisser la règle de droit intacte, soit la modifier, soit la détruire par la révolution ? Comment une jurisprudence construite *contra legem* (ce qui est un cas assez fréquent dans l'histoire de notre droit administratif) exprime-t-elle irréfragablement le droit positif ? Comment, en dépit de l'unité de l'ordonnement juridique national, existe-t-il des vérités relatives, variables selon la branche du droit et l'ordre de juridiction qui sont en cause ?

Ces questions ne brillent pas par l'originalité et tout juriste les a rencontrées. Mais ce qui fait leur intérêt est qu'elles interdisent, me semble-t-il, une définition univoque du droit. [...]

[...] Et puis, peut-on si facilement réduire le droit au juge et au jugé ? Dans cette perspective, la constitution, la loi, la coutume ne seraient plus guère que le code déontologique du juge.

Faute de me dépêtrer de ces embarras, au fil des années, j'ai fini par me résigner à faire du droit sans en avoir une bonne définition. [...]

Cette résignation n'est pas glorieuse, mais elle n'est pas incommode. **Je crois qu'il est possible d'être juriste sans avoir une bonne définition du droit.**

[...] Je suis très frappé par le fait que la construction kelsénienne, même si on ne l'accepte pas comme un bloc de certitudes, a posé les prolégomènes à toute recherche sur la solution des conflits entre les ordres juridiques, particulièrement nécessaire à un temps qui empile les uns sur les autres, entrecroise les uns les autres les autonomies, les Etats, les communautés, les fédérations, les organisations de toute nature, chacun ou chacune avec son ordre juridique, ses gouvernants et ses juges. Que la théorie de l'institution, naguère gadget de juriste, ait pu conquérir des tenants dans les domaines de la sociologie ou de la science politique n'est pas moins significatif ...

[...]

Une définition du droit par un juriste, ce serait une espèce de profession de foi. Je ne livre ici qu'une confession. D'agnostique ? Peut-être ; de sceptique ? Sûrement pas. Car **si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans droit.**

Les divers sens du mot «droit»

François TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 7e édition, 2006, p. 3.

Les divers sens du mot:« droit» Qu'est-ce que le droit? Le mot a plusieurs sens. Celui qui, probablement, vient le premier à l'esprit relie à l'existence de règles canalisant l'activité des hommes en société. Dans cette perspective, l'image de formes ou de barrières apparaît assez vite. C'est pour en pénétrer les ressorts que, par vocation ou souvent par l'effet de quelque attentisme, voire de quelque curiosité, on s'oriente vers des études de droit. Souvent mal connu, souvent confondu, consciemment ou non, avec la seule et pure Justice, le droit correspond en réalité à une nécessité inhérente à toute vie en société; et, à mesure que les sciences de la société, ou les sciences de l'homme, ont accru leur influence, son caractère scientifique s'est renforcé.

Encore faut-il, ne serait-ce pour le moment qu'à des fins méthodologiques, définir ce qu'il faut entendre par droit. Il est des systèmes juridiques ou politiques dans lesquels la signification du mot est unique, et où celui-ci ne sert à désigner que des règles gouvernant la vie des hommes en société (droit anglais, droit japonais, par ex.). Tel n'est pas le cas de notre système, et de beaucoup d'autres. **Le mot droit y désigne deux ensembles qui diffèrent profondément, même s'ils se situent en relation.** A la faveur provisoire de la majuscule, on peut alors poser d'emblée la distinction essentielle:

1° Le « Droit », c'est un ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée - et plus ou moins organisée -, régissent les rapports entre les hommes. A cet ensemble, on applique l'expression de Droit objectif.

2° Les « droits », ce sont les prérogatives que le « Droit» - ou Droit objectif - reconnaît à un individu ou à un groupe d'individus et dont ceux-ci peuvent se prévaloir dans leurs relations avec les autres, en invoquant, s'il y a lieu, la protection et l'aide des pouvoirs publics, disons, au sens large, de la société : droit de propriété, droit de créance, droit de vote ... Il se peut que des considérations d'ordre philosophique ou politique aboutissent à une remise en cause plus ou moins profonde de cette seconde catégorie. Le fait est pourtant qu'elle résiste assez bien dans la réalité et dans l'esprit. En suivant son sillage, on voit se dégager d'autres définitions qui permettent la compréhension des phénomènes juridiques : le titulaire du droit, attributaire d'une prérogative, est traditionnellement appelé le sujet de droit ; d'où l'expression de droits subjectifs par laquelle on désigne les droits ainsi entendus.

« Droit » d'après le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU, PUF, 2010

N.m. – *Lat. directum*, neutre pris substantivement de l'adj. *directus* : ce qui est en ligne droite, direct, sans détour, droit.

1. Droit objectif (on écrit Droit – avec une majuscule – par opp. au droit subjectif).

a/ Ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société.[...] en ce sens, on distingue les Droits des différents Etats : Droit français, italien, etc., les Droits applicables aux différentes matières : *Droit civil, commercial, pénal, administratif*, etc.

b/. Nom donné par certains auteurs à des règles non obligatoires positivement qui tiennent leur valeur d'une source autre que l'autorité étatique. Droit idéal [...]. Droit naturel [...].

2. Science ou étude du Droit pris dans son ensemble ou dans telle de ses branches (auxquelles correspondent autant de disciplines juridiques). V. législation, pratique judiciaire, système juridique.

3 Employé absolument pour être syn. de Droit idéal ou de Droit naturel ou encore de justice. Ex. combattre pour le Droit. L'expression « à bon droit » se rencontre parfois en ce sens. Comp. en Droit strict.

4 Dans un sens technique de précision, le droit subjectif (on écrit droit avec une minuscule- par opp. à Droit objectif) : prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt, ou parfois, dans l'intérêt d'autrui. Ex. droit de propriété, droit de créance.

5 Plus largement, et dans un sens moins technique, toute prérogative reconnue par la loi aux hommes individuellement ou parfois collectivement (faculté, liberté, protection, etc.).

→ *droits civils, collectifs, de la défense, de l'homme, de pétition, des gens, des peuples à disposer d'eux-mêmes, politiques, sociaux....*

6 Par ext., désigne parfois en Droit public une faculté juridique qui est en réalité une compétence conférée pour l'exercice d'une fonction, ou une prérogative de l'autorité publique. Ex. droit de dissolution de l'Assemblée nationale par le Président de la République ; droit d'action du ministère public.

→ *droit de communication, de répétition, de vérification.*

7 Syn. d' »impôt » ; s'emploie plus spécialement en matière de douane, d'enregistrement et de contributions indirectes. Ex. droits de circulation

Le métier du droit est *intellectuel*. Le droit est forgé à coup de discours.

Michel Villey, *Philosophie du droit, II. Les moyens du droit*, Dalloz, Précis, 1984, p. 20.

[...] Le métier du droit est *intellectuel*. Le droit est forgé à coup de discours.

D'après l'analyse de philosophes grecs, on commence à parler du droit là où les parties sont en désaccord (ou, dans le cas du droit criminel, un particulier avec la cité); lorsque surgissent des procès. Avant la loi est le *procès*. **Le droit naît avec le moment où des hommes pris dans un conflit, au lieu de le vider par la force, s'en remettent à la parole; quand la parole est établie « au milieu » des hommes, devient « moyen » de la paix et de l'ordre (Aristote).**

On trouve dans Eschyle une image de l'origine du droit: Oreste, ayant tué sa mère Clytemnestre pour venger son père, a longtemps erré, poursuivi à son tour par les Erynnies. L'affaire se dénoue dans les Euménides par l'institution du droit qui sera le don *d'Athena*. Elle décide de constituer le tribunal de l'Aréopage où l'on va discuter du cas, en écoutant les plaidoiries des parties et de leurs avocats ; au terme de cette controverse interviendra la décision : Oreste acquitté à la majorité de faveur.

Le berceau du droit fut la Rhétorique (science de la parole). Longtemps survit une liaison entre ces deux arts. Dans la Rome classique, Cicéron trouvait naturel d'écrire ses Topiques à l'usage des jurisconsultes. **L'art de disputer, de controverser, et de tirer la décision de la controverse est au cœur de la méthode du droit.** Les lois aussi, moyen tardif et point nécessaire (il y a des litiges qui se règlent sans recours à la loi) sont discours et produits de discours.

Flexible droit, droit sans rigueur

Jean Carbonnier, *Flexible droit –pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2004, p. 487.

Le droit est droit, sans doute, mais les hommes le plient en tous sens, le ploient à leurs intérêts, à leurs fantaisies, voire à leur sagesse. Flexible droit, droit sans rigueur. Faut-il, d'ailleurs, s'en lamenter ? Il est peut-être salutaire que le droit ne soit pas cette massue, ce sceptre qu'on voudrait qu'il fût...

Oui, plutôt que la lourde main de justice, vive l'arc flexible qui lance au loin la flèche !

« La pulvérisation du droit en droits subjectifs »

Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vè République*, Flammarion, 1996 ; p. 123

Au cours d'une conversation, le même mot droit peut rouler avec des sens différents qu'instinctivement nous savons distinguer, droit objectif et droit subjectif. Le **droit objectif** est fait des règles, des institutions du droit ; la notion coïncide pratiquement avec celle de **système juridique**. **Les droits subjectifs sont les prérogatives que le droit objectif reconnaît aux individus**, les aires d'action qu'il leur découpe. Ainsi, la propriété est une institution du droit objectif, le propriétaire a un droit de propriété, qui est un droit subjectif.

Au commencement, est le droit objectif ; de lui découleront ensuite les droits subjectifs ; c'est le modèle classique. Dans une perspective opposée, on part des droits subjectifs ; le droit objectif se reconstituera ensuite comme un réseau de droits subjectifs. Une caractéristique du droit de notre époque aura été la tendance à se subjectiver, à se résoudre en une averse de droits subjectifs.

Deux circonstances avaient créé un climat favorable à cette transformation : dans l'ordre des sciences humaines, la place conquise par la psychologie aux dépens de la sociologie (les sociologues privilégiaient les institutions, les psychologues l'individu) et dans le discours idéologique, l'exaltation permanente des droits de l'homme, qu'accompagnait un certain recul des valeurs collectives (la peuple, la démocratie, la république).

Note sur le latin dans le langage du droit

In Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2005, p 405-407.

[...] Le latin est présent dans le français juridique sous plusieurs formes.

1. Par l'**étymologie**. Les termes juridiques français proviennent en grand nombre de la langue latine. Le fonds latin, on l'a vu, est le fonds principal [...]

2. Par les **adages latins**. Là également le fonds latin est le plus riche [...]

3. Par les **mots latins devenus français**. Le lot n'est pas négligeable. La langue française a emprunté au latin classique ou médiéval des termes morphologiquement repérables comme latins mais devenus français. Le français en a fait des substantifs (masculins et féminins) :

- à partir de noms latins: condominium, consensus, consortium, cursus, index, presidium, ratio;

- à partir de verbes: debet (en latin, troisième personne du singulier de l'indicatif présent du v. *debere*, devoir, « il doit ») ; memento (deuxième personne de l'impératif du v. *meminisse*, se souvenir «souviens-toi») ; memorandum (accusatif du gérondif du v. *memorare*, rappeler « à rappeler») ; referendum (id. v. *referre*, rapporter « pour qu'il en soit référé») ; veto (première personne du singulier de l'indicatif présent du v. *vetare*, défendre, «je défends») ; visa (pluriel neutre de *visus*, participe passé du v. *videre*, voir, «choses vues ») ;

- à partir d'adverbes: alibi (en latin « ailleurs») ; interim (en latin « entre-temps») ;

- à partir d'adjectifs: bonus, quantum, quitus, quota;

- à partir d'un pronom: quorum (en latin génitif pluriel du pronom qui «desquels »);

- par abréviation de locutions latines: de cuius (*is de cuius successione agitur* «celui de la succession duquel il s'agit »); boni (génitif de l'adjectif *bonus*, bon, repris de la formule *aliquid boni* «quelque chose de bon, boni remanet «ce qui reste de bon»); quota (féminin de *quotus* « en quel nombre », pris de *quota pars* « quelle part ») ; *recepisse* (infinitif parfait du v. *recipere*, « recevoir », de la formule *cognosco me recepisse* «je reconnais avoir reçu»). *Statu quo* (pour *in statu quo ante* «dans l'état où auparavant» sous entendu: «étaient les choses»).

4. Par un appareil de **références et de formules**. Le latin est l'instrument usuel de nos références, et souvent par abréviation (*infra*, *supra*, *in limine*, *in fine*, *hoc verbo*, *his verbis*, *ibidem*, *eodem loco*, *opere citato*, *passim*, *contra*, *sic*, *adde*, *et caetera* ...). À nos raisonnements, il fournit d'innombrables chevilles familières, petites figures rhétoriques (*ipso facto*, *a priori*, *a posteriori*, *a pari*, *a fortiori*, *ab absurdo*, *a silentio*, *in medias res*, *ab ovo*, *quid juris ?*, *ad hominem*, *ad rem*, *ad valorem*, *motu proprio*, *ex officio*, *de plano*, *sine die*, *in casu*, etc.).

5. Par les innombrables citations latines. Il s'agit de mots et d'expressions de la langue latine qui sont cités, en latin, dans le texte. [...] Leur usage est surtout doctrinal. Comme ornements du discours, ils ont un intérêt didactique. La force expressive du latin est une valeur stylistique. Mais ce sont surtout **fondamentalement des outils de la pensée juridique. Le système juridique français exprime en latin bon nombre de ses notions fondamentales**. L'intérêt pédagogique primordial des expressions latines est peut-être, en définitive, que la pensée juridique - la pensée civiliste surtout - s'organise à partir d'elles. Ainsi le droit français utilise-t-il la logique du latin pour marquer ses distinctions et ordonner ses classifications. C'est en latin

qu'il présente ses oppositions clés: oppositions de nature (jus in re - jus ad personam), oppositions de finalité (ad probationem ~ ad validitatem aut soLemnitatem ,. jus pacis, jus belli), oppositions de comportement ou de valeur (de Lucro captando ~ de damno vitando: de commodo et incommodo) oppositions de relation et de point de vue (inter partes ~ erga omnes .. ut singuli, ut universi, de lege lata ~ de lege ferenda ; secundum aut contra aut praeter Legem .. a paire, a matre). Le latin excelle aussi bien à rendre les degrés d'une notion (culpa Levis, culpa lata ; causa proxima, causa remota ; doLus bonus, dolus malus ; lato sensu, stricto sensu) ou les espèces d'un genre (cuL pa in eLigendo, cuLpa in vigilando) que la **double face d'une catégorie**, celle de l'acte juridique (negotium, instrumentum) ou de la fonction juridictionnelle (jurisdictio, imperium) ou les **éléments constitutifs d'une notion**: dans la possession, corpus et animus ; dans le dommage, damnum emergens, lucrum cessans ; dans la propriété, usus, fructus, abus us ; dans la possession d'état, nomen, tracta tus, fama ; dans la violence, vis et metus. Il marque le début et la fin (dies a quo, dies ad quem ; mutuus consensus, mutuus dissensus), le mode d'accomplissement (in actu, in intellectu), les protagonistes d'une opération (solvens, accipiens). Ainsi le droit s'aide-t-il du latin pour **découper en unités logiques complémentaires l'univers de ses concepts**, presque toujours sur un rythme binaire. Sur un éventail plus déployé, il ouvre également à partir de mots-base des séries indéfinies: ratione (materiae vel personae, vel loci, etc.), jure (soli, sanguinis ...), status (familiae, civitatis ...), animus (domini, possidendi, donandi, novandi, etc.), more (heLvetico, hebraïco, majorum ...), Lex (rei sitae, etc.), forum, etc. Légion de mots, cohorte de catégories.

La valeur d'un tel fonds s'apprécie à plusieurs critères qui gouvernent son destin.

Qu'il soit ou non chargé d'un passé romain ou médiéval, **il appartient au système juridique présent** (au droit positif, à la pensée contemporaine). C'est au sein de ce système qu'il vit, qu'il agit, qu'il œuvre. Il y est incorporé, il s'y actualise (en synchronie). Il renvoie à des notions positives qui ont vocation à être appliquées et interprétées dans la société du temps qui court. Il y articule nos raisonnements. **Le latin véhicule des notions clés de droit moderne**. Faudrait-il dire que nous puissions toujours aux sources du droit romain ou seulement au génie de la langue latine? L'un n'exclut pas l'autre.

La vitalité du latin juridique se reconnaît encore à deux autres signes. Ce qu'il opère au sein du droit français, il a même pouvoir de l'accomplir **dans les autres systèmes juridiques** que pénètrent aussi les expressions latines, les mêmes ou d'autres [...]. D'où la vocation naturelle du latin à favoriser des harmonisations de système à système. [...] Déjà porteur de la lex mercatoria, au-dessus des frontières, le latin pourrait parfois préparer, sans trop rêver, la communis opinio doctorum. Le trésor du latin universel est assez riche pour le cultiver ensemble. Hic et nunc, les juristes de toute langue s'entendent déjà lorsqu'ils se disent, de facto, de jure, in abstracto, In concreto, casus belli, manu militari, ultima ratio, ex aequo et bono, modus vivendi res nullius, ultimum subsidium, post mortem, honoris causa, jus cogens, jus gentium, rebus sic stantibus, in extenso, in extremis, sine qua non, in casu, sine die, ne varietur etc. Que de symboles et de références en commun, et, sur cette lancée, latin ab libitum ! Le latin est une patrie pour tous.

Mieux encore, si possible, **le latin est ouvert à la création**. On peut encore penser et exprimer des choses nouvelles en latin, inventer des formules [...] et même des maximes, ajouter des applications à la série des chevilles (*ratione temporis*), transporter la distinction des deux parties de l'édit du préteur (*pars nova*, *pars translaticia*) à l'analyse d'une réforme, ou l'observation d'une concordance (*in utroque jure*) à d'autres droits que le droit civil et le droit canon. Le latin est hospitalier: *genitrix* ~ *gestatrix* ; *in vitro* ~ *in utero*, *bonus* ~ *malus* (en assurance) ; la machine à opposition continue. La néologie est féconde comme la rhétorique. L'invention a-t-elle toujours le même bonheur? *Homo juridicus*, *homo economicus* laissent froid. Mais il y aura d'autres trouvailles et retrouvailles. **Le latin juridique est une langue vivante**. Evocats, les termes latins sont souvent, il est vrai, réducteurs et approximatifs. Dans leur approche des notions juridiques, ils manquent parfois de rigueur scientifique; *nomen*, *tractatus*, *fama* ne sont pas les seuls éléments de la possession d'état (plus complète, la liste légale est plus fine, C. civ., art. 311-2). *Usus*, *fructus*, *abusus* n'indiquent pas aussitôt que le droit d'administrer et celui d'aménager sont aussi des attributs de la propriété. Que mettre exactement sous *animus donandi* ou *affectio societatis* ? Faudrait-il parler d'auberge latine? C'est la limite de la citation. Mais c'est aussi sa vocation, sa **fonction apéritrice**, aiguillon de l'esprit critique qui conduit aux nuances et aux précisions. *Le latin ne conclut pas, il ouvre*; suggestif, il invite à creuser. D'*abusus* sort naturellement le droit de disposition et, a fortiori, le droit de gestion et d'aménagement; *tractatus* se dédouble dans la réciprocité (art. 311-2, al. 2) et *fama* dans la diversité (famille société, autorité publique). Comment refuser l'élan que donne à l'imagination *Il, criminis, votum mortis, pretium doloris*? Il est d'ailleurs exagéré de nier la valeur scientifique du latin. *Petita*, *allegata*, *probata*, sont dans le roc des principes limin.uu du Code de procédure civile, et comment échapper, dans le sort des dettes du défunt à la distinction majeure qui veut que l'héritier en soit tenu *ultra vires* ou *intra vires* et, dans ce dernier cas, à la sous-distinction qui l'oblige *pro viribus* ou *cum viribus* ? La formule latine porte parfois à un point d'excellence le rapport analyse-synthèse.

Droit et morale

Quand les « sages » écrivent l'histoire

Patrick Roger, Le Monde, 8 mars 2009

Le Conseil constitutionnel a ouvert ses archives antérieures à 1984, rendant publiques certaines délibérations décisives, comme lors du débat sur l'IVG

Se-crè-tes. Depuis un demi-siècle, une aura de mystère entoure les délibérations du Conseil constitutionnel. Et pour cause ! Comme tous leurs successeurs, lors de la cérémonie solennelle d'installation du 5 mars 1959, Léon Noël, le premier président nommé par Charles de Gaulle, et les huit autres membres du Conseil constitutionnel - parmi lesquels Georges Pompidou - avaient ainsi prêté serment : « Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence du Conseil. »

Citoyens, juristes, parlementaires d'opposition en quête d'annulation de lois réputées mal faites ou dangereuses : chacun a plus d'une fois rêvé de connaître le pourquoi du comment de ce qui se décide dans le secret à propos des grands textes législatifs ou des plus controversés. Depuis le 1er janvier, il est désormais possible d'accéder aux archives antérieures à 1984. Rassemblées sous la direction de Bertrand Mathieu, président de l'Association française de droit constitutionnel, Les Grandes Délibérations du Conseil constitutionnel de 1958 à 1983 (Dalloz, 500 p., 38 ?) montrent comment s'est progressivement construite, dans la confrontation à l'histoire immédiate, une jurisprudence constitutionnelle.

L'examen de la loi sur l'interruption de grossesse votée en 1974, par exemple, provoqua un débat de société et des affrontements politiques d'une rare virulence. La loi votée est donc aussitôt déférée au Conseil constitutionnel. Sa séance, présidée par Roger Frey, débute le 14 janvier 1975. Elle est introduite par un rapport de François Goguel. Son propos introductif est à la mesure de la décision que le Conseil va devoir rendre. « Aucun des problèmes qui ont été soumis au Conseil constitutionnel depuis que j'en fais partie ne m'a paru aussi complexe et difficile que celui de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, parce qu'aucun ne comportait de données aussi diverses, d'ordre moral, d'ordre métaphysique, d'ordre social autant que d'ordre proprement juridique, explique-t-il. Sans doute sont-ce seulement ces dernières qui doivent retenir notre attention. Mais comment pourrions-nous faire totalement abstraction des autres ? »

Le Conseil va devoir juger en droit. Ses membres sont, pour la plupart, hostiles à l'avortement. A commencer par le rapporteur lui-même. Pourtant, il va s'efforcer de limiter ses conclusions à l'appréciation stricte de la constitutionnalité du texte. Tout d'abord, au regard des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Il en vient bientôt à l'objection essentielle opposée par les 81 députés qui ont saisi le Conseil. Ils invoquent le préambule de la Constitution : « La Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé. »

Le Conseil va devoir apporter une réponse déterminante : « Ces mots désignent-ils ou non un embryon, un fœtus, c'est-à-dire un être qui est potentiellement un être humain, c'est incontestable, mais qui n'est pas encore un être humain au sens plein du terme ? C'est ici que s'affrontent des interprétations à la fois scientifiques et métaphysiques tout à fait irréconciliables », souligne le rapporteur.

François Goguel prend soin de préciser : « Nous ne sommes ni des biologistes ni des métaphysiciens, nous devons essayer d'être des juristes. » Pour lui, à la lumière des textes en vigueur, il n'est pas possible de « conclure que la consécration de l'existence et des droits de l'embryon humain dès sa conception a une valeur constitutionnelle ». Il propose au Conseil de décider que la loi est conforme à la Constitution.

Arrivé à ce point de son rapport - « que j'ai essayé de faire aussi objectif que possible » -, François Goguel tient cependant à formuler des remarques personnelles, fondées essentiellement sur ses convictions religieuses. Il déplore qu'« un des traits les plus inquiétants de notre époque consiste dans la généralisation de la tendance à refuser d'assumer la responsabilité des actes qu'on a accomplis ». « Quelques jours après la fête de Noël, qui symbolise l'espérance liée à l'attente et à la naissance d'un petit enfant, il m'est douloureux de penser que la législation française va permettre, pour des raisons de simple convenance, de rejeter une telle espérance », confesse-t-il. Mais, poursuit-il, « je me vois contraint d'admettre que, dans la société française d'aujourd'hui (...), l'adoption d'une législation sur l'avortement (...) était très probablement préférable à un statu quo dans lequel il se pratique ».

Toute la décision que va rendre le Conseil repose sur ce balancement : s'il valide la loi, cela ne veut pas dire que ses membres en approuvent le texte. Son président, Roger Frey, juge utile de préciser que « les responsabilités du Conseil constitutionnel ne se confondent pas avec celles du législateur ».

A l'issue de la discussion, qui aura nécessité deux journées complètes de séance, le président demande au Conseil, de manière exceptionnelle, « s'il estime qu'un vote doit intervenir sur la décision ». Aucun de ses membres ne souhaite se sentir lié par un vote personnel. Ainsi, de manière tout aussi exceptionnelle, le texte de la décision validant la loi sur l'IVG est adopté sans vote. « Nous avons fait notre devoir en notre âme et conscience », conclut Roger Frey.

Histoire politique et histoire des évolutions de la société sont omniprésentes au fil de ces centaines de pages de comptes rendus. Au nombre des autres grands moments de ce parcours rétrospectif : tout ce qui a trait au référendum sur l'autodétermination de l'Algérie, en 1960. Hasard du calendrier des anniversaires et des publications : c'est au moment du 8 mars, Journée internationale des femmes, qu'il est enfin possible de prendre connaissance de détails inédits d'un moment si important de leur histoire.

Miroir du temps, éternel retour des grandes questions : en ces temps où souffle de nouveau le vent sécuritaire, plus d'un lecteur se plongera avec passion dans les délibérations relatives à la « fameuse » Loi sécurité et liberté de 1981.

Un regret : alors que l'on reparle beaucoup de l'avenir des banques, il eût été éclairant de lire le compte rendu des délibérations sur les lois de nationalisation de 1982. Las, la place a manqué, paraît-il aux compilateurs. Il est vrai que ce débat occupa les « sages » pendant... neuf jours.

LA JUSTICE DE SALOMON (J. Carbonnier, *Flexible droit*, p. 434-445)

Une très grande figure que celle du roi Salomon. Il serait dommage qu'elle fût rendue suspecte par les hyperboles des biographies l'argent devenu aussi commun que les pierres, les quarante mille chevaux, les trente boeufs quotidiennement sacrifiés, et, surtout les sept cents épouses et trois cents concubines (1). Il devait avoir le goût du colossal, qui semble aujourd'hui un mauvais goût. Mais c'était une personnalité exceptionnelle.

Un rien lui a manqué pour se hausser au zénith de David son père d'être comme lui un guerrier. S'il avait eu l'instinct de la gloire militaire, il eût peut-être inscrit son nom dans le quadrille des cartes à jouer, aux côtés d'Alexandre, de César et de Charlemagne. Mais c'était un pacifique, un civil, un très grand civil. Administrateur, grâce auquel Israël achèvera de se constituer en Etat efficace. Économiste aussi, qui porte au commerce une attention presque anglaise (2). Et juriste, néanmoins le personnage est éminemment juridique.

La prière de Salomon en songe (3), c'est la prière du juriste. Ce qu'il demande à Dieu, et qu'il obtient, c'est la sagesse pour dire le droit — pour dire le droit au sein d'une nation. Il ne s'agit plus d'éduquer une tribu dans l'enfance, ni de traduire les messages de la divinité. Le droit se sépare de la morale et de la religion (4) un grand moment pour le droit.

Cette intelligence juridique reçue d'en haut, Salomon l'appliqua à la législation, Une de ses ordonnances au moins (5) est toujours vivante parmi nous celle qui a reconnu au premier venu le droit de se frayer un passage sur la propriété d'autrui lorsqu'il trouve la voie publique coupée (6). Mais, plus encore que dans la règle abstraite, il semble qu'il excellait dans le cas concret. Plus que législateur, il fut juge, le juge inné, le juge proverbial.

On s'en voudrait de ne pas citer tous les menus perfectionnements dont les services judiciaires lui sont redevables, ces aménagements matériels qui en ont fait et en font encore le confort.

Le juriste rencontrant le bâtisseur, il a logé la justice. Jusqu'alors elle était sous les arbres il l'installa à l'intérieur, se contentant de caissonner de cèdre ses plafonds (7), pour qu'elle ne perdît rien des influences magiques captées par le bois (8). Ce fut le premier palais de justice, dont le Temple n'était peut-être que la Sainte-Chapelle.

Et ces aromates que, par quantités prodigieuses, convoie vers Jérusalem la reine de Saba, consultante infatigable, qui de si loin vient poser des questions difficiles (9). Il est permis d'y apercevoir l'origine des épices. Non point les présents corrupteurs, mais les condiments délicats, les sucreries parfumées, et qui sait ? le café qui réveille. Toutes ces âpretés et toutes ces douceurs, destinées les unes à exciter l'intellect, les autres à faire déborder la mansuétude, Salomon ne les refuse point, et par là il se montre attentif à tout un côté de la physiologie judiciaire que notre Ancien Droit n'ignorait pas, mais que le droit moderne a négligé sans bénéfice pour personne.

LIRE LA SUITE DANS FLEXIBLE DROIT

(1) Après tout, il avait peut-être cette quantité de femmes dans son harem mais chez les monarques orientaux, la polygamie d'ostentation n'était point nécessairement polygamie de consommation. Cf. H. GUNTHER, *Le mariage*, trad. franç., 1952. p. 112.

(2) Pour une interprétation socialiste de l'histoire, le point important est que Salomon prit appui sur les forces capitalistes et colonialistes naissantes, qu'il rechercha l'alliance de la haute finance de Tyr. Mais bien loin de ce marxisme, soupçonneux, c'est une *Chanson de Salomon* Ir&S peuple que Bertolt Brecht a insérée dans *Mère Courage* (1.9) et dans *l'Opéra de quatre sous* (111,7), *Wie gross unit weis* mir Satomon!

(3) *IRais* 3 5 et s. :11 *Chron.*, I: 10.

(4) Isaac HERZOG *The main Institutions of the Jewish Law*. 1936. t. J, p. XXIV.

(5) 1. HERZOG, *op. cit.* t. I, p. 277.

(6) Cette règle immémoriale, reproduite dans le décret du 28 sept. 1791 sur la police rampe. titre 2. art. 41. est considérée comme toujours en vigueur, du moins à titre de coutume. Mais la pratique est loin de lui donner l'interprétation large qu'appellerait la consécration d'une liberté physique élémentaire (ex. lorsque le trottoir est mis en état de blocus par les autos en stationnement, le droit de forcer les portières, étant entendu que les dommages seront à la charge de la communauté).

(7) *I Rois*. 7 7.

(8) Tout lieu d'audience, dans les sociétés archaïques, est une aire sacrée et comme retranchée du monde ordinaire (cf. le *hieros kuklos* où, sur le bouclier d'Achille, tel que le décrit l'Iliade, siègent les juges). Si les arbres font fréquemment partie du décor judiciaire c'est qu'ils attirent le charisme divin et le transmettent aux magistrats qui sont assis à leur ombre. Dans la Chine antique, un recueil de jurisprudence était intitulé *les cas de dessous le poirier*. En Israël, le livre des Juges (15 :4) évoque la justice rendue sous un palmier; Esau (61 :3), la justice rendue sous un chêne — bon précédent pour saint Louis. Autre indice, philologique : l'étymologie qui fait dériver de l'arbre (tree). du chêne (*dni*), notre trêve (naissance, *treegwa*), moment de paix et de justice (laquelle est pacification). Quand le seigneur tenait audience dans sa maison, il y fallait toujours du bois, et cette audience était appelée justice sous *latte*.

(9) *IRois*. 10:2:11 *chron*, 9:1.

L'équité, ajustement de la légalité

Aristote (384-322 av. J.-C.), *Éthique à Nicomaque*

Un écho de la thèse aristotélicienne se trouve dans la définition du jus comme *ars boni et aequi* qui ouvre le Digeste (I, I, t)

Le juste et l'équitable sont une même chose, et quoique tous deux soient désirables, l'équitable est meilleur. Ce qui fait difficulté c'est que l'équitable est juste, mais non pas juste selon la loi: il est plutôt un ajustement de ce qui est légal. La raison en est que toute loi est universelle et que, sur des cas particuliers, l'universalité ne permet pas de se prononcer avec justesse. Donc dans les affaires où il est nécessaire de prendre des dispositions générales, alors qu'il n'est pas possible de le faire avec justesse, la loi concerne la majorité des cas, sans méconnaître son erreur. Mais la rectitude de la loi n'est pas en cause; car l'erreur ne lui est pas imputable, ni imputable au législateur, mais résulte de la nature même de la chose car telle est la matière des actions. Donc, lorsque la loi énonce une règle générale, et que des cas exceptionnels se présentent, il est normal de remédier à l'omission ou à l'erreur du législateur qui s'est exprimé en termes généraux. Le législateur lui-même agirait ainsi s'il était présent et il aurait précisé la loi s'il avait eu connaissance du cas particulier. Voilà pourquoi l'équitable est juste, et même supérieur à une certaine forme de justice, non pas à la justice en soi, mais à la justice erronée en raison de sa généralité. Telle est précisément la nature de l'équité elle est un ajustement de la loi, dans la mesure où celle-ci est négligente en raison de sa généralité. En effet si tout n'est pas compris dans la loi, la raison en est qu'il est impossible, dans certains cas, d'établir une loi; de sorte qu'il faut un décret de l'assemblée du peuple. Car, de ce qui est indéterminé, la règle aussi est indéterminée, comme la règle de plomb des architectes de Lesbos qui ne reste pas rigide, mais épouse les formes de la pierre. [...] On voit par là ce qu'est l'homme équitable, celui dont les décisions et les actions sont équitables : non pas l'homme d'une justice tatillonne et portée au pire, mais celui qui sait minimiser sa cause, bien qu'il ait la loi pour lui. (**Livre V, chap. X.** trad. L.-L Grateloup)

Notre embarras sur la question de l'équité vient à peu de choses près des raisons indiquées. Néanmoins, toutes ces expressions sont en quelque mesure satisfaisantes et il n'y a rien de contradictoire. Car ce qui est équitable, étant supérieur au juste envisagé en particulier est juste par cela même. il ne faudrait pas croire cependant que c'est à titre de genre différent qu'il possède cette supériorité. Ainsi le juste et l'équitable sont identiques et, quoique tous deux soient désirables, l'équité est cependant préférable. Ce qui cause notre embarras, c'est que ce qui est équitable, tout en étant juste, ne l'est pas conformément à la loi; c'est comme une amélioration de ce qui est juste selon la loi. La raison en est que toute loi est générale et que, sur des cas d'espèce, il n'est pas

possible de s'exprimer avec suffisamment de précision quand on parle en général ; lors donc qu'il est indispensable de parler en général et qu'on ne peut le faire avec toute la précision souhaitable, la loi ne retient que les cas ordinaires, sans méconnaître d'ailleurs son insuffisance. La loi n'en est pas moins bien ordonnée. La faute ne lui est pas imputable, non plus qu'au législateur ; elle découle de la nature de l'action, telle étant bien exactement la matière des actes. Lorsque la loi s'exprime pour la généralité des cas, et que postérieurement il se produit quelque chose qui contrarie ces dispositions générales, il est normal de combler la lacune laissée par le législateur et de corriger l'omission imputable au fait même qu'il s'exprimait en général. Le législateur lui-même, s'il était présent, y consentirait et, s'il eût prévu la chose, eût introduit des précisions dans la loi. Aussi ce qui est équitable est-il juste, supérieur même en général au juste, non pas au juste en soi, mais au juste. qui, en raison de sa généralité, comporte de l'erreur. La nature propre de l'équité consiste à corriger la loi, dans la mesure où celle-ci se montre insuffisante, en raison de son caractère général. Voilà pourquoi tout n'est pas compris dans la loi : sur certains cas, il est impossible de légiférer et il faut avoir recours, pour la préciser, à une décision de l'assemblée du peuple. En effet, pour tout ce qui est indéterminé, la règle ne peut donner de détermination précise, au contraire de ce qui se passe dans l'architecture à Lesbos, avec la règle de plomb; cette règle qui ne reste pas rigide, peut épouser les formes de la pierre; de même, les décrets s'adaptent aux circonstances particulières. Nous avons éclairci la nature de l'équitable et montré en quoi il se confondait avec le juste et était supérieur au juste envisagé d'un point de vue particulier. De ce qui précède, se dégage nettement la nature du juge d'équité. C'est l'homme qui, de propos délibéré, se décide et agit pratiquement; ce n'est pas l'homme d'une justice tatillonne et enclin à adopter la solution la moins favorable pour les autres; il est toujours prêt à céder de son dû, bien qu'il puisse invoquer l'aide de la loi; sa disposition ordinaire est l'équité, qui est une variété de la justice et une disposition qui n'en diffère pas. **(Fin du chapitre 8 du livre V de l'Ethique à Nicomaque, trad. Voilquin, Paris, Garnier. 1940, p. 243-247).**

La justice en France

in Michèle-Laure RASSAT, *La justice en France*, PUF, Que sais-je, 2004, p. 3-5

Le mot « justice » est un de ceux qui peuvent comporter le plus de sens différents. Il ne sera envisagé ici que dans celui **d'institution chargée de trancher des litiges selon une procédure et des règles de droit.**

En bonne logique, il peut, dans une société évoluée, se présenter deux types de conflits. Un procès peut opposer un individu à un autre. On est en présence d'un litige de droit privé. Une contestation peut aussi s'élever entre un individu et la collectivité dans une double perspective. Un citoyen se prétend lésé par un service public. Le litige est de même nature que le litige de droit privé; il s'en éloigne par le fait que le défendeur est une autorité publique. A l'inverse, dans un système où la responsabilité de rendre la justice incombe au représentant de la société, l'infraction pénale, en même temps qu'elle cause un dommage éventuel à un individu, trouble, d'abord, l'ordre public de la collectivité.

Un système construit à partir des seules considérations rationnelles comprendrait donc deux ordres de juridictions : des juridictions de droit privé vouées au jugement des conflits individuels; des juridictions de droit public ayant pour mission de trancher, d'une part, les conflits administratifs et, d'autre part, les procès pénaux, mais **le système juridictionnel français n'a pas été construit *ex nihilo*. Il est le résultat d'une histoire. Des ordres de juridiction existent mais ils sont sensiblement éloignés d'une construction rationnelle.**

1. Les principaux ordres de juridiction

On schématise la préhistoire de l'institution judiciaire en disant qu'on est passé successivement d'une phase de vengeance privée à une phase de justice privée avant d'atteindre la phase de la justice publique. Dans *la vengeance privée*, la justice est le droit de celui qui a été victime d'un autre (ainsi que de sa famille, son clan, son groupe social) de causer à cet autre (ainsi qu'à tout membre de son groupe de vie) le plus de mal possible sans qu'aucune règle soit établie pour limiter la vengeance. La *justice privée* concerne les mêmes parties (avec une tendance à la restriction des acteurs) mais elle prévoit des règles à respecter (loi du Talion par exemple). La *justice publique*, qui apparaît lorsqu'une autorité centrale forte s'est affirmée, exprime le droit pour cette autorité d'imposer que les litiges des membres du groupe lui soient soumis.

Ce schéma montre que le « procès » est d'abord conçu comme étant une affaire d'individus. Les premières juridictions sont donc des juridictions que nous dirions aujourd'hui de droit privé mais avec un correctif important. À l'origine, on ne distingue pas selon que le dommage causé par

une personne à une autre procède d'une infraction pénale ou d'une faute banale car la perception de ce que l'infraction pénale cause un trouble à l'ordre public est extrêmement moderne. C'est ce qui explique que le jugement des procès pénaux ait été confié, au départ, à des juridictions de droit privé et non pas à des juridictions de droit public comme cela aurait été rationnel. Cette solution a été conservée par la force de l'habitude.

D'un autre côté, l'idée qu'un sujet puisse se plaindre du fait du gouvernement est difficilement compatible avec celle d'une royauté de droit divin. Celui qui s'estimait lésé par une décision d'une autorité administrative inférieure (un intendant) pouvait en appeler directement au roi mais il ne s'agissait pas d'une véritable « justice » de droit public.

L'ancien droit français ne connaissait donc qu'un seul ordre juridictionnel, chargé à la fois de trancher les procès des particuliers et de juger les infractions pénales. C'est l'ancêtre de ce que nous appelons aujourd'hui les juridictions judiciaires qui ont conservé cette double vocation.

La période révolutionnaire aurait dû être propice à la création de véritables juridictions de droit public: le gouvernement étant censé être l'émanation du citoyen, il aurait été logique que celui-ci puisse demander des comptes. Mais il n'en fut rien. À la fin de l'Ancien Régime, les parlements s'étaient livrés à une fronde organisée contre le pouvoir royal, et les révolutionnaires, qui l'avaient orchestrée, entendirent éviter qu'un quelconque pouvoir judiciaire ne puisse, à son tour, entraver leur action. La précocité et l'abondance des textes qu'ils consacrent à la question témoignent de l'intensité de leur crainte. Ces textes interdisaient aux juridictions judiciaires d'exercer leur contrôle sur les différends susceptibles de naître entre administrés et administrations et ils valaient déclaration de principe contre la création d'un ordre juridictionnel nouveau apte à le faire.

Cette prohibition absolue était cependant difficilement tenable. Des recours durent être admis mais ils étaient tranchés par la voie d'une requête à l'administration. L'autorité « juridictionnelle » de droit public était le préfet, le ministre et le chef de l'État en appel. Ceux-ci étaient aidés pour le premier par des Conseils de préfecture et pour le second par le conseil d'État. Il faut attendre 1872 pour qu'une loi décide que ce dernier ne se bornera plus à préparer les décisions du chef de l'Etat, mais deviendra un véritable juge indépendant. C'est la vraie date de naissance de l'ordre juridictionnel administratif.

Ce rapide survol historique révèle deux choses. La première, que, si notre système de justice compte deux principaux ordres juridictionnels, ceux-ci ne correspondent pas à ce qu'ils devraient être sur un plan rationnel. La seconde, qu'il n'y a pas de commune mesure, au point de vue du poids et de la tradition historique, entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives.

La notion de norme

G. Cornu, *Vocabulaire juridique*

N.f. – Lat. *norma* : équerre, mesure, règle

1 Terme scientifique employé parfois dans une acception générale comme équivalent de règle de droit (proposition abstraite et générale), qui évoque non pas l'idée de normalité (comme par exemple en biologie), ni celle de rationalité, ou de type convenu (standardisation), mais spécifiquement la valeur obligatoire attachée à une règle de conduite, et qui offre l'avantage de viser d'une manière générale toutes les règles présentant ce caractère, quels qu'en soient la source (loi, traité, voire règle de Droit naturel) ou l'objet (règle de conflit, Droit substantiel, etc.). V. *hiérarchie, suprématie, ordre, système, canon, modèle*.

Normes primaires. Nom donné aux règles qui énoncent des principes généraux ou même à toutes celles qui prescrivent directement une conduite à tenir.

Normes secondaires. Nom donné à des règles accessoires, plus spécialement à celles qui, édictent des sanctions, tendent à la réalisation effective des premières.

- **2** Parfois plus spécialement règle qui marque la direction générale à donner à une conduite. Comp. *Standard, directive, notion-cadre*.
- **3** (sens voisin). Manière dont il convient de diriger son activité, méthode à suivre.
- **4** Désigne parfois, par rapport à la notion ordinaire de règle de droit, la règle qui, dotée d'une efficacité particulière, opérerait de plein droit et immédiatement, sans l'intermédiaire de sanctions. Ex. la convention collective, dont les dispositions s'appliquent d'elles-mêmes dans les contrats individuels de travail.
- **5 Dans la théorie de Kelsen**, éléments coordonnés et hiérarchisés qui constituent un système de droit ou « ordonnancement juridique », dans lequel les normes supérieures engendrent directement les normes inférieures (constitution, lois, règlements, etc.) jusques et y compris les situations juridiques particulières (responsabilité de l'auteur d'un dommage, obligation née d'un contrat). V. *normativisme (doctrine)*.

Pour **Paul Amselek**, les **normes juridiques** « tendent non seulement à prévenir ou à régler les conflits possibles entre les membres de la population, mais beaucoup plus largement à encadrer, orienter, rationaliser l'ensemble de leurs activités, de leurs conduites ». (« L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue de droit publique* 1982, p. 279).

La Déclaration du 9 mai 1950

Extraits de la proposition, lancée par Robert Schuman, ministre français des Affaires étrangères, et considéré comme l'acte de naissance de l'Union européenne.

La paix mondiale ne saurait être sauvegardée sans des efforts créateurs à la mesure des dangers qui la menacent.

La contribution qu'une Europe organisée et vivante peut apporter à la civilisation est indispensable au maintien des relations pacifiques. En se faisant depuis plus de vingt ans le champion d'une Europe unie, la France a toujours eu pour objet essentiel de servir la paix. L'Europe n'a pas été faite, nous avons eu la guerre.

L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait. Le rassemblement des nations européennes exige que l'opposition séculaire de la France et de l'Allemagne soit éliminée. L'action entreprise doit toucher au premier chef la France et l'Allemagne.

Dans ce but, le gouvernement français propose immédiatement l'action sur un point limité mais décisif.

Le gouvernement français propose de placer l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe.

La mise en commun des productions de charbon et d'acier assurera immédiatement l'établissement de bases communes de développement économique, première étape de la Fédération européenne, et changera le destin de ces régions longtemps vouées à la fabrication des armes de guerre dont elles ont été les plus constantes victimes.

La solidarité de production qui sera ainsi nouée manifestera que toute guerre entre la France et l'Allemagne devient non seulement impensable, mais matériellement impossible. L'établissement de cette unité puissante de production ouverte à tous les pays qui voudront y participer, aboutissant à fournir à tous les pays qu'elle rassemblera les éléments fondamentaux de la production industrielle aux mêmes conditions, jettera les fondements réels de leur unification économique.

Cette production sera offerte à l'ensemble du monde sans distinction ni exclusion, pour contribuer au relèvement du niveau de vie et au développement des œuvres de paix. L'Europe pourra, avec des moyens accrus, poursuivre la réalisation de l'une de ses tâches essentielles : le développement du continent africain.

Ainsi sera réalisée simplement et rapidement la fusion d'intérêts indispensable à l'établissement d'une communauté économique qui introduit le ferment d'une communauté plus large et plus profonde entre des pays longtemps opposés par des divisions sanglantes.

Par la mise en commun de productions de base et l'institution d'une Haute Autorité nouvelle, dont les décisions lieront la France, l'Allemagne et les pays qui y adhéreront, cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une Fédération européenne indispensable à la préservation de la paix.

[...]

Les institutions européennes et leurs modes de production du droit

in Jean-Louis Halpérin, *Histoire des droits en Europe*, Flammarion, 2004, p. 325-328.

Chronologiquement et géographiquement, **le Conseil de l'Europe** est la première de ces institutions européennes qui ont dépassé le cadre ordinaire du droit international public. Le statut adopté à Londres par dix États membres en **1949**, étendu à une vingtaine jusqu'aux années 1970, puis, depuis les révolutions d'Europe de l'Est, à quarante et un États au début du XXI^e siècle, établit un Comité des ministres de type intergouvernemental et une Assemblée parlementaire, purement consultative. Rien ne laissait augurer, au départ, un rôle juridique important pour un Comité susceptible tout au plus de recommander la conclusion d'accords et pour une Assemblée qui peut voter des résolutions. La novation vint, à l'initiative de la commission juridique de l'Assemblée consultative et avec le soutien du Conseil des ministres, de la signature, en **1950**, de **la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, entrée en vigueur en **1953** et suivie de la mise en place d'une **Commission européenne des droits de l'homme (1954)**, puis d'une **Cour européenne des droits de l'homme (1959)**. Pour la première fois, des États contractants et des particuliers - dans le cas d'acceptation de la clause admettant le recours individuel (par la Suède dès 1952, par l'Allemagne en 1955, par le Royaume-Uni en 1966, par la France en 1981, par tous les États membres depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 en 1998) - pouvaient engager une procédure conduisant (avec une compétence de juridiction obligatoire par l'acceptation d'une autre clause qui s'est généralisée entre les années 1950 et 1970) à la **condamnation d'un État pour violation des droits de l'homme**. Dès le début des années 1960 (arrêt *Lawless c. Irlande* 1960-1961) avec une augmentation sensible des affaires traitées **depuis les années 1980, la Cour de Strasbourg fut en mesure de développer une jurisprudence s'imposant aux États et les amenant, sous la pression de l'opinion publique, à modifier leur droit ou leur pratique**.

La création de **la CECA, sur la base du plan Schuman (1950)** et des projets de Jean Monnet, associa les objectifs politiques et économiques d'un *pool* d'industries lourdes entre la France, l'Allemagne, l'Italie et les pays du Benelux avec l'institution d'une Haute Autorité à vocation supranationale - par l'indépendance conférée à ses membres par rapport aux États nationaux - et d'une Cour de justice chargées de faire respecter des dispositions obligatoires, notamment la prohibition des pratiques anticoncurrentielles (article 65) et un contrôle des concentrations (article 66), sous une inspiration qui venait à la fois de juristes américains et européens 1. Après l'échec de la Communauté européenne de défense (1950-1954), **le traité de Rome confirma en 1957 cette combinaison de priorités économiques -la réalisation entre les six États de la Communauté d'un Marché commun par une union douanière - et d'instruments juridiques avec une Commission, un Conseil des ministres, un Parlement européen et une Cour de justice**. En même temps était créée la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) et débutait un processus de développement des institutions communes qui trouva son aboutissement dans la fusion des exécutifs par le traité de Bruxelles en 1965. Le traité de Rome contenait, lui aussi, des règles de droit spécifiques sur la concurrence (articles 85-86).

Dès 1957, les institutions du traité de Rome créèrent un droit dérivé à bien des égards original et novateur. Les actes « administratifs » obligatoires n'émanaient pas, dans la Communauté européenne, du Parlement selon le schéma démocratique classique mais de l'Exécutif, c'est-à-dire du Conseil des ministres et de la Commission. Les règlements, à portée générale et directement applicables dans les États membres, ainsi que les directives, qui indiquent des voies à suivre aux législateurs nationaux en leur laissant le choix des moyens pour y parvenir, sont votés par le Conseil des ministres - à une majorité requise, la question du veto français et de la politique « de la chaise vide » (1965) ayant donné lieu au compromis de Luxembourg (1966) et à l'abandon pendant plusieurs années de la logique du vote majoritaire - sur proposition de la Commission dans la très grande majorité des cas. Les décisions, qui sont des actes individuels, sont prises par le Conseil ou la Commission. [...], tandis qu'en même temps **la Cour de Luxembourg, par sa jurisprudence sur la primauté du droit communautaire intégré au système juridique des États membres (arrêts *Van Gend en Loos* en 1963 et *Costa c. Enel* en 1964), se faisait la championne d'une approche fédérale d'un droit communautaire brisant le droit local.**

Un moment ralenti par les tensions entre fédéralistes et partisans de l'Europe des États, le processus d'intégration européenne a été relancé à partir des années 1970 par l'élargissement de la Communauté (adhésions de la Grande-Bretagne, de l'Irlande, du Danemark et de la Norvège en 1972, de la Grèce en 1979, de l'Espagne et du Portugal en 1985), par la transformation des sommets en **Conseil européen des chefs de gouvernement (1974)**, par l'élection du Parlement européen au suffrage universel (1976-1979) ainsi que par la mise en place du système monétaire européen ou « serpent » (1971-1979) renforçant la convergence des politiques économiques.

Sans régler la question de la nature des institutions européennes, une série de traités a marqué les transformations de l'Europe depuis les années 1980: l'Acte unique de 1986 sur la suppression des derniers obstacles à la liberté du marché intérieur, le passage au vote à la majorité qualifiée et le renforcement du pouvoir du Parlement, le traité de Maastricht sur l'Union européenne (1992) avec ses trois « piliers » (compétences économiques, en matière d'éducation, de culture et de santé publique des Communautés européennes couronnées par l'instauration d'une monnaie unique, politique étrangère et de sécurité commune, enfin coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures), l'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède (1995), le traité d'Amsterdam intégrant en 1997 les droits fondamentaux avec des dispositions sociales, le traité de Nice en 2000 prévoyant une réforme de la taille de la Commission, une extension des votes à la majorité qualifiée et un système judiciaire désormais à trois niveaux, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, cette dernière n'ayant pas en l'état de portée juridique contraignante. Un nouvel équilibre des institutions européennes est sorti de cette succession rapide de réécritures des traités fondamentaux. Si le Parlement s'est renforcé - en passant de simples pouvoirs budgétaires dans les années 1970 à une participation au pouvoir de décision (procédure de coopération dans l'Acte unique, pouvoir de codécision législative dans certains domaines depuis Maastricht) et à un contrôle politique accru -, la Commission s'est trouvée plutôt affaiblie par les évolutions récentes. [Ouvrage publié en 2004].

Un exemple d'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes

1^{er} octobre 2009, Commission/France

«Manquement d'État – Reconnaissance des qualifications professionnelles – Directive 2005/36/CE – Défaut de transposition»

Dans l'affaire C-468/08,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, introduit le 30 octobre 2008,

Commission des Communautés européennes, représentée par M. H. Støvlbæk et M^{me} V. Peere, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

République française, représentée par MM. G. de Bergues et B. Messmer, en qualité d'agents,

partie défenderesse,

LA COUR (sixième chambre),

composée de M. J.-C. Bonichot, président de chambre, MM. K. Schiemann (rapporteur) et P. Kūris, juges,

avocat général: M. M. Poiares Maduro,

greffier: M. R. Grass,

vu la procédure écrite,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, en ne prenant pas les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO L 255, p. 22, ci-après la «directive»), ou, en tout état de cause, en ne lui communiquant pas lesdites dispositions, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 63 de cette directive.
- 2 L'article 63 de la directive prévoit, notamment, que les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à celle-ci avant le 20 octobre 2007 et en informer immédiatement la Commission.
- 3 Considérant qu'elle n'avait pas été informée par la République française des mesures prises pour assurer la transposition de la directive dans son ordre juridique interne dans le délai imparti, la Commission a engagé la procédure en manquement prévue à l'article 226 CE. Après avoir mis cet État membre en demeure de présenter ses observations, la Commission a, le 6 mai 2008, émis un avis motivé invitant ledit État membre à prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer dans un délai de deux mois à compter de sa réception. La Commission ne disposant pas d'éléments d'information lui permettant de conclure que toutes les mesures nécessaires à la transposition de la directive avaient été définitivement prises a décidé d'introduire le présent recours.
- 4 La République française ne conteste pas la réalité du manquement reproché. Elle admet, d'une part, que la totalité des dispositions nécessaires à la transposition complète de la

directive n'a pas été communiquée, tout en insistant sur le fait qu'elle a notifié dès le 8 novembre 2007 une première série de mesures de transposition. D'autre part, tout en soulignant que, avec l'adoption de l'ordonnance n° 2008-507, du 30 mai 2008, portant transposition de la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JORF du 31 mai 2008, p. 9009), qui a été notifiée à la Commission le 3 juin 2008, l'ensemble des mesures législatives nécessaires à la transposition de la directive a été adopté avant l'expiration du délai imparti dans l'avis motivé, cet État membre reconnaît qu'une série de textes à caractère réglementaire doit encore être adoptée.

- 5 En l'espèce, il est constant que, ainsi que le reconnaît d'ailleurs la République française, à l'expiration du délai imparti dans l'avis motivé, toutes les mesures nécessaires pour assurer la transposition de la directive dans l'ordre juridique français n'avaient pas été adoptées.
- 6 Dans ces conditions, il y a lieu de considérer le recours introduit par la Commission comme fondé.
- 7 Par conséquent, il convient de constater que, en ne prenant pas toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 63 de cette directive.

Sur les dépens

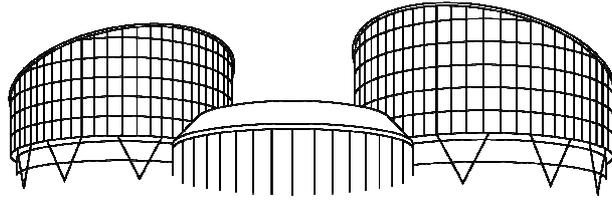
- 8 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation de la République française et celle-ci ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs, la Cour (sixième chambre) déclare et arrête:

- 1) **En ne prenant pas toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 63 de cette directive.**
- 2) **La République française est condamnée aux dépens.**

Signatures

[http://curia.europa.eu/jurisp](http://curia.europa.eu/jurisp-bin/form.pl?lang=fr&jurcdj=jurcdj&newform=newform&docj=docj&docop=docop&dojnoj=dojnoj&typeord=ALLTYP&numaff=&ddatefs=27&mdatefs=9&ydatefs=2009&ddatefe=4&mdatefe=10&ydatefe=2009&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher) /cgi-bin/form.pl?lang=fr&jurcdj=jurcdj&newform=newform&docj=docj&docop=docop&dojnoj=dojnoj&typeord=ALLTYP&numaff=&ddatefs=27&mdatefs=9&ydatefs=2009&ddatefe=4&mdatefe=10&ydatefe=2009&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Rechercher



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CINQUIÈME SECTION

AFFAIRE FABRIS c. FRANCE

(Requête n° 16574/08)

ARRÊT

STRASBOURG

21 juillet 2011

Cet arrêt deviendra définitif dans les conditions définies à l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.



En l'affaire Fabris c. France,

La Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), siégeant en une chambre composée de :

Dean Spielmann, *président*,

Jean-Paul Costa,

Boštjan M. Zupančič,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Ann Power,

Angelika Nußberger, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 7 juin 2011,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 16574/08) dirigée contre la République française et dont un ressortissant de cet Etat, M. Henry Fabris (« le requérant »), a saisi la Cour le 1^{er} avril 2008 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant est représenté par M^e A. Ottan, avocat à Lunel. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M^{me} E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant allègue en particulier une violation des articles 8 et 14 de la Convention et 1 du Protocole n° 1 combinés.

4. Le 10 février 2010, le président de la cinquième section a décidé de communiquer la requête au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et le fond.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. Le requérant est né en 1943 et réside à Orléans.

6. Il fut reconnu à sa naissance par son père, Monsieur F.

7. Au temps de la conception du requérant, sa mère, Madame R. épouse M., était engagée dans les liens du mariage et de cette union sont nés deux enfants, A. née en 1923 et J. né en 1941.

8. Par un jugement du 28 février 1967, la séparation de corps fut prononcée entre la mère du requérant et son époux, Monsieur M.

9. Par acte du 24 janvier 1970, les époux M. firent donation-partage de leurs biens entre leurs deux enfants légitimes, A. et J.[...]

10. En 1981, Monsieur M. décéda.

11. Par un jugement du 24 novembre 1983, le tribunal de grande instance de Montpellier déclara le requérant enfant naturel de Madame M., après avoir constaté que la possession d'état d'enfant naturel était amplement établie.

[...]

12. **Après sa condamnation par la Cour dans l'affaire *Mazurek c. France*, le 1^{er} février 2000, la France modifia, par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001, sa législation et accorda aux enfants adultérins des droits identiques aux enfants légitimes dans le cadre du règlement des successions.** Cette nouvelle loi entra en vigueur avant qu'il ne soit tranché sur le litige en cours, [...].

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Le droit interne pertinent

[...]

B. La jurisprudence interne pertinente

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, [...]

EN DROIT

I. SUR L'EXCEPTION D'IRRECEVABILITÉ DU GOUVERNEMENT

13. Le Gouvernement soulève une exception tirée de l'incompatibilité *ratione temporis* de l'ensemble des griefs du requérant. Le Gouvernement estime que les griefs concernent une situation juridique acquise en 1970, soit avant l'entrée en vigueur de la Convention en France.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION COMBINÉ AVEC LES ARTICLES 1 DU PROTOCOLE N° 1 ET 8 DE LA CONVENTION

14. Le requérant se plaint de l'impossibilité de faire valoir ses droits successoraux en tant qu'enfant adultérin. Il allègue de ce fait une discrimination injustifiée fondée sur son statut d'enfant adultérin, laquelle porte atteinte à son droit au respect de sa vie privée et familiale et à son droit au respect de ses biens.

A. Sur la recevabilité

[...]

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

[...]

2. Appréciation de la Cour

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable ;
2. *Dit*, par cinq voix contre deux, qu'il y n'a pas eu violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole 1 ;
3. *Dit*, à l'unanimité, qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément le grief tiré de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 21 juillet 2011, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Claudia Westerdiek
Greffière

Dean Spielmann
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'**opinion séparée** des juges Spielmann et Costa.

LA LOI

Acte voté par le Parlement, et acte qui fixe les règles dans certains domaines limitativement énumérés : art. 24, 34 et 37 de la Constitution de 1958, révisée le 23 juillet 2008.

Art. 24. - Le Parlement vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il évalue les politiques publiques.

Il comprend l'Assemblée nationale et le Sénat.

Les députés à l'Assemblée nationale, dont le nombre ne peut excéder cinq cent soixante-dix-sept, sont élus au suffrage direct.

Le Sénat, dont le nombre de membres ne peut excéder trois cent quarante-huit, est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République.

Les Français établis hors de France sont représentés à l'Assemblée nationale et au Sénat.

Art. 34. - La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;
- la création de catégories d'établissements publics ;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

- de l'organisation générale de la Défense Nationale ;
- de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
- de l'enseignement ;
- de la préservation de l'environnement ;
- du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;
- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

[...][*Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)*]

Art. 37. - Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire.

Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent.

La loi, *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU, PUF, 2010

Loi

N.f. – Lat. *lex*

Toute norme ou système de normes d'ordre juridique ou extrajuridique ; en ce sens, on parle de loi naturelle (V. *droit naturel*) ou de loi morale, par opp. à la loi positive (V. *droit positif*). V. *Droit, lex, jus*

1 (en droit positif, toutes disciplines)**1** (sens juridique usuel). Texte voté par le Parlement (Const. 1958, a.24) ; loi au sens organique et formel par opp. à décret, règlement, ordonnance, arrêté, mais aussi à Constitution. V. *liberté, état de Droit, compétence législative, pouvoir législatif, législation, constitutionnalité, statut.*

2 Texte voté par referendum (Const. 1958, a. 11).

3 (sens fondamental). Règle de droit suprême dans la hiérarchie des normes ; en ce sens les lois sont les règles qu'un régime politique rend suprêmes (1 et 2). Ex., dans le système juridique français, la loi est l'expression de la volonté générale. V. *Constitution*

4 Règle de droit écrit (d'origine étatique, volontaire) par opp. à la coutume. V. *source.*

5 Englobe parfois, *ut universi*, toutes les règles émises par une autorité qualifiée (y compris les règlements) et les règles assimilées (principes généraux du Droit, coutume). Ex. la violation de la loi donnant ouverture au recours pour excès de pouvoir ou au pourvoi en cassation ; à la limite : ensemble du Droit positif d'un pays. Ex. selon la loi française, conflit de lois. V. *Droit objectif, ordre, système juridique, ordonnancement juridique* et le sens II (int. Priv.) mais pris *ut singuli*.

6 (au sens matériel très proche du précédent). Syn. de règle de droit ; se dit de toute disposition de caractère général, abstrait et permanent ; en ce sens la loi s'oppose au jugement et au contrat comme source de droit ou d'obligation.

7 Par extension encore, tout ce qui est juridiquement obligatoire. Ex. les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (C. civ., a. 1134).

8 Personnifie l'action du législateur par opp. à la jurisprudence, à la doctrine et à la coutume. V. *interprétation, lacune, application, ordinaire*

9 Le droit strict par rapport à l'équité. V. *justice*

LOIS

LOI n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit (1)

NOR : BCRX0929142L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,
Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-629 DC du 12 mai 2011 ;
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

CHAPITRE I^{er}

Dispositions tendant à améliorer la qualité des normes et des relations des citoyens avec les administrations

Section 1

Dispositions applicables aux particuliers et aux entreprises

Article 1^{er}

Après le 4^o de l'article 79 du code civil, il est inséré un 4^{o bis} ainsi rédigé :
« 4^{o bis} Les prénoms et nom de l'autre partenaire, si la personne décédée était liée par un pacte civil de solidarité ; ».

Article 2

Après le III de l'article L. 2224-12-4 du code général des collectivités territoriales, il est inséré un III *bis* ainsi rédigé :

« III *bis*. – Dès que le service d'eau potable constate une augmentation anormale du volume d'eau consommé par l'occupant d'un local d'habitation susceptible d'être causée par la fuite d'une canalisation, il en informe sans délai l'abonné. Une augmentation du volume d'eau consommé est anormale si le volume d'eau consommé depuis le dernier relevé excède le double du volume d'eau moyen consommé par l'abonné ou par un ou plusieurs abonnés ayant occupé le local d'habitation pendant une période équivalente au cours des trois années précédentes ou, à défaut, le volume d'eau moyen consommé dans la zone géographique de l'abonné dans des locaux d'habitation de taille et de caractéristiques comparables.

« L'abonné n'est pas tenu au paiement de la part de la consommation excédant le double de la consommation moyenne s'il présente au service d'eau potable, dans le délai d'un mois à compter de l'information prévue au premier alinéa du présent III *bis*, une attestation d'une entreprise de plomberie indiquant qu'il a fait procéder à la réparation d'une fuite sur ses canalisations.

« L'abonné peut demander, dans le même délai d'un mois, au service d'eau potable de vérifier le bon fonctionnement du compteur. L'abonné n'est alors tenu au paiement de la part de la consommation excédant le double de la consommation moyenne qu'à compter de la notification par le service d'eau potable, et après enquête, que cette augmentation n'est pas imputable à un défaut de fonctionnement du compteur.

« A défaut de l'information mentionnée au premier alinéa du présent III *bis*, l'abonné n'est pas tenu au paiement de la part de la consommation excédant le double de la consommation moyenne.

« Les redevances et sommes prévues par le premier alinéa de l'article L. 2224-12-2 sont calculées en tenant compte de la consommation facturée.

« Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent III *bis*. »

Article 3

I. – Le deuxième alinéa de l'article L. 121-84-5 du code de la consommation est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Aucun coût complémentaire autre que celui de la communication téléphonique ne peut être facturé pour ces services au titre de cette communication téléphonique. »

II. – Au deuxième alinéa de l'article L. 121-84-7 du même code, après le mot : « consommateur », sont insérés les mots : « , à l'occasion de la résiliation, ».

Article 4

Au début du chapitre I^{er} du titre II de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, il est ajouté un article 16 A ainsi rédigé :

Article 182

I. – L'article L. 224-4 du code de l'environnement est abrogé.

II. – A la dernière phrase du deuxième alinéa de l'article L. 222-5 du même code, les références : « L. 224-1, L. 224-2 et L. 224-4 » sont remplacées par les références : « L. 224-1 et L. 224-2 ».

Article 183

Au troisième alinéa de l'article L. 541-10-2 du même code, les mots : « jusqu'au 13 février 2011, et au 13 février 2013 pour certains de ces équipements figurant sur une liste fixée par arrêté des ministres chargés de l'écologie, de l'économie, de l'industrie et de la consommation » sont remplacés par les mots : « jusqu'au 13 février 2013 ».

Article 184

Le code de justice militaire est ainsi modifié :

1° A la fin de l'article L. 311-1, les références : « L. 311-2 à L. 311-14 » sont remplacées par les références : « L. 321-1 à L. 324-11 » ;

2° Le premier alinéa de l'article L. 311-11 est ainsi rédigé :

« Lorsque la peine d'amende est prononcée pour une infraction de droit commun contre des militaires ou assimilés n'ayant pas rang d'officier, le tribunal peut décider, par une disposition spéciale, de substituer à cette peine un emprisonnement de six mois au plus pour un délit, le condamné conservant la faculté de payer l'amende au lieu de subir l'emprisonnement. » ;

3° A la première phrase du premier alinéa de l'article L. 323-19, les mots : « , hors le cas de légitime défense de soi-même ou d'autrui, » sont supprimés ;

4° Au premier alinéa de l'article L. 333-7, après les mots : « peut être prononcée », sont insérés les mots : « dans les conditions prévues par l'article 131-30 du code pénal ».

Article 185

Aux premier et second alinéas de l'article 221-6, au premier alinéa et au 1° de l'article 221-6-1, aux premier et second alinéas de l'article 222-19, au premier alinéa de l'article 222-19-1, à l'article 222-20, au premier alinéa de l'article 222-20-1, à l'article 223-1 et aux premier et deuxième alinéas de l'article 322-5 du code pénal, les mots : « de sécurité ou de prudence » sont remplacés par les mots : « de prudence ou de sécurité ».

Article 186

Le code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° L'article 376 est ainsi rédigé :

« Art. 376. – Le greffier écrit l'arrêt ; les textes de lois appliqués y sont indiqués. » ;

2° Le dernier alinéa de l'article 417 est ainsi rédigé :

« L'assistance d'un défenseur est obligatoire quand le prévenu est atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense. » ;

3° Le premier alinéa de l'article 463 est ainsi rédigé :

« S'il y a lieu de procéder à un supplément d'information, le tribunal commet par jugement un de ses membres qui dispose des pouvoirs prévus aux articles 151 à 155. » ;

4° Le deuxième alinéa de l'article 786 est ainsi rédigé :

« Ce délai part, pour les condamnés à une amende, du jour où la condamnation est devenue irrévocable et, pour les condamnés à une peine privative de liberté, du jour de leur libération définitive ou, conformément au dernier alinéa de l'article 733, du jour de leur libération conditionnelle lorsque celle-ci n'a pas été suivie de révocation. »

Article 187

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-629 DC du 12 mai 2011.]

Article 188

Le titre III du livre VII du code de justice administrative est ainsi modifié :

1° Avant l'article L. 731-1, il est inséré une division chapitre I^{er} intitulée : « Dispositions générales » ;

*Le garde des sceaux,
ministre de la justice et des libertés,*
MICHEL MERCIER

*La ministre de l'économie,
des finances et de l'industrie,*
CHRISTINE LAGARDE

*Le ministre de l'éducation nationale,
de la jeunesse et de la vie associative,*
LUC CHATEL

*La ministre de l'enseignement supérieur
et de la recherche,*
VALÉRIE PÉCRESSE

*Le ministre de la culture
et de la communication,*
FRÉDÉRIC MITTERRAND

Le ministre de la ville,
MAURICE LEROY

*Le ministre auprès du Premier ministre,
chargé des relations avec le Parlement,*
PATRICK OLLIER

*Le ministre de l'intérieur,
de l'outre-mer, des collectivités territoriales
et de l'immigration,*
CLAUDE GUÉANT

*Le ministre du travail,
de l'emploi et de la santé,*
XAVIER BERTRAND

*Le ministre du budget, des comptes publics,
de la fonction publique et de la réforme de l'Etat,
porte-parole du Gouvernement,*
FRANÇOIS BAROIN

*Le ministre de l'agriculture, de l'alimentation,
de la pêche, de la ruralité
et de l'aménagement du territoire,*
BRUNO LE MAIRE

*La ministre des solidarités
et de la cohésion sociale,*
ROSELYNE BACHELOT-NARQUIN

La ministre des sports,
CHANTAL JOUANNO

*La ministre auprès du ministre de l'intérieur,
de l'outre-mer, des collectivités territoriales
et de l'immigration, chargée de l'outre-mer,*
MARIE-LUCE PENCHARD

(1) Loi n° 2011-525.

– *Travaux préparatoires :*

Assemblée nationale :

Proposition de loi n° 1890 ;

Rapport de M. Etienne Blanc, au nom de la commission des lois, n° 2095 ;

Avis de M. Olivier Carré, au nom de la commission des finances, n° 2078 ;

Discussion les 1^{er} et 2 décembre 2009 et adoption le 2 décembre 2009 (TA n° 376).

Sénat :

Proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, n° 130 (2009-2010) ;

Rapport de M. Bernard Saugey, au nom de la commission des lois, n° 20 (2010-2011) ;

Avis de Mme Françoise Henneron, au nom de la commission des affaires sociales, n° 3 (2010-2011) ;

Avis de M. Pierre Bordier, au nom de la commission de la culture, n° 5 (2010-2011) ;

Avis de M. Hervé Maurey, au nom de la commission de l'économie, n° 6 (2010-2011) ;
Texte de la commission n° 21 (2010-2011) ;
Discussion les 13 et 14 décembre 2010 et adoption le 14 décembre 2010 (TA n° 30, 2010-2011).

Assemblée nationale :

Proposition de loi, modifiée par le Sénat, n° 3035 ;
Rapport de M. Etienne Blanc, au nom de la commission des lois, n° 3112 ;
Discussion le 1^{er} février 2011 et adoption le 9 février 2011 (TA n° 605).

Sénat :

Proposition de loi, adoptée avec modifications par l'Assemblée nationale, n° 297 (2010-2011) ;
Rapport de M. Bernard Saugey, au nom de la commission des lois, n° 341 (2010-2011) ;
Avis de M. Hervé Maurey, au nom de la commission de l'économie, n° 334 (2010-2011) ;
Texte de la commission n° 342 (2010-2011) ;
Discussion et adoption le 29 mars 2011 (TA n° 88, 2010-2011).

Assemblée nationale :

Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 3263 ;
Rapport de M. Etienne Blanc, au nom de la commission mixte paritaire, n° 3312 ;
Discussion et adoption le 13 avril 2011 (TA n° 647).

Sénat :

Rapport de M. Bernard Saugey, au nom de la commission mixte paritaire, n° 404 (2010-2011) ;
Texte de la commission n° 405 (2010-2011) ;
Discussion et adoption le 14 avril 2011 (TA n° 97, 2010-2011).

– *Conseil constitutionnel :*

Décision n° 2011-629 DC du 12 mai 2011 publiée au *Journal officiel* de ce jour.

Décrets, arrêtés, circulaires

MESURES NOMINATIVES

MINISTÈRE DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET EUROPÉENNES

Décret du 16 septembre 2011 portant nomination d'un ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire de la République française auprès de la République islamique du Pakistan - M. Thiebaud (Philippe)

NOR : MAEA1120376D

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre et du ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et européennes,

Vu l'article 13 de la Constitution ;

Le conseil des ministres entendu,

Décète :

Art. 1^{er}. – M. Philippe Thiebaud, ministre plénipotentiaire de 1^{re} classe, en fonction à l'administration centrale, est nommé ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire de la République française auprès de la République islamique du Pakistan, en remplacement de M. Daniel Jouanneau, admis à faire valoir ses droits à la retraite.

Art. 2. – Le Premier ministre et le ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères et européennes, sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait le 16 septembre 2011.

NICOLAS SARKOZY

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
FRANÇOIS FILLON

*Le ministre d'Etat,
ministre des affaires étrangères
et européennes,*
ALAIN JUPPÉ

**La loi « est la règle de droit par excellence »,
la compétence réglementaire, résiduelle, est « immense »**

Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit*, Flammarion, 1996, p. 28-29.

La loi se définit par un critère formel : c'est la règle votée par le Parlement~ est la règle de droit par excellence. Non pas à cause de son domaine, car il est borné, tandis que celui du règlement est sans bornes. Mais à cause de la compétence exclusive qui lui appartient pour régir les matières les plus importantes - d'autres diraient les plus sensibles-, touchant le plus à vif les libertés individuelles et les droits subjectifs. Un article 34 énumère ces matières assez pêle-mêle ; il en distingue, toutefois, deux classes. Il y a des matières qui sont importantes de bout en bout et relèvent donc de la compétence législative dans les détails aussi bien que pour les principes : tel le droit civil des personnes et de la famille, telle la répression des crimes et délits, ainsi que la procédure pénale. D'autres matières, à l'opposé - le droit des obligations (ce qui englobe les contrats civils et commerciaux), le droit du travail, la sécurité sociale - ne sont législatives que dans leurs principes et pour les aménagements techniques font retour au règlement.

Le pouvoir réglementaire, qui s'exerce en forme de décrets, est exercé par le Premier ministre, sauf faculté de délégation. Il a pour champ de compétence, selon l'article 37, tout ce qui n'est pas réservé à la loi par l'énumération limitative de l'article 34. Cette compétence a beau n'être ainsi que résiduelle, elle est immense et l'on est surpris de constater, par exemple, a contrario de l'article 34, que la procédure civile, à la différence de la procédure pénale, est une affaire de décret, alors que l'on eût plutôt attendu que l'action en justice, fer de lance contre l'injustice, fût placée sous l'égide de la loi.

**« La loi n'est plus seulement un instrument juridique
c'est un élément d'une pédagogie politique »**

Constitution : 50 ans Toujours valide. Jean-Louis Debré, Le Monde, 5 octobre 2008

Premier des « sages » du Palais-Royal, l'ancien président de l'Assemblée nationale est aussi le fils du « père » de la Constitution, Michel Debré. De par les hautes fonctions qu'il occupe depuis près de quinze ans, il est le mieux placé pour commenter l'évolution de la Loi fondamentale

Cinquante ans après son avènement, comment se porte la Constitution de 1958 ? Grâce à sa souplesse, elle a résisté aux crises, survécu aux cohabitations et fait mentir ceux qui affirmaient qu'elle avait été faite pour de Gaulle. Il faut bien se replacer dans l'esprit des constituants de l'époque. L'idée n'était pas de favoriser je ne sais quel pouvoir personnel mais de restaurer l'autorité de l'Etat, en mettant un terme aux dérives de la IV^e République : des gouvernements faibles, sous la domination permanente d'une Assemblée incapable de conduire une politique mais qui légiférait sur tous les sujets, de la réglementation de la pêche à la ligne dans les rivières au marquage des ovins ; une instabilité gouvernementale chronique ; des coalitions sans cesse perturbées par des crises internes ; un président impuissant parce que privé de toute légitimité.

Mon père était, à l'époque, garde des sceaux. Il a préparé l'avant-projet de loi constitutionnelle. Il était viscéralement attaché au régime parlementaire. Ce qu'il souhaitait, c'était renforcer le gouvernement dans ses rapports avec le Parlement. De son côté, le général de Gaulle voulait un chef de l'Etat fort, « au-dessus des contingences politiques ». Dès l'origine, la double nature de la Constitution était là : parlementaire d'un côté, présidentielle de l'autre. C'est cette dualité qui lui a permis de résister à tous les aléas.

Aujourd'hui, le président décide de tout, le premier ministre n'existe plus et le Parlement a bien du mal à trouver sa place... Tous les présidents de la République, depuis de Gaulle, ont eu leur interprétation de la Constitution. Mais il ne faut pas enterrer le premier ministre trop vite. Rien ne garantit qu'à l'avenir il y aura adéquation systématique entre la majorité présidentielle et la majorité législative. L'adoption du quinquennat et l'inversion du calendrier électoral, intervenues en 2000, ont sans doute contribué à renforcer le pouvoir présidentiel, comme l'avait déjà fait, en 1962, l'élection du président de la République au suffrage universel. Mais elles n'ont pas changé la nature du régime.

La révision votée en juillet n'est-elle pas de nature à bouleverser l'équilibre des pouvoirs, comme vous sembleriez le craindre pendant son élaboration ? Aujourd'hui, la réforme est votée. Elle est la Constitution de la France. Je n'ai pas à juger les nouvelles dispositions, puisque le Conseil constitutionnel que je préside va être appelé à statuer sur les lois organiques et le nouveau règlement des Assemblées.

Etait-il nécessaire de changer la Constitution pour renforcer le poids du Parlement ? Pour que le Parlement puisse exercer pleinement ses fonctions, il faut d'abord faire en sorte que les

parlementaires soient plus présents à l'Assemblée. C'est difficile. L'absentéisme parlementaire ne date pas d'aujourd'hui. Depuis 1790, il est dénoncé par la plupart des présidents de notre Assemblée. J'ai essayé, lorsque j'exerçais la présidence de l'Assemblée, de faire évoluer la pratique. Je n'ai guère été soutenu. Je n'ai pas été suivi par mes propres amis. Pourtant, c'est une évidence : face à la puissance de l'administration, le Parlement ne peut prétendre exister s'il continue de fonctionner comme aujourd'hui.

Qu'est-ce qui doit changer dans la manière d'exercer le travail de parlementaire ? Il faut commencer par admettre que la loi ne règle pas tout. Le volume des lois a quadruplé en quarante ans, il a augmenté de 50 % au cours des dix dernières années. Nous assistons à une inflation des amendements : plus de 231 000 ont été déposés lors de la dernière législature contre 50 000 entre 1997 et 2002. Pour une bonne part, cette inflation est due à un détournement du droit d'amendement. Permettez-moi une réflexion que j'avais déjà formulée publiquement quand j'étais président de l'Assemblée. Cette dérive du droit d'amendement est souvent l'expression d'une volonté, pour les uns, de gagner du temps et, pour les autres, de marquer leur différence par rapport au gouvernement.

Vous estimez qu'il y a une forme de détournement de la loi ? Ce qui est encore plus regrettable, c'est le phénomène de déclin de la loi. Au fil des temps, on a laissé prospérer des dispositions qui ne relèvent pas du domaine de la loi mais du domaine réglementaire. S'est aussi installée une pratique où un ministre, dès lors qu'il n'arrive pas à imposer ses vues à son administration, qu'il ne parvient pas à passer certaines dispositions - parce que c'est long, parce qu'il faut les soumettre au Conseil d'Etat, prendre des avis -, préfère les faire porter par quelques députés ou sénateurs sous forme d'amendements. La voie parlementaire se substitue à la voie administrative. Mais ce n'est pas aux élus de régler les problèmes de l'administration !

A qui la faute ? J'observe, malheureusement, l'affaiblissement du sentiment de l'intérêt général face aux intérêts particuliers. Malgré les règles qu'avaient imaginées les constituants de 1958 pour y mettre fin, on voit réapparaître des lois de circonstance, des lois déclaratives, des lois bavardes. Quant aux parlementaires, ils sont désormais autant les représentants d'une circonscription, voire d'un canton, que des élus de la nation. L'évolution n'est pas nouvelle mais elle est de plus en plus marquée.

La pression des lobbies n'est-elle pas de plus en plus forte ? Ils ont toujours existé mais ils sont de mieux en mieux organisés, donc plus influents. Ces lobbies sont aujourd'hui très spécialisés, affûtés techniquement, dotés de services juridiques très compétents.

Leur influence s'exprime de plusieurs façons. D'abord, au niveau de Bruxelles, le haut lieu du lobbying. Comme on retrouve les directives de Bruxelles dans la transcription des lois, on peut dire que le lobbying a déjà imprimé sa marque quand le texte arrive au Parlement. En second lieu, on a le lobbying, presque traditionnel, sur le député ou le sénateur. En troisième lieu, le lobbying qui s'effectue par l'intermédiaire du groupe parlementaire, car les groupes maintenant - cela n'a pas toujours été le cas - s'appuient sur des collaborateurs de qualité et surtout nombreux. Ils bénéficient de moyens financiers importants. Certains représentants de groupes d'intérêt arrivent même à bénéficier de cartes permanentes pour entrer à l'Assemblée

et circulent facilement dans les couloirs. Il n'est pas anormal que les parlementaires entendent les représentants d'intérêts particuliers, mais c'est un équilibre à trouver.

Vous avez enfin le lobbying qui s'exerce sur l'administration. Sans oublier l'influence des campagnes de presse : on légifère sous le coup de l'émotion, en fonction d'événements particuliers. La loi n'est plus seulement un instrument juridique, c'est un élément d'une pédagogie politique: un problème, une loi, ou l'annonce d'une loi.

Pourquoi les lobbies sont-ils devenus aussi influents ? L'importance du lobbying est démultipliée par l'évolution de la taille des lois. Quand certains textes font plus de cent articles, qui règlent autant de cas particuliers, à ce moment-là on ouvre la porte à tous les lobbies, représentant autant d'intérêts. Si on en revient à cette lecture simple de la Constitution, selon laquelle la loi fixe les grands principes, le règlement l'applique, on peut effectivement espérer faire reculer le lobbying.

Va-t-on dans le sens de la « coproduction » réclamée par Jean-François Copé, le président du groupe UMP de l'Assemblée ?

Que faut-il entendre par « coproduction » des lois ? Il ne faut pas l'oublier, la loi est le moyen dont dispose le gouvernement pour traduire en termes juridiques ses priorités politiques. Le Parlement va-t-il vouloir gouverner à la place du gouvernement ? La majorité va-t-elle imposer « sa » loi au gouvernement ? Attention aux mots ! La caractéristique de la Ve République, c'est que le pouvoir de l'exécutif ne lui est pas délégué par le Parlement. Il dispose d'un pouvoir autonome. Je fais confiance aux hommes pour que les acquis de la Ve République - restauration de l'autorité de l'Etat, de l'autorité gouvernementale, continuité et efficacité - puissent perdurer.

Vous semblez tout de même inquiet. La révision constitutionnelle risque-t-elle d'accroître l'instabilité ? La Ve République a essayé de faire en sorte que les crises juridiques et les crises politiques coïncident. Souvenons-nous de la IVe République dont les constituants ont voulu faire disparaître les dysfonctionnements. La moyenne de durée du gouvernement n'excédait pas sept mois, et pendant leur courte existence ils étaient traversés par des crises internes. Parfois, en moins d'un an, les principaux ministères changeaient de ministre deux ou trois fois. Il en résultait une crise politique permanente qui ne trouvait pas de traduction juridique et n'entraînait pas l'obligation pour le gouvernement de démissionner. Le gouvernement a mal soupesé les conséquences de sa réforme ? La rédaction des lois organiques revêtira une grande importance.

Le Conseil constitutionnel va avoir de nouvelles attributions. C'est un progrès ? Le Conseil constitutionnel est progressivement devenu une juridiction. L'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité est une évolution positive, conforme à ce que l'on connaît dans les pays européens. La possibilité pour chaque justiciable de saisir le Conseil constitutionnel s'il estime que la loi qui lui est opposée n'est pas conforme aux principes républicains va dans le bon sens. Il y a une justice judiciaire, il y a une justice administrative, la justice constitutionnelle prend aujourd'hui toute sa place au service des droits des citoyens.

Propos recueillis par Françoise Fressoz et Patrick Roger

La jurisprudence parmi les sources du droit, Sources supérieures et sources inférieures

par Philippe MALAURIE, Defrénois, 2006, Doctrine, 3835, p. 476-482. (a)

Remarque : le texte de cette conférence, destiné dans le cadre de ce polycopié à des étudiants de premier semestre en droit, a été coupé à plusieurs reprises pour en faciliter la lecture.

Le sujet du colloque qui se tient ces deux jours est on ne peut plus classique; depuis une centaine d'années, c'est même devenu une question récurrente que de s'interroger sur la création du droit par le juge, ce qui n'en diminue aucunement l'actualité: les bouleversements qui frappent notre société, la mise en doute et en déroute de beaucoup de nos certitudes, les nouvelles complexités morales, la perte de nombreux points de comparaison _ c'est-à-dire le changement radical de notre culture depuis une cinquantaine d'années - ont nécessairement produit des effets sur les sources du droit.

[...]

Il pourra m'arriver de critiquer les jurisprudences récentes de la Cour de cassation et de la Cour européenne des droits de l'homme. [...]

Il y a de nombreuses manières de discuter la création du droit par le juge. J'ai voulu situer la jurisprudence parmi les différentes sources du droit - les sources « supérieures» et les sources « inférieures» ; ce titre un peu énigmatique met en cause deux principes essentiels de notre société: la séparation des pouvoirs et la place, au coeur de notre droit, de la personne humaine. Deux principes essentiels, le second peut-être plus que le premier. Sont-ils altérés par le « changement de culture» que j'évoquais tout à l'heure?

I

Le premier principe majeur qui domine la théorie des sources est la séparation des pouvoirs. Rappelons la phrase immortelle de Montesquieu : »il n'y a a point [...] de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutoire« (2).

Sans doute, sa portée pratique varie-t-elle selon les lieux et les temps. Par exemple, elle n'est pas interprétée de la même manière aux Etats-Unis et en France, ni chez nous, au XVIIIe, au XIX', au XX' et, maintenant, dans notre nouveau XXI^e siècle. Mais elle est unanimement comprise comme le rempart de la démocratie et même, un des piliers de la civilisation occidentale, une garantie de « l'Etat de droit» et de nos libertés - notre fierté biséculaire.

Qu'en est-il aujourd'hui après le « changement de culture» que nous vivons? A première vue, la séparation des pouvoirs paraît plus vivante que jamais. Kelsen l'avait renforcée du positivisme juridique et de ses constructions savantes; même, il y a maintenant une sorte de « surhiérarchie » des sources dans notre société. La loi n'est pas la Constitution; elle n'est pas le règlement; le traité international n'est pas la loi; le droit n'est pas le fait; le contrat n'est pas la loi; la jurisprudence n'est pas la loi. Les apparences et les déclarations dogmatiques l'affirment fermement: la hiérarchie des sources est devenue une catégorie fondamentale de l'esprit juridique: la loi est inférieure à la Constitution (le Conseil constitutionnel y veille), au traité international, au droit européen, à la Convention européenne des droits de l'homme; le règlement est inférieur à la loi, le fait au droit, le contrat à la loi et, surtout, la jurisprudence est subordonnée à la loi. L'article 5 du Code civil le dit, texte capital qui a entendu mettre un terme à l'ambition de nos anciens Parlements prétendant résumer dans l'Etat judiciaire la totalité de l'Etat (3). « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises », Comme les choses étaient claires et clairement dites en 1804 !

Nous vivons dans une société organisée - l'Etat de droit - où chaque source est à sa place. Le ruisseau est différent de la source, la source est autre que le ruisseau; le foyer est autre que les rayons et les rayons sont différents du foyer. De même, il y a plusieurs sources de droit, différentes par nature et marquées de hiérarchie, comme le ruisseau est différent de la source, dont il provient. La source est, par définition, à l'origine du ruisseau, non l'inverse. Tout cela paraît relever de l'évidence et du bon sens.

[...]

Commençons par le plus célèbre, le thème même du colloque: la jurisprudence est-elle une «source du droit»? La réponse est connue depuis longtemps et souvent répétée: pour les praticiens et la doctrine, les arrêts de la Cour de cassation sont la vraie source du droit et ce sont eux qu'ils invoquent, dissèquent et interprètent; d'ailleurs, plus ces arrêts sont nombreux, plus la jurisprudence est, comme on dit, «constante» plus alors elle constitue une règle. Aujourd'hui, ce vieux phénomène s'accuse avec de nouveaux visages et rajeunit: la séparation des pouvoirs est de plus en plus souvent mise à mal. La Cour de cassation peut donner des «avis». - elle ne le fait pas souvent -; surtout dans ses visas, fréquemment, elle s'appuie maintenant sur ses propres règles, qu'elle a, elle-même, énoncées, les qualifiant de «principes», des «super règles» - de plus en plus nombreuses: à la fin de l'année 2004, il en existait 96 variétés (6) -, la jurisprudence devient clairement une règle autonome -, elle «fait» elle-même la règle qu'elle applique; elle est vraiment créatrice de droit. Elle envisage aussi maintenant de se fixer une directive pour modérer la rétroactivité de ses revirements: jurisprudence constante, avis, visas de principe, régulation de ses rétroactivités. On peut aujourd'hui chanter le «grand soir» de l'article 5 (7).

Le grand soir? Il n'est pas encore complètement consommé et subsistent de nombreux et beaux restes de la vieille séparation des pouvoirs. La jurisprudence doit être motivée, même les arrêts de la Cour de cassation (8), qui doivent avoir un soubassement législatif (bien fictif) (9), la loi peut briser une jurisprudence, etc. La jurisprudence n'est donc pas le législateur (10) et c'est même un principe constitutionnel (le corps judiciaire est seulement une «autorité», non un pouvoir, dit la Constitution, art. 64). La jurisprudence n'est pas le législateur, c'est une évidence. C'est une évidence, ce n'est pas la vérité; en se fondant sur les traités internationaux, le droit européen, la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, la jurisprudence peut priver d'effets une loi française: elle devient alors supérieure à la loi; elle ne s'en prive pas.

La jurisprudence est donc une source de droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit. Tout cela n'est pas très clair. [...]

II

L'essentiel de l'essentiel, le principe le plus fondamental des principes fondamentaux, le cœur de notre droit sans lequel il n'y a plus de droit, c'est la personne humaine. Est-elle affectée par nos changements de culture: au-dessus du droit, ne lui devient-elle pas soumise?

Nous avons vu avec les grands totalitarismes du XX^e siècle où menait sa méconnaissance. Jamais, nous ne devrions admettre sa réification, que pourtant par mille facettes notre société entreprend. La personne humaine n'est ni une chose, ni un animal comme les autres: elle leur est infiniment supérieure. C'est cette hiérarchie qui, seule, donne un sens à notre vie en société et à notre droit.

Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme a récemment approuvé des pratiques de sadomasochisme, en vertu du nouveau droit « à l'autonomie personnelle » qu'elle a découvert dans la Convention européenne des droits de l'homme (12) : elle a déclaré que : « *le droit d'entretenir des pratiques sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle [... J. Le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus]* ». Dans cette espèce, un mari et trois de ses amis (des sadiques) infligeaient de grandes souffrances sexuelles à une femme qui, au début, y avait consenti (une masochiste) : « *planter des aiguilles dans ses seins, y apposer de la cire brûlante, la suspendre par les seins, introduire une barre creuse dans son anus en y versant de la bière pour la faire déféquer, lui introduire dans le vagin et l'anus des vibrateurs, leur main, leur poing, des pinces et des poids* » (13). J'arrête la liste des nombreux autres sévices, ayant largement bravé les règles élémentaires de l'honnêteté que doit avoir le langage universitaire. Comme il arrive souvent aujourd'hui, ces cochons avaient filmé leurs cochonneries : les vidéos montrent les hurlements douloureux de la femme. Nous sommes dans l'ignominie. La Cour européenne, dite « des droits de l'homme » (!), y voit une liberté sexuelle qui doit être protégée. C'est exactement le contraire : les « droits de l'homme » deviennent les droits de la barbarie. Je ne peux voir dans cette abjection une source supérieure de droit, mais au contraire, la négation même des droits élémentaires : la hiérarchie faisant de la jurisprudence de la Cour européenne une source supérieure au droit français devient insensée.

De même, dans l'affaire [...].

Il faut arrêter cette descente aux abîmes. La Cour européenne n'appréciant la doctrine que lorsqu'elle l'approuve ; au contraire, estime mauvaise et refuse de l'écouter celle qui la critique. A voir son évolution récente, il est peu vraisemblable qu'elle ait l'humilité de corriger ses erreurs et de prendre conscience de ses limites, tant est grande son autosatisfaction. Il est donc souhaitable que, d'une manière ou d'une autre, la France cesse de reconnaître la juridiction d'une Cour qui détruit nos structures, vit dans l'imprévisibilité et l'incohérence, n'ayant aucune attache culturelle ni historique à quelque nation que ce soit. [...]

(a) Nous reproduisons ci-après le texte de l'intervention de l'auteur prononcée lors du colloque qui s'est tenu les 25 et 26 janvier 2006 à l'Institut de France, sur le thème : La jurisprudence, création du droit par le juge. Le style oral de cette intervention a été, pour l'essentiel, conservé.

(2) MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, L. XI, Ch. 6, «De la Constitution d'Angleterre ». (3) J. CARBONNIER, Flexible droit, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 170.

(6) Ph. MALAURIE et P. MORVAN, Droit civil, Introduction générale, Defrénois 2005, n° 356, P. MORVAN, «Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation -», Conférence du 4 avril 2006 à la Cour de cassation.

(7) H. ANTONMATTEI, « Quelques mots sur les maux du droit du travail », in Etudes Ph. MALAURIE, Defrénois 2005, p. 10.

(8) H. CROZE, «Pour une motivation pas trop explicite des arrêts de la Cour de cassation -», in Etudes Ph. MALAURIE, p. 181.

(9) R. LIBCHABER, in RTD civ. 2002, 176, n° 3.

(10) T. REVET, «La légiprudence », in Etudes Ph. MALAURIE, préc., p. 377.

(12) C.E.D.H., 29 avril 2002, Dame Pretty c. Royaume-Uni, Defrénois 2002, art. 37598, note approb. Ph. MALAURIE; JCP éd. G 2003, II, 10062, note critique C. GIRAULT

(13) C.E.D.H., 17 février 2005, K.A. c. Belgique; M. FABRE-MAGNAN, «Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », D. 2005, 2973 [très critique].

Le positivisme juridique (Eric Maulin)

in Dictionnaire de culture juridique, PUF, 2003, 1174-1175

Le positivisme juridique comme définition du droit ne se contente cependant pas de présenter le droit comme un droit en vigueur d'origine humaine, mais il ajoute, d'une part, **qu'il n'est de droit que statué ou posé** et, d'autre part, que **les formes dans lesquelles il est posé ou statué suffisent à établir son caractère de droit**. Pour des raisons historiques, impérieuses mais contingentes, comme le souligne N. Bobbio, **le positivisme juridique s'est affirmé au travers des doctrines qui posent que le droit résulte de la volonté d'un souverain, en qui s'incarne l'appareil étatique**. En ce sens, le positivisme juridique est une théorie étatiste qui repose sur le principe de la souveraineté. Dans cette perspective, l'œuvre politique de Thomas Hobbes occupe une position incontournable: il est l'un des premiers auteurs à rapporter systématiquement la création de la loi à l'expression d'une volonté souveraine et à la présenter ainsi comme un commandement assorti d'une menace, c'est-à-dire d'un acte unilatéral adressé par une autorité à un destinataire qui est un tiers par rapport à la formation de cet ordre, prévoyant une réaction de l'autorité en cas d'inexécution du commandement sous la forme d'une sanction (au sens de peine). En ce sens, le droit est nettement distingué des autres formes de prescriptions, morales ou religieuses, en ce que les prescriptions juridiques organisent une contrainte étatique tandis que les prescriptions morales ou religieuses organisent d'autres formes de contraintes. « La loi civile, écrit Hobbes, est pour chaque sujet, l'ensemble des règles dont la République, par oral, par écrit, ou par quelque autre signe adéquat de sa volonté, lui a commandé d'user pour distinguer le droit et le tort » (*Léviathan*, p. 281).

Une telle conception conduit les positivistes à préférer l'étude des sources formelles à celle du contenu matériel du droit, puisque la juridicité même d'une prescription procède de la qualité de son auteur et de la forme dans laquelle elle se trouve émise et non de son contenu ou de sa portée. C'est finalement une conception du droit comme ordre des habilitations qui retient l'attention du positiviste. Il importe peu, dans cette perspective, que le contenu des règles juridiques provienne effectivement de la volonté psychique du souverain, mais il importe beaucoup que ce contenu, en lui-même indifférent, soit approuvé par le souverain au moyen d'un acte juridique, la sanction, ou encore approuvé par une autorité déléguée et habilitée par le souverain pour vouloir en son nom. Ces considérations expliquent le caractère puissamment formaliste du positivisme juridique: c'est finalement un ordre d'habilitations et de compétences à produire des prescriptions, plutôt que

le contenu de ces prescriptions, qui retient l'attention d'un juriste progressivement attaché à décrire l'ordre juridique comme un ordre d'imputation des volontés à un titulaire souverain. Sur le contenu d'une prescription, en effet, le positiviste ne peut rien dire sinon qu'elle est voulue par l'autorité souveraine. En procédant de la sorte, le positivisme juridique réduit considérablement la signification du droit pour le constituer comme objet d'une analyse objective et scientifique. Le droit est compris comme un fait, mais d'une nature particulière: le fait de la volonté du souverain. **Tout le droit est dans la loi. Le positivisme favorise ainsi une conception exclusivement formaliste du droit, dont le critère devient le respect de la procédure d'élaboration indépendamment de toute attention à son contenu.** [...]

Il reste que la seule définition du droit comme le résultat d'un commandement provenant de la volonté d'un souverain est insatisfaisante. Elle est en effet dépendante de l'analyse psychologique nécessairement sous-jacente à l'explication des volontés et ne permet pas de faire ressortir ce qu'il y a de spécifiquement juridique dans le droit et de le distinguer du simple fait d'une domination psychique. Les tentatives de Hobbes ou de Loyseau pour repenser la personnalité du souverain et définir une conception non psychologique de la volonté, sont longtemps restées isolées, avant de trouver dans l'Ecole allemande du positivisme juridique (Gerber, Laband, Jellinek) puis dans **l'œuvre de Carré de Malberg et, surtout, de Kelsen**, un véritable aboutissement. **L'effort de réflexion porte ici sur la notion de volonté de L'Etat en tant qu'auteur du droit.** L'Etat n'étant pas un être psychologique, l'idée qu'il puisse avoir une volonté apparaît, au mieux, comme une métonymie (c'est la personne même du monarque qui veut, en tant qu'il incarne l'Etat ou le législateur) et, progressivement, comme une métaphore anthropomorphique (l'État est à l'acte qui lui est imputé comme l'individu à son action). [...]

Le droit naturel, Alain SERIAUX, PUF, Que sais-je, 1993, p. 3-7.

1. - Foi et raison

Il existe pour l'homme deux sources de connaissance : la foi et la raison. Comme son nom l'indique, la foi s'appuie sur la confiance dans le savoir d'autrui. Celui qui entend (*fides ex auditu*) les enseignements d'un autre et les croit sur parole, sans vérifications, augmente son propre savoir, mais cette connaissance est basée sur la foi. La raison, au contraire, ne se fie (*sic*) qu'à elle-même. Elle n'accepte que ce qui lui paraît d'emblée évident ou qui le devient après une démonstration rigoureuse. Il est certes plus facile de croire que de raisonner. L'homme possède d'ailleurs une inclination naturelle à faire confiance à autrui. C'est entre autres choses pourquoi le mensonge est un péché grave: il détruit la confiance et, par là, toute la vie sociale. Il serait vain de recenser le nombre de cas où nous savons parce que nous avons cru. Qui d'entre nous, par exemple, a cherché à vérifier que ceux qui se prétendent ses père et mère sont bien les siens? Ceux qui n'ont jamais mis les pieds à New York sont pourtant bien certains que cette ville existe: n'est-elle pas mentionnée sur les atlas ou dans les journaux? Bien sûr, la croyance n'est pas exclusive d'une certaine raison. A qui fait-on confiance si ce n'est de préférence à ceux que l'on a des raisons de croire à cause du savoir que nous leur reconnaissons de prime abord? A la limite le seul être digne d'une foi absolue est Dieu, car s'il est Dieu il ne peut ni se tromper ni nous tromper. Mais la raison ici ne mesure que la fiabilité d'autrui. Elle ne s'enquiert point du bien-fondé de ce qui nous est enseigné.

Historiquement, les premières traces de la raison qui cherche à comprendre et, par là, à mieux assurer son savoir, apparaissent en Grèce aux alentours des VII^e-VI^e siècles avant notre ère. En deux ou trois cents ans, de Thalès de Milet à Aristote, la pensée grecque est parvenue à des résultats surprenants. Jamais dans l'histoire humaine on n'avait vu, en si peu de temps, la raison se déployer avec une telle vigueur. Comme si elle avait été jusque-là comprimée, elle s'élançait dans toutes les directions et établissait, avec une lucidité étonnante, les bases d'à peu près toutes les sciences qui sont encore les nôtres aujourd'hui. Cette quête multidimensionnelle de l'intelligence des choses s'est orientée de préférence dans deux directions: la physique (et, au-delà, la métaphysique) et l'éthique. **C'est alors qu'apparaît la notion de droit naturel. Recherchant les fondements de la distinction du bien et du mal, du juste et de l'injuste, la sagesse grecque rencontre un critère qui lui paraît objectif et décisif: la nature.** Cela lui permettra tantôt de mieux asseoir certaines des règles de conduite adoptées jusque-là par les membres du corps social, tantôt au contraire de les contester. Pour ne citer qu'un exemple, Aristote est l'un des premiers à montrer clairement que certaines formes d'esclavage sont injustes parce que contre nature.

L'apparition du christianisme modifia les perspectives. Avec lui (et tout particulièrement en la personne de saint Paul), deux civilisations se rencontrent: celle de la foi et celle de la raison; la foi du petit peuple hébreu et la raison de la Grèce divulguée par tout l'Empire romain (elle imprègne même certains Livres de l'Ancien Testament: la Sagesse, en particulier). De cette joute extraordinaire, c'est, comme on le sait, la foi qui sortira victorieuse. « Ce qu'il y a de fous dans le monde, voilà ce que Dieu a choisi pour confondre les sages », prêchait déjà saint Paul (1 Corinthiens, 1,27). Les premiers philosophes chrétiens (païens convertis) ne renoncèrent certes pas à l'usage de leur raison, mais ils l'exerceront surtout dans le but de mettre en avant des raisons de croire et, par suite, sur le plan éthique, d'obéir à Dieu et à ses commandements. Ultérieurement, ceux que l'on nomme les Pères de l'Eglise exercèrent leur sagesse à mettre de l'ordre dans les vérités révélées, pour lutter contre les multiples hérésies. Mais lorsque tout s'apaisa et que la foi chrétienne put enfin régner à peu près en paix (du moins en occident), vint la « revanche » de la raison. Le Moyen Age redécouvrit Aristote, le plus rationnel des penseurs grecs. Philosophes et théologiens commencèrent à scruter le bien-fondé des affirmations divines. Alors apparut saint Thomas d'Aquin (1226-1274). Son œuvre peut être décrite comme la plus grande tentative jamais faite pour mesurer la Révélation divine à l'aune de la raison. En cela, saint Thomas ne faisait rien d'autre que se conformer aux enseignements du Christ. Il avait reçu un talent (sa puissance intellectuelle) et le faisait tout bonnement fructifier. De plus, celui qui fut surnommé le Docteur

angélique (à cause de sa pureté mais aussi, sans doute, de sa subtilité), partait du principe que la raison humaine est une étincelle de l'Intelligence divine. Aussi tout ce que découvrait notre raison ne pouvait que conforter les enseignements divins. Si saint Thomas ose, par exemple, se demander si les commandements de Dieu (le Décalogue) sont bien formulés, c'est pour souligner aussitôt qu'ils doivent sans doute l'être puisque Dieu lui-même les a ainsi formulés. Mais cela ne l'empêche pas ensuite de montrer que cette formulation est raisonnable. Corrélativement, l'on trouve chez saint Thomas cette idée (que d'autres avaient appliquée avant lui) que la foi aide l'intelligence. Sa foi lui indique par exemple que Dieu est « celui qui est » (révélation faite à Moïse) ; sa raison approfondit alors cette définition révélée, ce qui lui permettra de définir Dieu comme l'être qui subsiste par soi (*ipsum esse subsistens*), l'être dont l'essence est d'être, et de fonder ainsi toute une vision de l'univers basée sur la participation de chaque créature à l'être même qui est Dieu, son créateur. **Mais de cette combinaison subtile entre la foi et la raison, c'est cette dernière qui sort renforcée.** Elle gagne du terrain sur la foi dans la mesure où il n'est plus nécessaire de croire lorsque l'on sait déjà, par la raison, ce qui est vrai ou faux, bon ou mauvais. Saint Thomas n'hésitera d'ailleurs pas à affirmer que foi et raison ont des domaines inversement proportionnels. La connaissance par la foi ne commence que là où s'achève la connaissance par la raison: « Les articles de foi, enseigne-t-il, ne peuvent être rationnellement démontrés; car la foi, dit saint Paul, a pour objet ce qui n'apparaît point » (Somme théologique, Ia, q.46, art. 2, *sed contra*). La raison doit aller jusqu'au bout de ses possibilités; là seulement commence la foi. Ainsi, à la question « le monde a-t-il eu un commencement? », saint Thomas montre qu'avec des arguments rationnels on ne peut prouver ni que le monde existe depuis toujours ni qu'il ait eu un commencement. La foi seule nous enseigne donc que le monde a commencé d'exister à un certain moment («Au commencement, Dieu créa le ciel et la terre», nous dit le livre de la *Génèse*, 1, 1). Dans le domaine éthique en particulier, tout est rationnel ou, en tout cas, tout doit l'être. Ce qui, pour saint Thomas comme pour les Grecs, est requis de l'homme c'est qu'il agisse selon ce que lui dicte sa raison. Il n'y a donc pas de tabous qui tiennent: tous doivent être passés au crible de la raison. Et c'est en enquêtant sur les fondements de ce qui est bon, que saint Thomas rencontre à son tour la nature. Il renoue ainsi en profondeur avec la pensée grecque, celle d'Aristote en particulier, qu'il nomme lui-même « le » philosophe.

Le jusnaturalisme peut donc de prime abord être défini comme le résultat de l'effort de la raison pour découvrir le fondement objectif de la distinction entre le bien et le mal, le juste et l'injuste, le droit et le tortu. Cette perspective est aujourd'hui totalement perdue de vue. Ce qui a cours en effet de nos jours est le positivisme (étatique ou sociologique, peu importe ici). Selon cette doctrine, les règles qui déterminent la justesse de nos comportements ne seraient le fruit que de la volonté des gouvernants de la cité ou de celle des gouvernés à travers la formation d'un consensus. Une telle conception a l'immense avantage de manquer de profondeur; elle demeure tranquillement à la surface des choses. Mais en contrepartie elle nous demande de faire des actes de foi. De ces professions de foi, un auteur contemporain nous donne (involontairement, d'ailleurs) un saisissant résumé: « Croyance dans le caractère légitime de l'autorité dont émanent les principes et les règles (...), croyance dans le caractère obligatoire de ce qui est ainsi posé, croyance dans la nécessité et la légitimité d'une sanction ... » (A.-J. Arnaud). Le jusnaturalisme a contre lui de prétendre trouver (ou ne pas trouver) des justifications objectives aux règles positives; il juge indécent de ne pas prendre l'homme pour ce qu'il est: un animal rationnel. En un mot, il n'y a pas plus antidogmatique que le recours au droit naturel.

Quelques notions à maîtriser

Droit objectif, droit subjectif, Droit positif

Système juridique

Système judiciaire

Règle juridique, règle de droit

Norme juridique

Hierarchie des normes

Légalité

Licéité

Légitimité

Validité

CEE, Union Européenne, Conseil de l'Union Européenne, Conseil européen, Cour de Justice de l'Union européenne, droit communautaire, droit de l'Union européenne

Droit européen, droit de Strasbourg

Conseil de l'Europe, Cour européenne des droits de l'homme

Langage juridique

Argument, argumentation

Raisonnement juridique

Annonce d'un plan, justification d'un plan

Discours législatif

Loi

Critère formel, matériel

Inflation législative

Règlement, pouvoir réglementaire

Article (d'un code)

Code (différences avec une compilation)

Discours juridictionnel

Juge, juger

Déni de justice

Dire le droit

Appliquer le droit

Interpréter la règle de droit

Créer le droit

Jurisprudence

Revirement de jurisprudence

Sources du droit

Litige (trancher), différend, contentieux

Règles de Droit applicables à un litige

Tribunal, juridiction

Ordres de juridiction

Double degré de juridiction
Juge du fond, jugement sur le fond
Juger en droit, juger en équité
Décision contentieuse, décision gracieuse
Décision du Conseil constitutionnel
Arrêt de la Cour de cassation
Jugement du TGI, du TI
Ordonnance (du président du tribunal)
Force de chose jugée
Autorité relative de la chose jugée
Effet erga omnes
Motifs (d'une décision de justice)
Dispositif (solution, décision)
Moyens de droit
Raisonnement judiciaire
Qualification (d'un fait, d'un acte, d'une situation)
Procédure
Voie de recours
Casser (un jugement)
Saisine
Pourvoi, se pourvoir
Doctrines (juridiques)
Législateur
Processus législatif
Règlement
Décret
Arrêté
Principes généraux du droit
Coutume
De facto, de jure
Ad hoc
Le sens des suffixes en eur (vendeur) ou en aire (bénéficiaire), en ible, able (impossible, aliénable, aliénabilité, opposable), en oire (compromissoire, dilatoire), en if (législatif)
Le sens des préfixes : co (colocataires), pré (préavis), contre, dé, non, a, ou an

A compléter par l'étudiant

Quelques questions simples

Que signifient les termes « judiciaire », « juridique », « légal », « juridiction », « ordre de juridiction », « double degré de juridiction », « deuxième degré de juridiction » ?

Peut-on considérer que les expressions « norme juridique » et « règle juridique » sont synonymes ?

La règle de droit se caractérise t'elle par l'existence d'une sanction ?

Le positivisme juridique favorise-t-il l'étude de la procédure d'élaboration du droit ou son contenu ?

Que signifient les abréviations RTD civ. ou JCP ou D. ?

Les noms des organismes et institutions d'État à caractère unique sont-ils des noms propres ou communs ? Où doit-on mettre une majuscule ?

Citez deux expressions latines employées couramment dans le langage juridique

« Argument » vient du latin *argurere* : que signifie ce terme ?

Quels sont les différents types d'arguments que l'on retrouve en droit (citez-les par ordre d'importance) ?

Combien d'ordre(s) de juridiction (s) comporte notre système judiciaire actuellement ?

Qu'est-ce que « la qualification juridique » des faits ?

En 1959 est mise en place la Cour européenne des droits de l'homme. Les attributions de cette Cour concernent-elles la condamnation d'un individu pour violation des droits de l'homme ou la condamnation d'un État pour violation des droits de l'homme ?

Que signifie le sigle C.I.J ?

Qu'est-ce que la Déclaration Schuman

Faites correspondre les termes suivants :

- | | |
|-------------------------|-----------------------|
| 1) Tribunal | a. stipule |
| 2) Cour | b. dispose |
| 3) Loi | c. rend un arrêt |
| 4) Contrat | d. rend un jugement |
| A. CEDH | a. Siège à Luxembourg |
| B. C.J Union Européenne | b. Siège à La Haye |
| C. C.P.I | c. Siège à Strasbourg |

Sur quoi porte l'article 34 de la Constitution ?

Citez une matière qui relève de la loi.

Comment est élaborée une loi ?

Qui vote la loi ? Qui promulgue la loi ?

A quel moment la loi entre t-elle en vigueur

Une loi peut elle être rétroactive ?

Quels sont les deux principes qui concernent la loi nouvelle ?

Expliquez la différence entre une loi impérative et une loi supplétive.

Quelles sont les qualités que doit revêtir la loi ?

Le Doyen Carbonnier considère-t-il que l'inflation législative est une bonne chose ?

Quand le Code civil a-t-il été publié pour la première fois ?

Quel est l'autre nom du Code civil ?

Définissez les termes suivants :

Droits subjectifs

Opposable

Équité

Référé

Loi interprétative

Autorité de chose jugée

Effet erga omnes

Droit communautaire

Droit européen

Coutume

Jurisprudence

Doctrine

La doctrine est-elle une source du droit ?

Dans quelle mesure la jurisprudence est-elle une source du droit ?

Un juge peut-il juger en équité ?

Qu'est-ce qu'une loi ?

Qu'est-ce qu'un règlement (par opp. à la loi) ?

Qu'est-ce que le pouvoir réglementaire ?

Qui dispose en France du pouvoir réglementaire de droit commun ?

Qu'est-ce que le pouvoir exécutif ?

Réfléchissez à ces propos de J. Carbonnier, publiés en 1996 (*Passion du droit*, p. 30) : « Entre les deux modes de production du droit, le mode parlementaire, où la règle est votée, voulue par la représentation nationale, et le mode ministériel où la règle est voulue, élaborée par le Premier ministre, des ministres, des ministères, l'équilibre antérieur a été renversé par la V^e République : le droit ministériel a la position dominante. Plus dominante même qu'on ne le supposerait au seul examen des articles 34 et 37. »

Quelles sont les qualités du discours législatif ?

Que signifie l'expression « la loi a force obligatoire » ?

Commentez cet adage : « Nul n'est censé ignorer la loi »

Qu'est-ce que le principe de sécurité juridique ?

Qu'est-ce que le *Corpus Juris Civilis* ? Qu'est-ce que le *Digeste* ?

Quelles sont d'après vous les « maladies » ou les « dérèglements » actuels du droit français ?

Deux exemples de sujets d'examen semestriel

Exemple 1

Les étudiants devront répondre aux trois questions posées.

Leurs réponses seront ordonnées (il n'est pas demandé d'organiser ses arguments sous forme d'un plan formel pour la première question), précises et complètes. Ils s'exprimeront simplement et clairement, en langue française écrite, sans utiliser de signes (signe égal, implique, flèches, étoiles, etc.)

Ils feront attention à l'orthographe.

Leur copie n'excèdera pas quatre pages d'une écriture moyenne (une copie double).

1. Peut-on considérer avec Jean Carbonnier que « La loi est la règle de droit par excellence » ? (11 points)
 2. Quelles devraient être les qualités de l'énoncé dans l'expression juridique ? (5 points)
 3. Qu'indique le suffixe « oir » dans un terme donné ? Illustrez à l'aide de deux exemples (4 points)
-

Exemple 2

Les étudiants répondront aux deux questions suivantes.

Ils s'exprimeront simplement et clairement, en langue française écrite, sans utiliser de signes (signe égal, implique, flèches, étoiles, etc.)

Ils feront attention à l'orthographe.

La copie d'examen n'excèdera pas une copie double d'une écriture moyenne.

1. Quels commentaires suggère sur le fond et sur la forme (style, discours) l'article 12.1 du Code de Procédure civile ? (14 points)

Article 12.1 du Code de Procédure civile : "Le juge tranche le litige conformément aux règles de Droit qui lui sont applicables".

- II. Quelles sont les principales caractéristiques de la partie nommée « dispositif » (la solution, la décision) dans un jugement civil ? (6 points)
-

Petit lexique de termes juridiques

La majorité des définitions données ci-dessous est issue des « **mots-clés de la Justice – Lexique édité par le Ministère de la Justice, édition d’aout 2008** » : la référence n’est alors pas indiquée.

Ce ne sont pas toujours les définitions les plus justes, ni les plus complètes, mais elles présentent l’intérêt d’être courtes et simples : elles seront analysées (expliquées, critiquées, précisées) pendant le cours, ainsi que les définitions qui y ont été substituées ou ajoutées et dont l’auteur est alors précisé en fin d’énoncé. **L’étudiant enrichira et améliorera lui-même ce lexique.**

Sauf indication contraire, il s’agit de définitions dans le cadre du système juridique français.

Acte de procédure

Acte respectant certaines formes prévues par la loi que les parties (le demandeur ou le défendeur), leur représentant ou les auxiliaires de justice (avocat, avoué, huissier de justice...) doivent accomplir afin d’engager une action en justice (Exemple : assignation), d’assurer le bon déroulement de l’instance, de la suspendre ou de l’éteindre.

Action en justice

Procédure engagée devant une juridiction pour obtenir le respect ou la reconnaissance d’un droit ou d’un intérêt légitime.

Désigne également : le droit d’une personne de faire valoir une demande devant la justice, d’être entendue et de la faire examiner par le juge ; et le droit pour l’adversaire d’en discuter le bien-fondé.

Annulation

Remise en cause d’un acte qui devient sans effet. Exemple : annulation d’un contrat pour défaut de consentement.

Appel

Voie ordinaire de recours qui permet à une personne non satisfaite par une décision de justice rendue en premier ressort, de faire réexaminer l’affaire, en fait et en droit, par la Cour d’appel. La personne qui fait appel est « l’appelant » ; celle contre laquelle l’appel est formé est « l’intimé ».

En matière criminelle, les appels contre les verdicts rendus par une cour d’assises sont examinés par une nouvelle cour d’assises.

Argument

N.m. - Lat. *argumentum*, dér. du v. *arguere* : convaincre, montrer, chercher à prouver ; les locutions suivantes sont d’origine médiévale.

1 Argument de droit ; raisonnement à l’appui d’un moyen de droit ou d’un motif de droit ; élément de conviction tiré de considérations diverses (argument de texte, argument d’équité, argument d’opportunité, etc.) apporté au soutien d’une proposition juridique de base (le moyen, le motif) et lui-même appelé à être développé. V. argumentation, raison, question, point, corroboré, démonstratif.

– **a contrario.** Raisonnement consistant à admettre qu’un cas contraire (opposé) à celui que prévoit un texte est exclu par ce texte et soumis à une règle contraire. *Qui dicit de uno, de altero negat.*

– **a fortiori.** Raisonnement consistant à appliquer la règle édictée par un texte à un cas non prévu par celui-ci, parce qu’en se référant à la raison d’être de la règle (*ratio legis*), il devient

évident que celle-ci a de plus fortes raisons de s'appliquer au cas non prévu qu'à celui que prévoit le texte. Ex. Qui peut le plus peut le moins.

– **a pari.** Raisonnement consistant à appliquer la règle édictée par un texte à un cas non prévu par celui-ci, parce qu'en se référant à la raison d'être de la règle (*ratio legis*), il devient évident que celle-ci a autant de raisons de s'appliquer au cas non prévu qu'à celui que prévoit le texte ; extension analogique d'une règle. V. *analogie*.

2 Par ext., argument de fait ; élément de preuve ; facteur de conviction tiré de données de fait, de circonstances... (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Arrêt (sens général)

Nom donné aux décisions juridictionnelles du Conseil d'Etat et à celles de toute juridiction portant le nom de cour (Cour de cassation, Cour des comptes, cour d'appel, cour d'assises, etc.) qui sont cependant des jugements (au sens génériques). V. sentence, verdict. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Arrêté (sens général)

Dénomination générique des actes généraux, collectifs ou individuels, pris par les ministres (arrêté ministériel ou interministériel), les préfets (arrêté préfectoral), les maires (arrêté municipal) et différentes autorités administratives (ex. les recteurs : arrêté préfectoral) ; décision d'une autorité exécutive non suprême, comportant en la forme des visas, quelquefois des considérants et un dispositif rédigé en articles. Comp. décret, circulaire, V. loi. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Autorité de chose jugée (portée relative, effet *erga omnes*)

Les décisions de justice sont revêtues de l'autorité de chose jugée. Ce principe, fort ancien, signifie que le jugement doit être « considéré comme étant la vérité » (« *Res judicata pro veritate habetur* »). Il est devenu incontestable. Cela n'empêche d'ailleurs ni les voies de recours, ni la révision.

• Signification du principe de l'autorité de chose jugée

Ce principe, qui dans l'absolu pourrait se révéler dangereux, signifie qu'est interdite la critique directe (le fait de déférer un jugement devenu définitif à un autre juge, ou de commenter désobligeamment une décision de justice), comme la critique indirecte (le fait d'attaquer en justice, à propos du même litige, celui qui a gagné son procès, ou le fait de soulever devant un juge une question pour l'amener à désavouer une précédente décision rendue par lui-même ou par un autre juge).

• Portée relative du principe de l'autorité de la chose jugée

Ce principe n'a qu'un effet relatif car il est quadruplement circonscrit.

Il ne joue, selon l'article 1351 du code civil, que s'il y a entre le jugement dont on prétend qu'il est revêtu de l'autorité de chose jugée et la nouvelle affaire soumise au juge :

- identité de parties (on retrouve les mêmes personnes dans les deux cas) ;
- identité de qualité (le procès doit être intenté par elles ou contre elles en la même qualité que précédemment) ;
- identité d'objet (c'est la même chose qui est en litige) ;
- identité de cause (le même fondement juridique doit être donné à l'argumentation).

• Exceptions

Il existe des exceptions légales au principe de l'autorité relative de la chose jugée.

En ce cas, la décision a une autorité absolue, elle vaut à l'égard de tous, mêmes ceux qui n'ont pas été parties au procès, On dit qu'elle a **effet *erga omnes***.

Ainsi sont revêtues de cette autorité absolue :

- les décisions prononçant la nullité des actes administratifs pour excès de pouvoir;
- les décisions de nature pénale rendues par une juridiction répressive (mais non leurs décisions civiles);
- celles rendues en matière de protection des appellations d'origine ou en matière de nationalité. (JC Ricci, *Introduction à l'étude du droit*, 2007, p. 154)

Cassation

Mise à néant par la Cour de cassation, sur pourvoi, de tout ou partie d'un jugement en dernier ressort entaché d'un vice donnant ouverture à cassation (violation de la loi, incompétence, manque de base légale, etc.) ; se distingue de l'infirmité en appel, en ce que la Cour suprême, juge du droit et non du fait, connaît des jugements et non de l'affaire et renvoie en principe celle-ci, après cassation, à une autre juridiction chargée de la rejurer, sans pouvoir le faire elle-même. Ant. Rejet. V. renvoi, retranchement, contrôle, qualification. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008)

Cause

(proc.) Syn. de procès, d'affaire.

Conseil de l'Europe

Organisation créée en 1949 (donc antérieure à l'Union européenne), et de ce fait la plus ancienne organisation politique du continent. Elle a son siège à Strasbourg et regroupe quarante-sept pays (tous les pays européens sauf la Biélorussie et le Vatican). Elle a pour but de promouvoir la démocratie et l'Etat de droit. Elle comprend notamment un Comité des ministres, une Assemblée parlementaire, un Congrès des pouvoirs locaux et régionaux, et une Cour des droits de l'homme. [...]. (B. Tertrais).

Conseil européen

C'est une institution de l'**Union Européenne**, composée des principaux hauts responsables politiques élus des États membres, à savoir les premiers ministres et présidents dotés du pouvoir exécutif. Il définit les orientations politiques et fixe les priorités de l'Union. Le traité de Lisbonne fait du Conseil européen une institution de l'Union à part entière et définit clairement son rôle. Une nouvelle fonction est créée, celle de président du Conseil européen qui représentera l'UE au plus haut niveau sur la scène internationale (CC).

Contentieux

Litige qui peut être mis en discussion devant la justice.

Désigne également l'ensemble des litiges ayant trait à un même sujet ou relevant d'une même juridiction ou d'un même ensemble de juridictions (Exemple : contentieux administratif relevant des juridictions administratives).

Cour de Justice de l'Union Européenne (Luxembourg)

[CECA 1952, CEE 1958, UE 1992] Autorité judiciaire de l'Union européenne installée à Luxembourg, elle contrôle la légalité des actes des institutions de l'UE, veille au respect par les États membres, des obligations qui découlent des traités, et interprète le droit de l'Union à la demande des juges nationaux.

Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H., Strasbourg)

[Au sein du **Conseil de l'Europe, 1949**], juridiction installée à Strasbourg, chargée d'assurer le respect de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950), à laquelle 47 Etats sont parties aujourd'hui.

Coutume

N.f. – Lat. *consuetudo*, dér. de *cum suescere* : faire sien (doublet de costume).

1 Norme de Droit objectif fondée sur une tradition populaire (*consensus utentium*) qui prêche à une pratique constante, un caractère juridiquement contraignant ; véritable règle de droit (comme la loi) mais d'origine non étatique (et en général non écrite) que la collectivité a fait sienne par habitude (*diuturnus usus*) dans la conviction de son caractère obligatoire (*opinio necessitatis*). Ex. la femme prend en se mariant l'usage du nom du mari (phénomène sociologique comme l'usage, la coutume est par sa force et son domaine d'application une source de Droit de rang théoriquement supérieur aux usages dont la portée est souvent limitée et la force variable). V. *contra legem, praeter legem, secundum legem, désuétude, vaine pâture*.

adage : *Pro jure et lege tenetur ; legis vim habet*.

2 Règle traditionnelle, de caractère savant ou plus technique, reçue par la jurisprudence ou issue d'une pratique professionnelle parfois tirée d'un fonds d'anciennes maximes et souvent conserve sous forme d'adage: nul ne doit s'enrichir injustement au detriment d'autrui; *Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet; formule du serment judiciaire* (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Décision de justice

Document écrit contenant le résumé de l'affaire, la solution adoptée par la juridiction et les raisons ayant conduit à son adoption.

Le jugement est la décision rendue par les tribunaux (tribunaux d'instance, tribunaux de grande instance...), l'arrêt par la cour de Cassation, les cours d'appel, les cours d'assises et le Conseil d'Etat.

L'ordonnance peut l'être par toutes ces juridictions ; elle est cependant provisoire. Exemple : ordonnance en référé.

Décret

Terme générique désignant une catégorie d'actes administratifs unilatéraux pris par les deux plus hautes autorités exécutives de l'État : le Président de la République et le Premier ministre. Quant à leur contenu, les décrets se répartissent en réglementaires lorsque leurs dispositions sont générales et impersonnelles, et non réglementaires lorsqu'ils concernent une ou plusieurs situations juridiques individuelles. Quant à leur procédure d'édition, on distingue les décrets en Conseil des ministres, les décrets en Conseil d'Etat et les décrets simples. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008)

Doctrine

N.f. – Lat. *doctrina, de docere* : enseigner

1 Opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit (*communis opinio doctorum*), ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit. En ce sens, doctrine s'oppose à jurisprudence. V. doctrinal, autorité, source.

2 Ensemble des ouvrages juridiques. Syn. Littérature (mais c'est un germanisme du XXe s.).

3 Ensemble des auteurs d'ouvrages juridiques. Syn. les auteurs, les interprètes (mais les tribunaux peuvent être compris dans les interprètes).

4 En des sens restreints : opinion exprimée sur une question de Droit particulière. En ce sens, peut désigner les motifs de droit sur lesquels repose une décision de justice (ex. la doctrine d'un arrêt) ; conception développée au sujet d'une institution ou d'un problème juridique. En ce sens, peut désigner une affirmation de principe émanant de gouvernants ; ex. la doctrine de Monroe en Droit international public (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Droit

Voir dans le polycopié les définitions de G. Cornu et F. Terré.

Droit de l'Union Européenne (droit communautaire)

Avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le 1er décembre 2009, l'Union européenne s'est dotée d'une personnalité juridique et a repris les compétences auparavant conférées à la Communauté européenne. **Le droit communautaire est donc devenu le droit de l'Union** (le terme droit communautaire est utilisé lorsqu'il est fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice antérieure à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne).

Il est issu notamment des traités de Rome du 25 mars 1957 (en particulier celui instituant la Communauté économique européenne) et du traité de Maastricht du 7 février 1992 (instituant l'Union Européenne) ainsi que des différents textes qu'élaborent les organes communautaires. Le droit de l'Union primaire et dérivé, soumis à l'interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes (Luxembourg), créent aussi des droits au bénéfice des particuliers qui peuvent, dans certains cas, s'en prévaloir devant les juridictions nationales. (CC)

Droit commun

Ensemble de règles juridiques applicables à toutes les situations qui ne sont pas soumises à des règles spéciales ou particulières.

En matière civile, le tribunal de grande instance est juridiction de droit commun. Par contre les affaires commerciales, qui obéissent à des règles spéciales, sont jugées par les tribunaux de commerce.

Droit écrit

Ensemble des règles de Droit explicitement édictées par des autorités qualifiées à cet effet. Ex. lois et règlements, par opp. à coutume. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Droit international

1 a) Désigne par abréviation le Droit international public.

b) Branche du Droit générique qui se subdivise en Droit international public, et Droit international privé.

c) Plus généralement, **branche du Droit ayant pour objet le règlement des relations**, quelles qu'elles soient, **qui présentent des liens avec plusieurs Etats**. (G. Cornu)

2. Le DI diffère du droit national en ce qu'il n'existe pas d'autorité mondiale chargée de le faire respecter. Ses sources principales sont les traités, la coutume et les décisions de l'ONU (résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, jugements et avis consultatifs de la CIJ). (B. Tertrais)

Droit objectif

Le « Droit », c'est un ensemble de règles de conduite qui, dans une société donnée - et plus ou moins organisée -, régissent les rapports entre les hommes. A cet ensemble, on applique l'expression de Droit objectif (F. Terré, voir polycopié).

Le droit objectif est l'ensemble des règles juridiques régissant la vie en société (Ph. Malaurie, L. Aynès, 2005).

« Le droit objectif est fait des règles, des institutions du droit ; la notion coïncide pratiquement avec celle de système juridique ». (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit*, 1996, p. 121).

Droit positif

Ensemble des règles de droit (droit objectif) en vigueur dans un pays donné à un moment donné, par opp. à droit naturel (ou idéal) et à droit révolu (aboli ou abrogé) reçu dans le passé (Ancien droit). Ex : droit positif français, belge, suisse. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Droit subjectif

« Les « droits », ce sont les prérogatives que le « Droit » - ou Droit objectif - reconnaît à un individu ou à un groupe d'individus et dont ceux-ci peuvent se prévaloir dans leurs relations avec les autres, en invoquant, s'il y a lieu, la protection et l'aide des pouvoirs publics, disons, au sens large, de la société : droit de propriété, droit de créance, droit de vote ... » (F. Terré, voir photocopié).

« Les droits subjectifs sont les prérogatives que le droit objectif reconnaît aux individus » (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit*, 1996, p. 121).

Les droits subjectifs sont des prérogatives reconnues par le droit objectif à des individus pour la satisfaction de leurs intérêts personnels (Ph. Malaurie, L. Aynès, 2005).

Equité

L'équité est la justice avec un "j" minuscule, non celle qui se clame de la République à la Bastille, mais la justice discrète des cas particuliers (Phillipe Jestaz, *Le Droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2001).

Ester en justice

Agir en justice, en tant que demandeur ou défendeur.

Fond

Désigne, dans une affaire, la (ou les) question(s) de fait et de droit sur laquelle (ou lesquelles) le juge se prononce.

Force de chose jugée

Lorsque les voies de recours sont épuisées (soit qu'elles aient été exercées, soit qu'elles ne l'aient pas été), la décision de justice est définitive ; on dit qu'elle est passée « en force de chose jugée ». (JC Ricci, *Introduction à l'étude du droit*, 2007, p. 154)

Force exécutoire

Qui peut être mis à exécution, si besoin, par la force publique (Exemple : un jugement). Certains actes, notamment administratifs ou notariés, peuvent également avoir la force exécutoire.

Formel, elle

Adj. Du lat. *formalis*, qui a trait aux moules (du fondeur), de forma : forme, type.

1. Qui a trait à la forme d'un acte, aux conditions et aux modes de son élaboration, non à ses conditions de fond ou à son objet (s'oppose en cela à fondamental, substantiel, matériel). Ex. validité formelle d'un contrat résultant de l'observation des exigences de forme requises pour sa conclusion. Comp. procédural. Organique. V. formalité, source.

2. Expressément énoncé ; formulé de manière à accréditer comme certain, auprès de ses destinataires, le message exprimé, par ext. ferme, catégorique. Ex. engagement formel, interdiction formelle. Comp.

expès, solennel, explicite. V. officiel, public.

3. De pure forme (sans examen au fond), d'où péj. sans valeur réelle ou sans contrôle effectif. Comp. littéral, textuel.

4 Qui a trait à l'apparence d'un acte ou à l'aspect extérieur d'une chose. Ex. la présentation formelle de la loi. Comp. matériel.

5 Par opp. à ·matériel (sens 9), qui tient à l'accomplissement d'un acte, abstraction faite du résultat de celui-ci. Ex. ·délit formel. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Former un pourvoi

Engager un recours devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat.

Instance

Désigne un litige porté devant une juridiction, ainsi que l'ensemble constitué par les actes de la procédure qui vont de la demande en justice jusqu'au jugement. En principe, en cas de recours, l'affaire donne lieu à une nouvelle instance devant une autre juridiction.

L'instance "se présente comme une série d'actes de procédure, allant de la demande en justice jusqu'au jugement ou à l'abandon de la prétention par un désistement" (Vincent et Guinchard, *Procédure civile*, 1981).

Interjeter appel

Lorsqu'un recours est formé devant la cour d'appel, on emploie l'expression « interjeter appel ».

Judiciaire

Adj. Lat. *judiciarius*, dér. De *judex (judicis)* : juge.

1. (dans un sens vague). Qui appartient à la justice, par opp. à législatif et administratif. Ex. : le pouvoir judiciaire, l'autorité judiciaire [...].

2. (dans un sens précis). Qui concerne la justice rendue par les tribunaux judiciaires.

- (-corps). Ensemble des ·magistrats de l'ordre judiciaire pour lesquels la ·judicature est un état dans lequel ils font ·carrière ; ·magistrature judiciaire de carrière comprenant magistrats du siège et du parquet et auditeurs de justice (a. Ier, o. 22 déc. 1958).

_ (-ordre). Ensemble des juridictions jugeant les procès civils, commerciaux et pénaux et relevant du contrôle de la Cour de cassation (par opp. à l'ordre des juridictions administratives).

~ (professions). Celles des ·magistrats et ·auxiliaires de justice des tribunaux judiciaires. Ex. juges et membres du ministère public de ces tribunaux, greffiers et secrétaires de juridiction, mais aussi avocats, huissiers de justice. V. gens de justice.

~ (tribunaux). Juridictions de l'ordre judiciaire.

3 (au sein de l'ordre judiciaire).

a (Qui émane d'un juge, par opp. à légal et ·conventionnel, qu'il s'agisse d'un acte ·juridictionnel (contentieux ou ·gracieux), ou d'un acte de caractère administratif (acte d'administration judiciaire). Ex. autorisation judiciaire, habilitation judiciaire, délégation judiciaire. Comp. amiable.

b Sens voisin. Qui est nommé par décision de justice. Ex. administrateur judiciaire.

c Qui a lieu en justice; qui suppose une procédure, une intervention de la justice; en ce sens s'opp. à juridique.

d En cours d'instance par opp. à ·extra-judiciaire. Ex. transaction judiciaire. V. *in judicio* (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Juge

Magistrat du siège qui a le pouvoir de dire le droit, de trancher un litige.

Il peut exercer les fonctions suivantes : juge aux affaires familiales, juge de l'application des peines, juge des enfants, juge de l'exécution, juge d'instance, juge d'instruction, juge de la mise

en état, juge des libertés et de la détention, juge de proximité correctionnels, juge des référés, juge des tutelles, juge non professionnel.

Jugement

Décision rendue par une juridiction de premier degré (tribunal d'instance, tribunal de commerce...).

Au sens large, désigne toute décision de justice (ou décision judiciaire).

Jugement sur le fond

Jugement statuant sur l'objet même du procès, c'est-à-dire les questions de fait ou de droit que le juge doit trancher à la demande des parties.

Juridiction

N. f. –Lat. *jurisdictio*, de *jus dicere* : dire le droit.

1. Mission de juger ; pouvoir et devoir de rendre la justice par application du Droit (en disant le Droit). [...]

2. Organe institué pour exercer le pouvoir de juridiction. V. justice.

a) Syn. de juge ou tribunal (au sens large), y compris les tribunaux qui portent le nom de cour. Ex. la cour d'appel est une juridiction du second degré. [...] (extrait de G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008). Voir ordre de juridiction.

Juridiction de droit commun

Tribunal ayant compétence pour tous les litiges, sauf si un texte de loi particulier la lui retire. En matière civile, le tribunal de grande instance est juridiction de droit commun, tandis que les affaires commerciales, qui obéissent à des règles spéciales, sont jugées par les tribunaux de commerce

Juridique

Adj. - Lat. *juridicus*, de *jus, juris* ; droit et *dicere*: dire.

- 1 (sens gén.). De droit; en droit; qui a trait au droit, par opp. 1/ à d'autres disciplines (médecine, architecture, etc.), ex. sciences juridiques; 2/ à d'autres normes (morale, bienséance, etc.), ex. règles juridiques ; 3 / à des données factuelles (économiques, sociales, politiques, démographiques), ex. nature juridique, fondement juridique; 4/ à une démarche non normative (sociologique), ex. analyse juridique, théorie juridique; 5/ à de fait, ex. moyen de droit. Comp. normatif, législatif, civil, raisonnement juridique, de droit. V. moral, naturel.

- (technique).

a / Ensemble des moyens spécifiques (procédés, opérations: présomption, fiction, assimilation, qualification, etc.) qui président à l'agencement et à la "réalisation du Droit; compartiment des instruments de précision de la pensée juridique dans la "science fondamentale du Droit. V. catégorie juridique, doctrine.

b / Maîtrise de ces moyens dans l'application (lato sensu) du Droit; savoir pratique du Droit, saisi en général ou dans tel ou tel domaine (ex. technique législative). Comp. raisonnement juridique, théorie juridique.

- (théorie). V. théorie juridique.

- 2 Plus spécifiquement, qui produit un effet de droit; qui est doté de conséquences juridiques.

_ (acte). Acte accompli en vue de produire un effet de droit (recherché par son auteur). Ex. mandat, prêt, bail, donation, testament, etc. V. juridicité, qualification, nature, catégorie.

_ (fait). Fait auquel la loi attache un effet de droit. Ex. un délit engage la responsabilité de son auteur.

- 3 Parfois syn. de conforme au droit. Comp. licite, légitime. légal, bien-fondé, régulier, juste.

- 4 Plus spéc. encore, empreint de juridisme; fondé en droit strict plus qu'en 'équité, ou en opportunité. Ex. position purement juridique. Comp. légal, littéral, formel, textuel.

- 5 Par opp. à judiciaire, qui concerne en dehors de tout procès la vie des affaires et la gestion des patrimoines (constitution de société, gestion immobilière, négociation de titres, opérations contractuelles en général, etc.). (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Jurisprudence/faire jurisprudence

Ensemble des décisions de justice. Elles appliquent, interprètent, précisent le sens des textes de droit.

Désigne également la solution faisant autorité, donnée par un juge ou une juridiction à un problème de droit.

N.f. – Lat. *jurisprudencia* : science du Droit.

1 Ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière (jurisprudence immobilière), soit dans une branche du Droit (jurisprudence civile, fiscale, etc.), soit dans l'ensemble du Droit.

2. Ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit (not. Dans l'interprétation de la loi quand celle-ci est obscure) ou même dans la création du Droit (quand il faut compléter la loi, suppléer une règle qui fait défaut) ; répertoire des solutions jurisprudentielles ; œuvre des tribunaux. V. silence, lacune.

3 Personnification de l'action des tribunaux (par opp. à la législation ou doctrine). V. loi.

4 Habitude de juger dans un certain sens et, lorsque celle-ci est établie (on parle de jurisprudence constante, fixée), résultat de cette habitude : solution consacrée d'une question de droit considérée au moins comme autorité, parfois comme source de droit. V. précédent.

5 Tendance habituelle d'une juridiction déterminée ou d'une catégorie de juridiction à juger dans tel sens. Ex. jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, jurisprudence des juridictions du fond.

6 Pratique judiciaire : habitude de procéder ou d'opérer de telle ou telle manière (en dehors des questions de droit) dans les mesures d'instruction, les conciliations, les évaluations, etc. [...]

_ (revirement de). Abandon par les tribunaux eux-mêmes d'une solution qu'ils avaient jusqu'alors admise ; adoption d'une solution contraire à celle qu'ils consacraient ; renversement de tendance dans la manière de juger. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Justice

Peut désigner la fonction juridictionnelle (justice s'opp. en ce sens à législation et administration).

Peut désigner le service public de la justice ou l'ensemble des tribunaux et de l'organisation judiciaire : action en justice. V. auxiliaire de justice. (CC)

Lato sensu

Expression lat. signifiant « au sens large » (d'un terme), fréquemment employée dans l'interprétation des lois ou des conventions pour donner sa pleine compréhension à un terme ou s'évader du sens littéral. Ex. Délit *lato sensu*, englobe même le quasi-délit et pas seulement le délit intentionnel. Ant. *Stricto sensu*. V. *libéral*. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Légal, ale, aux

Adj. Lat. *legalis* (relatif aux lois, conforme à la loi), *de lex* : loi

1. Ayant nature de loi. Ex. disposition légale (par opp. not. à réglementaire) ; parfois, dans une acception dérivée, ayant nature de Droit écrit (par opp. à coutumier, jurisprudentiel, doctrinal). Comp. *législatif*.

2. Qui résulte de la loi, soit sans dérogation possible (ex. représentation légale par opp. à représentation judiciaire ou conventionnelle), soit sauf stipulation contraire (ex. régime matrimonial légal). Comp. *de plein droit, des lege*.

3. Conforme à la loi (au sens formel) (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Litige

N. m. _ Du lat. *litigium*. de *lis. litis* : procès et *agere* : conduire.

- 1 Souvent syn. de procès ou de cause.
- 2 Plus exactement, différend, désaccord, conflit considéré dès le moment où il éclate (litige né) comme pouvant faire l'objet d'une transaction, d'un compromis d'arbitrage, entre autres modes de solution des litiges (renonciation), indépendamment de tout recours à la justice étatique. Syn. contestation. V. querelle.
- 3 Par ext., le différend porté devant un tribunal et devenu matière du procès, une fois saisie la justice. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

loi

Voir dans le polycopié la définition du *Vocabulaire juridique* de G. Cornu.

Matériel, elle

Adj. –Lat. *materialis*.

1. Par opp. à moral : pécuniaire, patrimonial, économique ; on parle de direction matérielle de la famille (C. civ., a. 213), d'intérêts matériels; s'opp. aussi, dans un sens voisin (qui touche aux biens), à moral et à corporel. Ex. préjudice matériel dommage aux biens.

2 Par opp. à territorial et à 'processuel: qui touche au 'fond du Droit, fondé sur les divisions du Droit. V. substantiel.

matérielle (compétence). Compétence attribuée à raison de la 'matière (le tribunal de grande instance est compétent en matière de divorce).

matériel (Droit). Droit 'substantiel (le Droit civil par rapport à la procédure). V. procédural.

3 Par opp. à 'formel et à 'organique : qui a trait au contenu d'un acte, à son objet.

4 Par opp. à 'juridique: qui n'est pas destiné à produire un effet de droit; une opération matérielle (construction d'un mur) s'oppose à une opération juridique (vente) ; mais un fait matériel devient 'juridique en un autre sens (b) si la loi lui attache un effet de droit non recherché par son auteur.

5 Par opp. à légal (2) et à 'moral de pur fait, à l'état brut.

_ de l'infraction (élément). Acte (ex. coup) ou abstention (ex. défaut de soins) qui forme la base de toute infraction et qui, en général associé aux autres 'éléments constitutifs (intention), suffit à lui seul à constituer l'infraction dans les infractions dites matérielles.

6 Concret, appliqué à une chose tangible.

[...]

7 Purement formel, issu d'un accident d'exécution.

-le (erreur ou omission). Inexactitude qui se glisse par inadvertance dans l'exécution d'une opération (ex. erreur de calcul) ou dans la rédaction d'un acte (ex. omission d'un nom) et qui appelle une simple rectification - sans nouvelle contestation - à partir des données en général évidentes qui permettent de redresser l'erreur ou de réparer l'omission.

8 Qui se rapporte non à la conception mais à la réalisation (exécution) d'un acte, par opp. à intellectuel (sens2). Ex auteur matériel de l'infraction par opp. à auteur intellectuel. V. instigation.

9. Par opp. à formel (sens 5), qui suppose atteint le résultat cherché. Ex. délit matériel.

10. (int. privé) [...](G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Norme (juridique)

1. Les normes juridiques « tendent non seulement à prévenir ou à régler les conflits possibles entre les membres de la population, mais beaucoup plus largement à encadrer, orienter, rationaliser l'ensemble de leurs activités, de leurs conduites ». (Paul Amselek « L'évolution

générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue de droit publique* 1982).

2. Voir dans le polycopié la définition de G. Cornu.

Opposable

1. Qui peut être utilement invoqué par un plaideur à l'encontre de son adversaire ; se dit soit d'un acte de procédure régulier (expertise contradictoire), soit d'un droit ou d'un acte substantiel opposable au sens 2 ci-dessous. Ant. Inopposable.

2. (même en dehors d'un procès). Dont la valeur comme élément de l'ordre juridique ne peut être méconnue par les tiers, lesquels, n'étant pas directement obligés par ce qui leur est opposable, n'en sont pas moins tenus d'en reconnaître et d'en respecter l'existence et même d'en subir les effets. (G. Cornu)

Ordre de juridiction

a) ensemble distinct et hiérarchisé de juridictions de même nature. Ex. ordre judiciaire, ordre administratif. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Ordre public

Ensemble de règles qui régissent la vie en société et édictées dans l'intérêt général. Une règle est qualifiée d'ordre public, lorsqu'elle est obligatoire et s'impose pour des raisons impératives de protection, de sécurité ou de moralité. Les personnes ne peuvent transgresser ces règles de quelque façon que ce soit et n'ont pas la libre disposition des droits qui en découlent. La violation d'une règle d'ordre public entraîne la nullité d'une convention, quelle qu'elle soit (Exemple : un père et une fille ne peuvent se marier).

Partie

Personne physique (majeure ou mineure) ou morale (société, association...), privée ou publique, engagée ou impliquée par une procédure judiciaire ou un procès.

Précédent

Subst. masc. _ Lat. *praecedens*, du v. *praecedere* : marcher devant.

1 Antécédent; décision antérieure prise comme référence; relativement à une décision à prendre, solution déjà adoptée par le passé dans une affaire ou des circonstances semblables; désigne soit une décision administrative, soit une décision juridictionnelle (précédent jurisprudentiel) qui peut avoir, selon les systèmes juridiques, valeur d'exemple, 'autorité de fait ou caractère obligatoire (*stare decisis*). V. jurisprudence, résistance,

2 Parfois, fait, acte, comportement antérieur à prendre en considération dans la détermination d'une coutume, par ex. dans la formation d'un usage international ou d'une pratique familiale (C, civ., a. 372-1). (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Principe général, Principes généraux du droit

1 Règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques. Ex. le principe des nationalités, celui de la souveraineté nationale. Comp. *Valeurs fondamentales*

2 Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure. Ex ; les « principes fondamentaux » reconnus par les lois de la République et les « principes politiques, économiques et sociaux...particulièrement nécessaires à notre temps », visés par le préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie celui de la Constitution de 1958 s'imposent même au législateur ; les

« principes fondamentaux », c'est-à-dire les règles les plus importantes de certaines matières, sont réservées par l'a. 34 de la Constitution de 1958, à la compétence du législateur. V. *précepte*
3 Maxime générale juridiquement obligatoire bien que non écrite dans un texte législatif. Ex. *fraus omnia corrumpit*. V. *adage, coutume*

4 Nom donné à une maxime intransgressible ; règle tenue pour absolue.

5 Règle générale qui doit, à défaut de texte spécial ou de dérogation particulière, régir une sorte de cas, par opposition à l'exception. Comp. *Droit commun*

6 Élément essentiel qui caractérise un régime, une Constitution. Ex. le principe du régime parlementaire est la responsabilité politique du cabinet. Comp. *Définition*

7 Au sens de Montesquieu, ressort qui permet à un régime de fonctionner. Ex. la vertu est le principe de la démocratie Principes généraux du droit

a/ (adm.). Règles admises par la jurisprudence comme s'imposant à l'administration et à ses rapports avec les particuliers, même sans texte, et ayant une valeur égale à celle de la loi, de sorte que celle-ci peut y déroger et que, au contraire, l'administration et le pouvoir réglementaire doivent les respecter. V. *source*

b/ (int. Publ.). Source du Droit international au regard de l'a. 38 du statut de la Cour internationale de justice, qui fait référence aux principes généraux du Droit reconnus par les nations civilisées : principes communs aux ordres juridiques internes et à l'ordre international (bonne foi, abus de droit, enrichissement sans cause, autorité de la chose jugée, égalité des parties à une instance) ; ou principes spécifiques à l'ordre international qui parfois se distinguent difficilement des règles coutumières (souveraineté, responsabilité, légalité des Etats). (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Procédure

N. f - Dér de procéder, lat. jur. *procedere*: s'avancer, procéder a une action judiciaire.

- 1 Branche de la science du droit ayant pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions de justice et englobant la procédure administrative, civile et pénale. V. droit processuel.

- 2 Ensemble des règles gouvernant un type de procès. Ex. procédure devant la Cour de cassation, procédure gracieuse, procédure ordinaire,

- administrative. Rameau de la procédure ayant pour objet de déterminer les règles homologues en ce qui concerne les juridictions de l'ordre administratif.

- civile. Rameau de la procédure ayant pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions particulières aux tribunaux civils de l'ordre judiciaire. V. Droit judiciaire privé.

- pénale ou criminelle. Rameau de la procédure ayant pour objet de déterminer les règles homologues en ce qui concerne les juridictions pénales de l'ordre judiciaire.

- 3 Ensemble des actes successivement accomplis pour parvenir à une décision. Ex. demander la nullité de la procédure suivie dans un procès, soulever un incident de procédure, engager une procédure dilatoire.

Qualification

Examen d'un fait, d'un acte ou d'une situation juridique, en vue de lui donner l'appellation en droit qui lui convient, avec les conséquences et les effets prévus par la loi.

Raisonnement juridique

N m - Forme sur la raison, lat. *ratio*

- 1 Opération intellectuelle relevant de la science fondamentale et de l'application pratique du Droit qui, consistant, en général, dans l'application d'une règle à un cas, suppose: 1/ la recherche et l'affirmation de la règle juridique applicable; 2/ la recherche et la détermination de son domaine d'application; 3/ l'analyse du cas particulier (constatations de fait, qualification juridique) ; 4/ la conclusion (en forme d'avis ou de décision, etc.) issue du rapprochement du cas concret qualifié et de la règle abstraite, en quoi l'opération s'appuie sur la logique formelle (prenant parfois la forme d'un syllogisme), tout en faisant une part importante à la dialectique (not. dans la détermination du domaine d'application), le raisonnement prenant, en définitive, des orientations sensiblement différentes selon qu'il a pour objet une série de cas (raisonnement explicatif d'une réforme) ou la solution d'un litige (consultation doctrinale, décision de justice) et, s'il s'agit du raisonnement judiciaire (dans lequel les faits de l'espèce ont leur importance), selon qu'il est manié par le juge dans sa décision, par l'avocat dans sa plaidoirie, par son adversaire, par le ministère public dans ses observations ...). V. qualification, science, technique juridique, doctrine, démonstration, argumentation, discussion.
- 2 Plus spec., argumentation ; élaboration et agencement de raisons(sens 4), motifs, moyens de droit et arguments à l'appui d'une solution (dans une démonstration doctrinale, une motivation judiciaire, une plaidoirie, etc.) ; construction intellectuelle destinée à fonder en droit une proposition. V. interprétation, thèse, corroborer, contra, objection, présupposé.
- 3 _ par analogie. V. analogie (raisonnement par).

Règle de droit

Désigne toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc.) ; en ce sens l'exception aussi est une règle. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Règlement (par opp. à loi)

Texte de portée générale émanant de l'autorité exécutive par opp. à la loi (votée par le Parlement). Ex. la procédure civile est du domaine du règlement ; variété d'actes, à caractère général et impersonnel, qui, émanant d'une autorité exécutive ou administrative (Président de la République, Premier ministre, préfets, maires...) a pour objet, soit de disposer dans des domaines non réservés au législateur, soit de développer les règles posées par une loi en vue d'en assurer l'application. V. décret, arrêté, statut. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Saisine

Fait de soumettre une demande à une juridiction qui est tenue d'y apporter une réponse, prenant la forme d'une décision. Elle est généralement faite par citation, assignation, requête (ou requête simple devant les juridictions administratives), requête conjointe ou déclaration au greffe.

Source (source du Droit, source de droit ou d'obligation)

N.f. – Dér. de l'anc. Part. pass. De sourdre, lat. *surgere*.

1 Source du Droit ; forces d'où surgit le Droit (objectif) ; ce qui l'engendre

a/ Ensemble des données morales, économiques, sociales, politiques, etc., qui suscitent l'évolution du Droit, considérations de base, causes historiques, « forces créatrices » (G. Ripert), sources brutes dites réelles que captent et filtrent les sciences auxiliaires de la législation pour alimenter la politique législative. Comp. *Ratio legis*

b/ Forme sous l'action de laquelle la règle naît au Droit ; moule officiel dit source formelle qui préside, positivement, à l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de Droit : fonction reconnue, selon les systèmes juridiques, à la loi, à la coutume, à la jurisprudence ou à la

doctrine. Ex. en Droit français, loi et coutume sont les seules sources formelles incontestées, la doctrine et la jurisprudence étant plutôt des autorités (mais l'admission de celle-ci a d'ardents défenseurs et ses créations prétoriennes en font a posteriori une source historique). V. *précédent, arrêt de règlement, résistance*

c/ Plus largement, tous éléments ou agents, contribuant à la germination du Droit, y compris pratique contractuelle, usages, controverses, etc

d/ Documents dans lesquels sont consignées les sources formelles, dites plus précisément sources documentaires ou instrumentaires

2 Source de droit ou d'obligation ; tout élément générateur de droit subjectif ou d'engagement (not. de responsabilité), vertu créatrice propre des actes et des faits juridiques de l'autorité seule de la loi. Ex. en Droit français (C. civ., a. 1370) contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit sont des sources traditionnelles d'obligations (contractuelles ou extracontractuelles). V. *délictuel, quasi délictuel, quasi contractuel, cause, origine*. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Strictu sensu

Expression lat. signifiant « au sens strict » (d'un terme), couramment utilisée dans l'interprétation de la loi ou des conventions pour serrer le sens étroit du texte et renfermer son application dans ces limites. Ex. délit stricto sensu, désigne le délit intentionnel, par opp. au quasi-délit. Ant. *Lato sensu*. V. littéral, restrictif. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Système juridique

Droit d'un Etat. Ex. Le système juridique français.

« [...] Le système juridique, [...] cette machinerie générale programmée pour produire du droit et pour l'appliquer ». (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit*, 1996, p.16).

« Le droit objectif est fait des règles, des institutions du droit ; la notion coïncide pratiquement avec celle de système juridique ». (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit*, 1996, p. 121)

Tribunal

Juridiction composée d'un ou plusieurs juges, qui a pour mission de trancher les litiges et rendre une décision de justice.

Voies de recours

Moyen juridictionnel tendant à la réformation, la rétractation ou la cassation d'une décision de justice ; désigne l'institution du recours (appel, opposition, tierce opposition, recours en révision, pourvoi en cassation) ou la procédure empruntée lorsque le recours est exercé. (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2008).

Voies de recours (voies de réformation, voies de rétractation)

Contre un jugement de première instance ou un arrêt d'appel existent des **voies de réformation** (appel ou cassation) par lesquelles un juge supérieur est invité à annuler partiellement ou totalement la décision contestée. Contre toute décision de justice, y compris en cassation, existent des **voies de rétractation** (opposition, tierce opposition, recours en rectification d'erreur matérielle) par lesquelles il est demandé à une juridiction, dans des conditions bien précises, de revenir sur l'une de ses décisions.

Lorsque ces voies de recours sont épuisées (soit qu'elles aient été exercées, soit qu'elles ne l'aient pas été), la décision de justice est définitive ; on dit qu'elle est passée « **en force de chose jugée** ». (JC Ricci, *Introduction à l'étude du droit*, 2007, p. 154)