

Formation d'initiative locale

« La Justice et le droit »

Présentation

Le Conseil départemental de l'Accès au droit de Haute-Loire (CDAD 43) a été créé en 2013. Il réunit professionnels du droit (avocats, notaires, huissiers, Service Pénitentiaire d'Insertion et de Probation, Protection Judiciaire de la Jeunesse); collectivités locales (préfecture, le conseil général, association départementale des maires...) et associations (Justice et Partage, CIDFF, TADEF, UDAF...). (CF site www.cdad-43.fr pour plus d'informations).

La mission du CDAD 43 est d'impulser une politique de l'accès au droit sur le département. Il a donc en premier lieu recensé les institutions, associations et autres organismes oeuvrant dans ce domaine. Cela a donné lieu à la production d'un Guide local de l'accès au droit, détaillant compétences, actions et coordonnées de chacun (également disponible sur le site Internet du CDAD).

Le but du CDAD 43 est de développer, avec les partenaires locaux, des actions en faveur de l'accès au droit: organisation de permanences dans les mairies, accompagnement à des audiences correctionnelles, information et sensibilisation du public jeune (Guide « c'est quoi mes droits », mais aussi Expo 13/18 Questions de Justice, concours d'éloquence, journée justice).

Ces actions ont essentiellement pour finalités la prévention des litiges, favoriser les modes alternatifs de règlement des conflits (comme la médiation) permettant ainsi le désengorgement des juridictions, tout cela afin de participer à l'établissement d'un climat de « paix sociale », en assurant « le droit au droit » pour reprendre les termes de la loi du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit.

Le but de cette FIL est d'introduire la présentation du Guide « c'est quoi mes droits », outil pédagogique créé par le CDAD du Val de Marne en partenariat avec l'académie de Créteil. C'est un Guide qui permet d'aborder avec les élèves de 4eme la notion de Droit dans un cadre pédagogique qui favorise le dialogue.

Il a été convenu lors du comité de pilotage de cette action, qui a adapté le Guide à notre département, d'une formation qui permettrait d'avoir une sorte de panorama du droit actuel afin d'aborder le Guide « c'est quoi mes droits » dans une approche plus globale.

Nous aborderons sous forme de thèmes (le contenu du cours n'est pas exhaustif et relève d'un choix quant au développement des points abordés, étant entendu qu'il est impossible de faire une introduction au droit complète digne de ce nom en une matinée !) les points suivants : le rôle du droit ; les sources du droit ; les juridictions françaises et enfin les grands principes du droit.

Thème I : Le rôle du droit.

En guise de « préambule », nous allons aborder un premier thème, celui du rôle du droit. Thème qui introduira parfaitement cette formation puisqu'il va aborder la question du fondement de l'autorité de la règle de droit et ainsi donner **des pistes** pour accompagner une réflexion autour du guide « c'est quoi mes droits » avec les élèves.

Toutes les relations de l'individu vivant en société sont régies par des règles de Droit. Toute société s'administre au moyen de règles émanant des gouvernements (Parlements, ministres, Président de la République, des collectivités locales...), voir qui émanent de leurs agents ou alors des tribunaux. Face à ce phénomène d'encadrement de la réalité par des règles juridiques, nous sommes amenés, et en particulier les élèves à qui le Guide va être distribué, à nous poser une série de questions :

Pourquoi le droit est-il obligatoire, pourquoi nous soumettons nous aux règles juridiques ? Est-ce parce qu'elles sont justes ? qu'elles émanent du pouvoir politique et ont été édictées par des autorités habilitées à le faire ? Est-ce seulement parce qu'elles sont assorties de sanctions en cas d'infraction, ou pour l'ensemble de ces raisons ?

La philosophie du Droit est la discipline qui permet de répondre à la question suivante : dans quelle mesure la norme juridique est-elle capable de réguler les phénomènes de société ? Elle permet de comprendre que le respect qu'on a du droit s'explique par le fait qu'on lui reconnaît une certaine légitimité, liée à deux éléments : soit à l'origine du droit soit à sa finalité.

I. Le rôle du droit : Approche philosophique

A/ L'origine du droit : une autorité supérieure ?

1/ Droit naturel et droit positif

Longtemps l'origine du droit a répondu à une vision qualifiée de droit naturel ou jus naturaliste selon lequel il existe deux corps de lois : celui des lois positives (lois des hommes) et celui des lois naturelles et universelles. Les **lois naturelles** doivent prévaloir sur les lois positives et c'est **la conformité des lois des hommes aux lois naturelles qui fondent leur autorité**. Les lois ne seraient alors que la transcription de principes supérieurs et tireraient leur légitimité comme autorité de ces principes. Vision idéaliste du droit, elle a dominé la pensée juridique jusqu'au XIX^e siècle, selon des modalités variables : la loi naturelle est un ordre des choses, un ordre du monde ou encore un ordre de Dieu.

Ce qui causa le déclin de l'ordre naturel sans jamais toutefois le faire disparaître, sera surtout la revendication d'un droit constitué en véritable science. Ainsi, Pour David Hume, une **science du droit** ne peut prétendre dire ce qui doit être mais seulement **décrire ce qui est**.

Plus tard, Auguste Comte va transposer la seule méthode véritablement scientifique, **le positivisme**, aux sciences sociales, en construisant ses explications sur l'observation du monde réel et non sur des déductions de principes philosophiques.

Par opposition au jus naturalisme, qui explique le droit par une déduction à partir de principes idéaux, le positivisme explique le droit par l'observation de ses manifestations.

2/ La règle de droit entre volonté souveraine et validité normative.

L'autorité du droit peut également trouver son fondement dans le pouvoir et la force légitimement détenue par la Nation ou par l'Etat. Cette conception, le volontarisme, qui place l'autorité du droit dans l'expression d'une volonté souveraine (Hobbes), a dominé le siècle dévoué à l'administration du droit moderne naissant et est très lié à la dimension contraignante de la règle de droit (monopole de la violence légitime détenu par l'Etat).

Elle aboutit à lier le fondement du droit à l'Etat, et la **validité de la règle de droit à la compétence de son auteur et au respect de sa procédure d'adoption.**

Cela va également conduire certains auteurs (**normativistes**) à vouloir observer comme seul objet de la théorie du droit les normes seules. **Chaque norme trouvant son fondement dans une norme supérieure** : ainsi la loi est une norme valable parce qu'elle a été adoptée conformément à la norme juridique supérieure qu'est la Constitution.

3/ La règle de droit entre fait social et rationalité économique.

L'observation du droit peut aussi être l'observation non d'une volonté ou d'une norme formelle mais de la vie sociale. Le droit serait le produit de l'Histoire et évoluant avec elle dans l'esprit du peuple, sorte de conscience collective, le droit serait un fait social dont l'origine est la masse des consciences individuelles.

La sociologie du droit ne reprend pas l'idée de volonté et l'efface au profit de l'effectivité de la norme : **la règle de droit véritable est la règle suivie dans les faits et elle tire son autorité de cette force spontanée.** Rien ne sert à une règle d'être officiellement dotée de tous les symptômes de la validité si en réalité elle n'est que coquille vide que personne ne suit .

Cette théorie repose donc sur **l'effectivité du droit**, en le diluant dans l'ensemble plus général des phénomènes sociaux.

Plus récemment encore c'est l'efficacité économique de la règle de droit et non plus son effectivité sociale qui a attiré l'attention sous des formes différentes. D'une part, il suffirait pour fonder une règle de droit de laisser les relations économiques créer leurs propres régulations sans entraver l'ordre spontané du marché : le marché délivre ses propres lois, plus efficaces, sous une forme coutumière, que l'intervention de l'Etat ne peut dégrader. D'autre part toute règle quelle que soit son origine, gagnerait en effectivité, légitimité et en autorité à répondre à une certaine efficacité économique, puisque les individus respecteront d'autant plus les lois qu'ils ont intérêt à la faire. (courant Law and Economics, très important dans la doctrine nord américaine).

On peut conclure ce rapide panorama de différents courants de pensées par admettre que la règle de droit est très certainement fondée sur une combinaison de tous ces critères. Chacun pouvant se forger sa propre conception à la lumière de sa philosophie personnelle. Relevons simplement que chaque théorie est à même de

mieux expliquer une facette particulière du droit : la volonté souveraine reste fondatrice pour le droit étatique moderne. Le droit naturel demeure indispensable pour débattre de l'obéissance à la loi injuste ; la science du droit normativiste sera précieuse pour déterminer la règle applicable par le juge ; la sociologie juridique expliquera les évolutions du droit et la force des pratiques et l'analyse économique du droit éclaire particulièrement les méthodes nouvelles de régulation économique dans le cadre mondialisé. En définitive chaque théorie permet d'éclairer l'une des raisons de l'autorité du droit. Il est donc préférable de croiser ces différentes propositions afin de ne pas réduire l'autorité du droit à un fondement unique.

Dans ces explications, l'individu est conçu comme soumis à un ordre, et à un droit qui le dépasse. Voyons maintenant la théorie selon laquelle c'est l'Homme qui est le fondement de tout droit.

B/ L'origine du droit : l'Homme ?

→l'Homme, et lui seul, est le fondement de tout droit.

Le fondement de l'autorité des règles de droit réside dans le fait que se sont des règles naturelles, inhérentes à l'Homme lui même.

Conséquence d'un revirement philosophique , un rôle de plus en plus déterminant a été reconnu à la volonté individuelle, transformant le droit naturel classique en un droit naturel moderne, expression de la Raison humaine et inhérent à la nature humaine individuelle.

Hobbes d'abord, les Lumières ensuite vont consommer le basculement d'un ordre naturel des choses en une multitude de droits naturels accordés aux individus.

L'homme naît avec des droits individuels, qui sont inhérents à la nature humaine et donc universels. Cependant la vie en société implique, pour préserver les droits individuels de tous, de limiter ceux de chacun. Le contrat social, expression d'un pacte dérivant des volontés individuelles, est conclu pour permettre de garantir ces droits naturels. Cette conception va trouver sa forme solennelle dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui se présente elle même comme une déclaration des droits naturels, inaliénables et sacrés e l'Homme.

→L'évolution des droits reconnus : les générations de droits de l'Homme

Les droits de l'Homme déclarés en 1789 consistent essentiellement en des libertés classiques : il s'agit de possibilités d'agir accordées aux individus et garanties par l'Etat qui est tenu d'un devoir d'abstention en ces matières (ex liberté d'aller et venir, liberté de religion).

En 1946, le préambule de la Constitution ajoutait aux premières proclamations celles de nouveaux droits, dits de deuxième génération, non plus civils et politiques mais économiques et sociaux (le droit de grève ou le droit à la protection sociale). Il ne s'agit pas de droits-libertés ou de droits-abstention mais de droits-créances, selon lesquels l'individu se voit reconnaître un pouvoir d'exiger de l'Etat certaines prestations. La reconnaissance de cette possibilité va aboutir à une multiplication de revendication, et parfois de reconnaissances de droits de et de droits à. Enfin aux droits civils et politiques (première génération), aux droits collectifs et sociaux (deuxième génération), s'ajoutent au niveau international les droits de solidarité

(troisième génération), ainsi appelés en ce qu'ils consacrent plus les droits de l'humanité que ceux d'un individu (droit à la paix, à un environnement sain).

→L'évolution du degré de protection : droits de l'homme, libertés publiques et droits fondamentaux.

Lorsque les droits de l'Homme ont été déclarés en France en 1789, il s'agissait d'une déclaration politique de droits naturels, dénués de portée juridique. Ces libertés politiques vont devenir libertés publiques un siècle plus tard : quand les premiers sont de droit naturel, les seconds sont de droit positif. Le Parlement encadre dès lors leur protection contre d'éventuels excès de l'exécutif, en adoptant des grandes lois (ex de la liberté de la presse en 1881 ou la liberté d'association en 1901).

En 1958, le préambule de notre Constitution, en proclamant son attachement à la Déclaration des droits de l'Homme et au préambule de la Constitution de 1946 introduisait un changement du niveau de protection, en érigeant au rang de constitutionnel les droits et libertés ainsi protégés. Le changement de niveau de protection n'est pas sans conséquence : les libertés garanties s'imposent désormais également au législateur et les juges deviennent les gardiens de ce respect. Dans cette même période de l'après Seconde Guerre mondiale, en réaction aux barbaries commises, les Etats s'unissaient pour proclamer à un niveau international le respect des droits de l'Homme : la déclaration universelle des droits de l'homme, dont la valeur n'est que symbolique, est adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 ; la Convention européenne des droits de l'Homme, dont la valeur est bien juridique, l'est le 4 novembre 1950 ; la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne viendra se surajouter à l'ensemble en 2000. La matière des libertés publiques se voit de plus en plus dénommée « droits fondamentaux » pour souligner cette nouvelle valeur, supérieure à la loi, prise par les libertés individuelles protégées constitutionnellement et internationalement : aux libertés publiques qui protégeaient la liberté par la loi s'ajoutent les droits fondamentaux qui protègent les libertés contre la loi. Enfin à compter de la seconde moitié du XXe siècle, les droits fondamentaux vont révéler qu'ils ne jouent pas que dans un rapport vertical, d'individu à Etat mais qu'ils présentent aussi un effet horizontal, dans les relations entre individus.

→Droits fondamentaux et fondement du droit

Les droits fondamentaux sont non seulement une norme de valeur supérieure, notamment du fait des procédures spécifiques de leur révision, mais ils sont également liés au fondement de l'Etat de droit. Si à l'origine l'Etat de droit était perçu formellement, comme celui dont l'action s'exerce dans le respect de la hiérarchie des normes il va également devenir un Etat de droit substantiel, respectant les valeurs et principes portés par les droits fondamentaux.

→L'exemple du concept de dignité.

LA dignité apparaît aujourd'hui comme le principe juridique premier, si l'on en croit la place qu'elle occupe dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice le 7 décembre 2000. Pourtant la dignité de la personne humaine n'est apparue que récemment en tant que concept de droit positif. Le terme ne figurait pas dans les déclarations adoptées par les Etats Unis et la France à la fin du XVIIIe siècle, lesquels se fondaient plus sur les notions de liberté et d'égalité que sur celle de dignité. La dignité imprégnait certes depuis longtemps les droits occidentaux, mais la conscience et surtout le besoin de l'exprimer

n'apparut qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. La loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 Mai 1949 inscrivit ainsi, dès le premier alinéa de son article 1^{er} : « la dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger ». Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, la plupart des grandes déclarations internationales affirmèrent l'impératif de dignité de la personne humaine (la première fut la Déclaration de Philadelphie du 10 mai 1944, suivie par la Déclaration des droits de l'homme de 1948, ou encore les Pactes internationaux de 1966).

Même après avoir ainsi été affirmé dans les déclarations internationales, le principe de dignité ne fut pas encore perçu comme autonome et opératoire, c'est à dire comme concept juridique susceptible d'être invoqué directement devant les tribunaux. Il était simplement un principe général inspirant plusieurs règles de droits. Le terme ne figure ainsi pas dans la CEDH. Ce n'est qu'à partir de deux arrêts rendus en 1995, à propos d'une affaire de viol entre époux, que la CEDH a reconnu que « la dignité, comme liberté, est de l'essence même de la Convention ». En France, c'est seulement en 1994 que le principe de dignité fut inscrit dans le Code civil (art 16) par l'une des lois dites « de bioéthique ». Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 27 juillet 1994 rendue à propos de ces lois, lui reconnut immédiatement une valeur constitutionnelle en énonçant que « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe de valeur constitutionnelle ».

Il peut sembler paradoxal que le principe de dignité soit fondamental et en même temps qu'il est mis tant de temps à apparaître sur la scène juridique. Mais pendant longtemps le principe de liberté a suffi à assurer la dignité de la personne humaine. Le concept de dignité n'est apparu sur le devant de la scène que lorsque les droits de l'homme traditionnels, centrés sur l'individu, sa liberté, sa vie privée et son autonomie, n'ont plus suffi. Pour faire face à la déshumanisation qui menace aujourd'hui, notamment par le développement des biotechnologies, la réponse n'est plus tant la liberté que la dignité.

La dignité est de nature radicalement différente des autres concepts juridiques, elle est souvent qualifiée de « droits de l'Homme de la troisième génération » (CF ci dessus). Elle est plutôt un principe qui marque le genre humain et il aurait sans doute été préférable qu'elle ne devienne pas un concept juridique tant elle au fondement du droit. La dignité doit ainsi être indérogable et insusceptible d'abus. Nul ne peut y renoncer ni pour autrui ni pour soi même. Dans l'affaire dite « du lancer de nain », qui fut une des premières à mobiliser le concept, le Conseil d'Etat considéra qu'un jeu organisé dans une discothèque consistant à faire lancer un nain par des spectateurs portait atteinte à la dignité de la personne humaine et pouvait donc être interdit par le maire. Le commissaire du gouvernement avait alors expliqué que « le respect de la dignité de la personne humaine, concept absolu, ne saurait s'accommoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet. De même que la soumission délibérée d'une victime à des actes de violence n'a nullement pour effet, selon la jurisprudence judiciaire, de retirer à ceux-ci le caractère pénalement répréhensible, le consentement du nain au traitement dégradant qu'il subit nous paraît donc ici juridiquement indifférent ».

Le concept de dignité est aujourd'hui galvaudé et déformé. Il est en particulier confondu avec le droit à l'honneur, qui est cette fois-ci un droit subjectif permettant de protéger la considération due à une personne particulière ou à une catégorie de

personnes. L'une des conséquences, et l'une des difficultés de la transformation du principe de dignité en concept juridique a en effet été celui de lui donner une définition. Elle varie d'un auteur à un autre et d'un pays à un autre alors qu'elle demanderait à être restrictive. La dignité ne requiert pas de définir ce qu'est un être humain mais de définir comment il faut traiter ou ne pas traiter les êtres humains. Concrètement, le principe de dignité exige pour reprendre la formule du Conseil constitutionnel français, de sauvegarder la personne humaine « contre toute forme d'asservissement et de dégradation », ce qui se décline en plusieurs impératifs. La dignité implique d'abord, que la personne ne soit jamais utilisée simplement comme un moyen, mais toujours en même temps comme une fin. La personne humaine doit être reconnue comme une personne juridique, dotée de volonté, et non pas instrumentalisée par autrui et ainsi avilie (interdiction de l'esclavage ou du travail forcé, ou encore des mères porteuses, de la prostitution, ou encore du lancer de nain). L'homme ne doit pas être non plus utilisé comme un réservoir de pièces détachées ou de matériaux biologiques (bioéthique). Le principe de dignité exige encore que soient assurés les besoins vitaux de la personne humaine. Il est en général perçu que le principe de dignité implique de ne pas réduire l'homme à son corps en le traitant comme un objet ni comme un pur esprit (cela concerne par exemple le droit des malades en fin de vie, les besoins spirituels, la pudeur, la torture mentale consistant à priver quelqu'un de sommeil, d'hygiène, de provoquer chez lui la peur le dégoût...)

Il est d'une certaine façon inquiétant qu'on n'ait jamais autant parlé de dignité (ou d'éthique) car c'est le signe que ce principe est tout à la fois contesté et bafoué. Le signe que d'une certaine façon, la dignité ne va plus de soi puisqu'elle ne va pas sans dire....

Après avoir tenté de trouver un fondement à l'autorité du droit de par son origine, voyons maintenant le rôle du droit en tant que régulateur, puisqu'au final c'est bien la vie en société qui impulse la création de droit, la régule, le droit est donc éminemment régulateur sociétal, on parle également de sa fonction anthropologique (étude de la société dans son ensemble).

C/ Le rôle du droit: Le service de la société.

Le droit participe à la régulation de la société de plusieurs façon : il fonde l'ordre social légitime (la loi établit ce qui est prescrit et proscrié en société), il est un rempart contre la violence privée interminable parce qu'il dispose d'un appareil de contrainte, et il réprime les violations de la loi soit en obligeant l'individu contrevenant à réparer (droit restituitif), soit en le condamnant à des peines de prison (droit répressif), en usant de la violence légitime. (voir colloque organisé par Justice et Partage le lundi 17 Novembre : La Justice restaurative (comme « restauration des liens sociaux », « réparation des torts subis »).

L'objet propre du droit est d'humaniser les autres techniques : il remplit une fonction d'interposition entre l'Homme et ses outils, dont l'usage est soumis à des interdits spécifiques qui varient avec les risques qu'ils font courir. Ainsi, lorsque les nouvelles technologies (par exemple le gaz et l'électricité) ont rendu possible le travail jour et nuit, le droit a dû venir limiter le temps de travail autorisé pour

reconstituer un espace-temps humainement vivable. De même en droit de la famille, les progrès de la génétique ont conduit progressivement à ce que Pierre Legendre a appelé une « conception bouchère de la filiation » et le droit de la filiation (la filiation ne serait plus qu'une question de gènes ?) a dû intervenir pour rétablir l'équilibre et en particulier l'équilibre psychique des individus menacée par une telle réduction de l'identité humaine. Ainsi le droit s'interpose entre l'Homme et ses représentations et l'aide à ne pas délirer et **canaliser sa violence**.

La fonction anthropologique du droit insiste ainsi sur **les enjeux d'humanisation portés par le droit : le droit permet d'instituer la raison et de freiner les ressorts violents de l'être humain**.

Le droit permet d'instituer une société vivable et il ne peut dès lors être une simple chambre d'enregistrement des évolutions sociales ou des avancées de la science en ignorant les montages qui assurent l'identité de la raison. Ce sont ces enjeux anthropologiques qui doivent guider la recherche toujours tâtonnante et modeste de la solution des cas difficiles que soulève l'évolution du monde moderne. La fonction anthropologique du droit ne prétend pas donner des solutions ou des réponses : elle est une façon de formuler les questions. L'opposition simpliste entre positivistes et jus naturalistes ne peut rendre compte de la complexité des enjeux. Reconnaître au droit une fonction anthropologique éloigne certes du positivisme au sens réducteur du terme où il est généralement perçu : le juriste se trouve investi d'un rôle de critique, et doit dénoncer l'instrumentalisation du droit qui conduit à le vider de son sa fonction anthropologique. Mais une telle position n'est pas jus naturaliste, au sens où ce terme est traditionnellement employé. Pour reconnaître au droit un rôle d'humanisation, il n'est nullement nécessaire d'admettre qu'il existe un ordre de règles (naturelles voire divines) qui s'imposent au droit : il s'agit simplement de prendre en compte les effets anthropologiques de la règle de droit, sur l'homme et la société dans laquelle il vit. Ces effets peuvent se discuter et d'ailleurs souvent évoluer dans le temps. Ce n'est pas d'avantage une question de morale : il ne s'agit nullement de déterminer ce qui est bien ou mal en soi, mais d'admettre comme enjeu pleinement juridique l'institution de l'humanité de l'être humain (renvoie au concept de dignité).

Pour aller plus loin :

Michel Villey, *Philosophie du droit ; Le droit et les droits de l'homme ; La formation de la pensée juridique moderne.*

II. Le rôle du droit : approche pragmatique, les fonctions de la peine

A- Les fonctions traditionnelles

La doctrine distingue 3 fonctions traditionnelles :

1. L'expiation et la rétribution

Ce qui exprime la dimension morale de la peine car beaucoup de fautes religieuses ont donné naissance à des infractions pénales. La peine est une souffrance qui est infligée en compensation au mal causé à la société. Le coupable doit payer sa dette à la société. Pour que cette équivalence s'opère, le coupable doit être conscient de sa faute. La notion d'expiation est indissociable de la notion de

faute et de culpabilité. C'est l'école néo classique et l'école classique qui a mis l'accent sur cette fonction rétributive.

La théorie du juste du qui est une théorie anglo-saxonne, est axée sur l'exigence de proportionnalité entre la gravité des infractions et des peines prononcées.

La peine doit comporter deux caractères : afflictive (elle doit faire souffrir l'individu dans sa liberté et son porte monnaie) et infamante (la peine doit exprimer toute la réprobation sociale, elle doit faire souffrir l'individu dans son honneur).

2. L'intimidation ou la dissuasion

Il faut distinguer deux dimensions :

a. La dissuasion générale ou collective

L'existence des lois pénales doit avoir un pouvoir inhibiteur de nature à empêcher le passage à l'acte. Ce but de dissuasion est la marque de l'école utilitariste. Des études empiriques ont été menées pour évaluer des dissuasions, 3 pistes :

- La sévérité de la peine : travaux d'un auteur Sellin qui a mené ces travaux fin des années 60 sur la peine de mort, ils ont montré qu'il n'existait aucune corrélation entre le nombre d'homicide dans un Etat et l'existence ou non de la peine de mort dans cet Etat.
- La certitude de la peine : idée de Beccaria. Etudes sur la corrélation entre la certitude de la peine et la dissuasion.

Il y a la certitude objective (= chances réelles de pouvoir sanctionner une personne c'est-à-dire risque ou probabilité d'être puni) et la certitude subjective (= croyance vraie ou fausse par les délinquants d'être arrêté).

- Concernant la certitude objective, des études ont montré qu'il existe une relation entre les deux phénomènes c'est-à-dire plus la certitude objective est importante et plus la criminalité y est faible. Donc, la certitude a un lien avec la dissuasion. Et normalement l'inverse est possible c'est-à-dire moins il y a de certitude objective et plus la criminalité est grande.
- Concernant la certitude subjective, l'estimation des risques est moins élevée chez les délinquants que chez les non délinquants. Moins la personne a le sentiment d'être puni et plus elle a tendance à passer à l'acte.

La célérité de la peine : le faible intervalle de temps entre la commission des infractions et la sanction.

b. La dissuasion spéciale ou individuelle

Elle vise à empêcher la commission de nouvelles infractions par la personne condamnée en particulier. Elle lutte contre la récidive.

L'idée est que la peine par la souffrance qu'elle inflige dissuade de commettre une nouvelle infraction.

Des études ont été menés et sont contradictoires : des études montrent que le taux de récidive à la sortie de prison est de 50% et plus un délinquant a subi de peines et plus il aura de chance de récidiver alors que d'autres montrent que la précocité de la peine dans la carrière du délinquant est de nature à le freiner.

Encore d'autres études laissent penser que la nature de la peine et en particulier son caractère éducatif montre que cela pourrait exercer une influence sur la diminution du nombre de récidives.

3. L'élimination ou la neutralisation

Fonction qui consiste à empêcher le délinquant de commettre de nouvelles infractions et donc de nuire à la société. Il faut donc « l'éliminer » de la société. La forme extrême de l'élimination est la peine de mort. On la retrouve aussi dans l'emprisonnement qu'elle soit temporaire ou à perpétuité, dans les interdictions professionnelles, d'exercer une fonction en lien avec les enfants... On met la personne de côté.

Cette fonction d'élimination est liée à la dangerosité de la personne (école du positivisme).

B- Les fonctions modernes de la peine

La resocialisation et réhabilitation sont dues à Marc Ancel. Il s'agit par cette réinsertion, socialement réinséré, le délinquant ne commette plus d'infraction. Elle lutte contre la récidive.

À la base de cette fonction, il y a 3 postulats :

- Le respect de la loi est le résultat de la socialisation de l'individu.
- A contrario, la commission d'une infraction constitue le reflet d'une socialisation insuffisante.
- Cette insuffisance qui a expliqué le passage à l'acte peut être comblé par une action de réadaptation sociale. Si on fournit à l'individu les moyens de se resocialiser est le meilleur moyen de l'empêcher de commettre une infraction.

Le développement de cette fonction moderne est dû à un contexte favorable, il y a des évolutions dans la société (facteur idéologique) notamment le développement de l'humanisme qui est né des Lumières (l'homme doit être au centre). Le développement se fait notamment après la 2^{nde} GM notamment avec les droits de l'Homme.

Le facteur politique : nouvelle fonction que prend l'Etat notamment avec l'Etat providence qui se préoccupe du bien être des citoyens et qui fournit aux citoyens le moyen d'arriver à ce bien être.

Le facteur technique est dû au développement de la criminologie notamment de la criminologie clinique qui lutte contre le passage à l'acte. La criminologie clinique donne traitement pour soigne les délinquants.

Aujourd'hui, cette fonction de resocialisation ou socialisation repose fondamentalement sur l'individualisation de la peine (article 707 du CPC). En théorie, il n'est plus question d'imposer à une personne une simple peine privative sans aucun accompagnement ni pendant ni après cette privation de liberté. Cette individualisation ne peut se faire que s'il existe des fonds et des alternatives à la peine de prison. C'est la défense sociale qui s'est donc trouvé à l'origine du développement de tout un tas de mesures qui seront souvent prévues à titre de peines complémentaires (ex : l'injonction de soins).

Thème II : Les sources du droit

Le droit est constitué de l'ensemble des règles qui s'appliquent en un lieu donné (sur un territoire défini) à une époque donnée. Le lieu peut être un Etat ou un regroupement d'Etats (Union européenne, ONU), une subdivision administrative d'un Etat (région, département, commune). En raison des mutations de la société, le droit est amené à évoluer. Certaines règles deviennent caduques et il faut répondre aux besoins de la société en faisant évoluer les règles juridiques et en en créant de nouvelles.

Le droit français est un système de droit écrit: inspiré du droit romain, il est caractérisé par la codification systématique des acquis juridiques et est constitué en système fondé sur la référence systématique à l'écrit. D'où le rôle primordial de la loi. Cependant, il utilise également des sources dérivées (ou indirecte). Il s'oppose en cela au droit anglo-saxon dans lequel la codification ne se pratique pas de façon systématique. En effet, le droit anglo-saxon s'appuie essentiellement sur la jurisprudence et la loi y constitue un cadre (Common Law).

I. Les sources institués.

Les sources instituées sont celles qui sont institutionnellement posées dans un Etat de droit. Elles ont ainsi la légitimité de créer du droit et c'est vers elles qu'il faut se tourner en premier lieu pour avoir la réponse à une question juridique. Toutes ces sources découlent de la source suprême, au sommet de la hiérarchie des normes : la Constitution.

Empruntant cette image à Kelsen, les juristes ordonnent traditionnellement les sources du droit en une pyramide des normes. Le juriste autrichien expliquait ainsi qu'une norme n'est valable que par ce qu'elle est conforme à une norme qui lui est supérieure, et l'ensemble des règles juridiques a alors l'aspect d'une pyramide.

Aujourd'hui, l'image demeure valable, même si plusieurs éléments viennent complexifier le tableau. En particulier l'importance croissante des sources européennes vient contester la suprématie des normes internes et brouiller la hiérarchie classique.

A/ La Constitution.

La constitution actuellement en vigueur en France est la Constitution de la Ve République qui date du 4 octobre 1958. Elle a été modifiée substantiellement par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

1/ Le bloc de constitutionnalité.

Les articles 1 à 89 forment ce que l'on appelle le corps de la Constitution. Leur objet est de poser les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs institués (Président, Parlement, Conseil constitutionnel...). La Constitution de la Ve République est introduite par un préambule qui renvoie à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, au préambule de la Constitution de 1946

et également à la Charte de l'environnement de 2004. Quant au préambule de la Constitution de 1946, il renvoie à son tour à la Déclaration des Droits de 1789, réaffirme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et enfin proclame comme particulièrement nécessaires à notre temps certains principes politiques, économiques et sociaux tels que l'égalité entre hommes et femmes, le droit d'asile, le devoir de travailler et droit d'obtenir un emploi, la liberté syndicale, le droit de grève, ou encore le droit à l'instruction.

Dans une importante décision du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel a intégré dans le bloc de constitutionnalité le préambule de la Constitution de 1958. Il a ainsi reconnu une valeur constitutionnelle à tous les principes visés par le préambule, et donc aux droits et libertés consacrés par la Déclaration des droits de 1789, aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (liberté des associations, loi de 1901) et enfin aux principes particulièrement nécessaires à notre temps du préambule de la Constitution de 1946.

B/ Les traités et accords internationaux

Un accord ou un traité régulièrement ratifié par la France peut être d'applicabilité directe lorsqu'il contient des droits ou des obligations pour les particuliers : il peut alors être invoqué par les justiciables devant les tribunaux qui doivent en faire application.

En revanche les traités qui ne créent des obligations qu'à charge des états signataires ne peuvent être invoqués par des requérants devant les tribunaux. Seul l'Etat est alors obligé par le traité, c'est à dire qu'il doit en respecter les objectifs et les dispositions et doit le cas échéant procéder à une modification du droit interne pour mettre celui-ci en conformité avec les obligations souscrites au niveau international.

Le traité précise parfois expressément qu'il est d'applicabilité directe . Dans l'hypothèse inverse, il appartient aux juridictions d'apprécier si tel est le cas. C'est ainsi qu'après avoir dit le contraire dans un premier arrêt, la cour de cassation a ensuite jugé que certaines dispositions de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, ne faisaient créer que des obligations entre états, et étaient d'application directe devant les juridictions françaises. (en particulier son article 3, 1 , lequel dispose que dans toutes les décisions concernant les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale).

L'article 55 de la Constitution dispose que si « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois », c'est « sous réserve, pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie ». Tout Etat signataire d'un traité ou d'un accord international peut refuser de l'appliquer si l'autre partie ne le respecte pas lui-même. La condition de réciprocité ne peut cependant pas être invoquée en matière de traité relatif aux droits de l'Homme et la violation de tels droits par l'un des pays signataires n'autorise donc pas les autres à faire autant (fort heureusement).

La place des traités et accords internationaux dans la hiérarchie des normes.

Selon l'article 55 de la Constitution, « **les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois** »

La place des traités par rapport à la Constitution

On peut d'abord déduire de cet article 55 que, dans le système des sources françaises, la Constitution se trouve placée au dessus des traités internationaux. En effet, c'est par ce texte que sont institués ces traités ainsi que leur supériorité par rapport aux lois internes : or un texte qui donne validité à un autre en peut être supérieur dans la pyramide des normes.

On tire parfois de l'article 54 de la Constitution qu'il en irait autrement ? Selon ce texte en effet, lorsqu'un engagement international comporte une clause contraire à la constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver cet engagement ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution. C'est donc elle qui devrait céder. Cependant la France peut toujours décider de ne pas modifier la Constitution et donc de ne pas ratifier, en assumant certes les conséquences au niveau international.

La place des traités par rapport à la loi et aux règlements.

L'article 55 précité affirme directement que les sources internationales sont au dessus des lois nationales dans la hiérarchie des normes. Le Parlement ne peut donc déroger à un traité ou accord international régulièrement ratifié ou approuvé.

En cas de contradiction entre les deux normes, le traité international doit alors prévaloir sur la loi interne. Lorsque la loi est antérieure au traité, on considère d'ailleurs qu'elle a été implicitement abrogée dans le champ régi par le traité. Les juridictions nationales ont cependant davantage hésité à écarter une loi nationale contraire intervenue postérieurement à un traité.

Le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour juger de la conformité des lois par rapport aux traités. Les juridictions judiciaires et administratives sont en revanche compétentes pour contrôler la conformité des lois par rapport aux traités internationaux et, le cas échéant, pour écarter une loi nationale qui lui serait contraire.

C/ Les sources européennes.

Il ne faut pas confondre le droit issu de l'Union européenne avec celui mis en place par le Conseil de l'Europe.

1/ Le droit de l'union européenne

L'union européenne trouve son origine dans la Communauté économique européenne (CEE) mis en place par le traité de Rome du 25 Mars 1957 entre six pays fondateurs : Belgique, France, Pays Bas, Italie Luxembourg, et République fédérale d'Allemagne. Plusieurs traités ont contribué à sa construction progressive : l'Acte unique européen signé à Luxembourg le 17 février 1986 ; le traité de Maastricht signé le 7 février 1992 qui crée l'Union européenne ; le traité d'Amsterdam signé le 2 octobre 1997 ; le traité de Nice signé le 26 février 2001 ; et en dernier lieu le traité Lisbonne, signé le 13 décembre 2007. Ce dernier prévoit le

remplacement de principe des mots « communauté » par « Union » et de l'adjectif communautaire par « de l'Union ».

Les normes de l'Union européenne

Aujourd'hui plus de la moitié de la législation française provient de l'Union européenne. Le chiffre varie selon les secteurs : en matière d'environnement par exemple il s'élève à près de 80%. Le domaine de compétence de l'UE s'élargit sans cesse, d'autant que les institutions de l'UE n'hésite pas à s'octroyer elles mêmes de nouvelles compétences, prenant prétexte de ce que les principes de libre concurrence prévus par l'UE seraient concernés (en matière de contrats ou de droit de grève).

Dans un arrêt Van Gend en Loos du 5 février 1963, la CJUE a jugé que le droit de l'UE avait un effet direct : les particuliers peuvent donc l'invoquer devant les juridictions nationales, dès lors que les dispositions concernées sont suffisamment claires et précises et qu'elles créent une obligation inconditionnelle (c'est à dire dont la mise en œuvre ne dépend pas de mesures complémentaires ou d'exécution adoptées pas les Etats ou les autorités de l'UE).

Les traités actuellement en vigueur sont le traité sur l'UE (TUE), qui est le traité constitutif de l'Union Européenne (anciennement traité de Maastricht), et le traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE). Le droit de l'UE comprend aussi aujourd'hui la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000.

Le droit dérivé.

Pour exercer les compétences de l'Union, les institutions adoptent différents types de normes : des règlements, des directives, des décisions, des recommandations et des avis. Le Conseil constitutionnel a jugé que les actes de droit dérivé avaient les mêmes effets que le traité au regard de l'article 55 de la Constitution.

A noter que la question de la place du droit de l'UE dans la hiérarchie des normes a fait l'objet d'une jurisprudence abondante tant au niveau national (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et Cour de Cassation) qu'européen (Cour de Justice de l'Union Européenne). Sans rentrer dans les détails techniques et subtils de la question la CJUE affirme que la norme communautaire l'emporte sur la norme nationale quelle que soit sa place dans la hiérarchie alors que les juridictions françaises affirment la suprématie de la Constitution et notamment l'affirmation d'un « noyau dur » de la Constitution...

(((Lorsqu'une loi qui a pour objet de transposer une directive est déférée devant le Conseil constitutionnel avant sa promulgation, il se reconnaît le pouvoir, par application de l'article 88-1 de la Constitution, de vérifier qu'elle n'est pas manifestement incompatible avec cette directive (voir, pour la synthèse de cette jurisprudence, CC, n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne). Lorsque la loi n'a pas pour objet de transposer une directive, il ne contrôle pas du tout sa conformité au droit de l'Union européenne.

Lorsqu'une loi est contestée devant lui par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel ne contrôle pas le respect de l'exigence de transposition car celle-ci n'est pas au nombre des droits et libertés mentionnés à l'article 61-1 de la Constitution.

Que ce soit dans son contrôle préalable à la promulgation ou par la voie de la

question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel s'abstient de contrôler la constitutionnalité de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires d'une directive précise et inconditionnelle, sous réserve de la mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.)))))

2/ Le droit du Conseil de l'Europe.

Le Conseil de l'Europe a été créé à Londres le 5 Mai 1949 pour favoriser un espace démocratique et juridique commun en Europe. Le Conseil de l'Europe comprenait à l'origine dix membres et il en compte aujourd'hui 47 (dont plusieurs ne font donc pas parti de l'UE, comme la Turquie, la Russie...). Il a adopté plusieurs conventions autour des droits fondamentaux de l'individu. La plus célèbre et la plus effective restant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée en 1950 dans la mesure où ce droit est assorti d'une procédure de mise en œuvre et de sanctions par l'intermédiaire de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'appartenance au Conseil de l'Europe permet la ratification des conventions adoptées par cette institution mais ne la rend pas obligatoire. Ainsi, la France n'a ratifié la Convention qu'en mai 1974. (Cf juridictions)

D/ Les lois

Elle est constituée de l'ensemble des textes législatifs. On distingue plusieurs sortes de lois: lois constitutionnelles (qui modifient la constitution), lois organiques (qui précisent et appliquent des articles de la constitution), lois ordinaires adoptées à l'issue de la navette parlementaire).

L'article 34 de la Constitution fixe le champ de compétence de la loi: « la loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques 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 leur biens ;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux les successions et les 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 juridictions 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.... »

Elles s'imposent à l'ensemble des normes réglementaires. L'élaboration d'un décret doit ainsi toujours comporter un examen des champs de compétence respectifs de la loi et du règlement et, si l'on est dans le champ de compétence de la loi, un examen des normes législatives à respecter (voir fiche 1.3.2.). Si une loi qui empiète sur le domaine du règlement n'en est pas pour autant déclarée inconstitutionnelle (CC., décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982), un règlement qui empiète sur le domaine de la loi est nécessairement illégal. De même, le juge administratif se refusant à apprécier la constitutionnalité des lois, un règlement contraire à une loi, alors même que celle-ci serait intervenue dans un domaine réglementaire, est systématiquement déclaré illégal.

Les textes réglementaires d'application des lois doivent également se conformer aux éventuelles réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel lors de son examen de la conformité des lois à la Constitution.

E/ Les règlements

Au sens large, les règlements sont les sources émanant du pouvoir exécutif. Ils peuvent occuper des places diverses dans la hiérarchie des normes.

1/ Les ordonnances (art 38 Constitution)

Si, en principe, la loi émane du parlement et le règlement du gouvernement, les deux catégories peuvent parfois se trouver entremêlées. Ainsi, dans certaines périodes agitées ou autoritaires, le gouvernement peut être tenté de faire la loi.

L'article 38 de la Constitution prévoit, à titre exceptionnel, la possibilité d'une telle délégation du pouvoir législatif. Le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme demander au parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Ces ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat. Avant ratification, l'ordonnance, regardée comme un acte administratif, est soumise par le Conseil d'Etat au respect des normes constitutionnelles et internationales et des principes généraux du droit (CE, 4 novembre 1996 Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province, n° 177162) à moins que la loi d'habilitation ne permette de déroger à ceux-ci (CE, 29 octobre 2004, Sueur, n° 269814). Le Conseil d'Etat vérifie également que l'ordonnance a respecté les limites de l'habilitation. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si un projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. A l'expiration du délai prévu, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

Après ratification, l'ordonnance acquiert valeur législative et elle ne peut plus être contestée, comme une loi, que par la voie de l'exception d'« inconstitutionnalité », c'est-à-dire de contrariété à une norme internationale, ou au moyen d'une question prioritaire de constitutionnalité.

2/ Les règlements stricto sensu (art 37 de la Constitution)

L'article 37 de la Constitution prévoit que tout ce qui n'est pas du domaine de la loi, telle que limitativement énuméré par l'article 34, est du domaine du règlement. Le règlement est donc une catégorie ouverte. Si une loi intervient dans un domaine relevant du règlement, ses dispositions peuvent être modifiées par décret après que le Conseil constitutionnel aura déclaré qu'elles ont effectivement un caractère réglementaire.

On distingue d'abord en fonction de l'auteur de l'acte, et par ordre de valeur décroissant : les décrets du Président de la République délibérés en Conseil des Ministres, les décrets simples du Président ; les décrets du Premier ministre, les arrêtés ministériels, les arrêtés préfectoraux, les arrêtés municipaux.

La place du règlement dans la hiérarchie des normes dépend surtout du domaine dans lequel celui-ci est intervenu. On distingue les règlements autonomes des règlements d'application.

Les règlements autonomes sont ceux qui sont adoptés dans les domaines qui ne relèvent pas de la loi mais du pouvoir réglementaire (article 37 de la Constitution). Ces règlements autonomes sont alors placés au même niveau que la loi dans la pyramide des normes puisqu'une loi ne peut les modifier.

Les règlements d'application sont ceux qui peuvent compléter et préciser la loi dans les domaines, définis par l'article 34, où celle-ci ne fait que déterminer les principes fondamentaux. Ce sont par exemple des décrets d'application.

D'autres documents administratifs sont en principe dépourvus de valeur réglementaire, mais peuvent avoir des conséquences normatives, au moins dans l'ordre interne de l'administration, en tant qu'elles proposent une interprétation d'autres textes. Il en est par exemples ainsi des circulaires, des instructions ou encore des réponses ministérielles. Les juridictions administratives peuvent même parfois décider que leur valeur normative est plus étendue et partant, les contrôler voire les annuler.

Les règlements, qu'ils soient autonomes ou d'application sont soumis au principe de légalité, ils doivent être conforme à la loi et aussi aux principes supra législatifs (Constitution et sources internationales directement applicables).

Les règlements peuvent d'abord être contestés devant les juridictions administratives par recours pour excès de pouvoir. En cas de succès de ce recours, l'acte est annulé. Les juridictions répressives peuvent également avoir à juger de la régularité d'un règlement par exception d'illégalité : elles peuvent alors refuser de prononcer une peine qui serait fondée sur un règlement illégal.

3/ Les sources émanant des autorités administratives indépendantes.

II. Les sources pratiques (dérivées ou indirectes)

Certaines sources ne sont pas instituées par la Constitution, mais elles ont néanmoins une force normative reconnue par le système juridique.

A/ La Jurisprudence.

La jurisprudence est constituée de l'ensemble des décisions prises par les juridictions françaises qui font autorité sur un point de droit donné, elle vise alors les principes juridiques ainsi dégagés et dont on dit précisément qu'ils font jurisprudence. Compte tenu de la hiérarchie judiciaire, la jurisprudence émane principalement des juridictions suprêmes de chaque ordre (Cour de cassation et Conseil d'Etat) dont les décisions font autorité sur les juges du fond. On peut cependant parfois parler de la jurisprudence d'une juridiction du fond lorsque celle-ci a donné une interprétation d'un point de droit discuté.

Dans la théorie de la séparation des pouvoirs, le pouvoir législatif est chargé d'édicter la loi, tandis que le pouvoir exécutif est chargé de l'appliquer sous le contrôle du pouvoir judiciaire. Dans la Constitution de 1958, la répartition n'est plus aussi nette, et le pouvoir judiciaire est devenu une simple autorité.

Le rôle du juge est d'appliquer la loi, générale et abstraite aux cas particuliers qui lui sont soumis. L'interprétation de la loi laisse place de fait, à un pouvoir créateur de droit.

Si théoriquement la jurisprudence n'est pas instituée par la Constitution comme source du droit, elle l'est assurément devenue de fait et le système juridique lui reconnaît aujourd'hui cette valeur.

1/ Les marges de l'interprétation de la loi.

Le Code civil prévoit que « qu'il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Officiellement donc, les juges se voient dénier la possibilité d'énoncer des principes généraux applicables au delà des litiges qu'ils ont à trancher, et donc de créer du droit.

Mais la loi n'ayant pas prévu tous les cas, le juge se voit souvent confronté à des cas particuliers où il peut hésiter sur la solution résultant de la loi applicable. Le juge doit alors trancher en faveur de l'une ou l'autre interprétation, et donc compléter la loi en « affinant » la règle.

En effet, le juge est obligé de trancher même si la loi n'est pas claire, et même d'ailleurs s'il n'y a pas de loi applicable au litige. L'article 4 du Code civil interdit et punit en effet le déni de justice « le juge, qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

La loi n'est pas la seule règle juridique, et « le vide législatif » n'implique pas pour autant un « vide juridique ». Le droit contient en effet, comme nous venons de le voir, de multiples règles générales ou principes généraux qui peuvent toujours être mobilisés dans un litige : ainsi, avant que la pratique des mères porteuses ne soit interdite par le législateur en 1994, la Cour de cassation, saisie d'une telle affaire en 1991, avait déclaré la pratique illégale (en se fondant sur l'interdiction de l'article 6 du Code civil, de conclure des contrats contraires à l'ordre public).

La jurisprudence est ainsi source de règles générales. Les juges de la haute

juridiction rendent des arrêts dits « de principe », qui contiennent un « chapeau », où ils énoncent une règle abstraite et donc généralisable.

La jurisprudence est donc source de droit. Les décisions judiciaires sont obligatoires pour les justiciables comme toute règle de droit. Certes il y a un principe d'autorité relative de la chose jugée (la chose jugée n'a d'autorité qu'entre les parties concernées par la décision rendue), néanmoins une jurisprudence constante s'applique à tous les autres justiciables, pouvant espérer un revirement comme ils pourraient espérer une modification législative.

2/ Les limites de l'interprétation de la loi.

→ Dans la formulation des règles jurisprudentielles : les juges ne peuvent faire de distinction où la loi n'en fait pas.

→ A l'application jurisprudentielle des règles dans le temps (notamment problème de sécurité juridique quand revirements).

→ Les limites tenant à la répartition des pouvoirs entre e législateurs et les juges

Si le juge dispose incontestablement d'une marge d'interprétation créatrice de droit, c'est toujours sous le contrôle du gouvernement ou du législateur qui, face à une jurisprudence qu'ils désapprouvent peuvent faire voter une loi qui imposera aux juges une modification de leur jurisprudence.

On peut ici mentionner l'arrêt Perruche sur la responsabilité médicale en cas d'erreur de diagnostic sur un enfant handicapé à naître, dans lequel la Cour de cassation avait accordé réparation à l'enfant. Le législateur avait par une loi « anti-Perruche », cassé la jurisprudence.

Le Conseil constitutionnel a indiqué son intention d'être plus vigilant vis-à-vis du législateur qui ne doit pas, en adoptant des dispositions volontairement trop floues, se décharger de son rôle sur les juridictions obligées de se livrer à une interprétation. Ainsi, dans sa décision du 21 avril 2005, le Conseil constitutionnel énonce que sont non conformes à la Constitution « les disposition de portée normative incertaine », « il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et en particulier, son article 34, qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposant d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir d-les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire ». Dès lors le législateur doit assumer son rôle « sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

3/ Le rôle du juge.

Il est , selon la formule de Diderot « beaucoup plus important d'avoir de bons juges que de bonnes lois ». Mais qu'est ce qu'un bon juge ? Formulée par Aristote, la vertu de prudence est fondamentale. Elle implique une aptitude à bien délibérer. Pour ce faire, le juge dans sa fonction de juger un litige doit développer des vertus de distance, proximité, d'intégrité et de mesure. Plus concrètement il est demandé aux juges indépendance, impartialité, honnêteté et rigueur, probité et honneur, dans sa

vie professionnelle comme personnelle, discrétion et responsabilité.

L'institution même d'un juge entend permettre de soumettre un différent entre deux parties à un tiers, neutre à leur égard et celle de l'affaire. Ce qui crée la justice et la distingue de la vengeance, c'est cette distance « entre l'offenseur et sa victime, entre crime et châtement. Un tiers comme garant de la juste distance entre deux actions et deux agents ». Pour garder cette juste distance, le juge doit être indifférent, pour prendre sa décision à la qualité des parties, à ses relations personnelles avec elles, à ses intérêts dans le litige, à ses préjugés sur l'affaire, notamment s'il en a déjà eu connaissance dans une autre fonction. Si cette impartialité n'est pas assurée, il peut se déporter de lui-même ou être récusé par une partie.

Aussi, pour apaiser, dans la mesure du possible, les conflits qui lui sont soumis, le juge doit être perçu comme légitime. Il détient une première légitimité de sa nécessité même dans toute société. Mais elle dérive également de l'institution : la justice est parfois rendue directement par le peuple lui-même, qui siège en jury (Common law), mais cette pratique est limitée en France aux affaires pénales les plus graves. Les autres litiges sont tranchés par un ou plusieurs juges. La légitimité du juge peut tenir à son élection, comme c'est le cas aux Etats Unis, ou à sa nomination en France, garantie par sa compétence et où la sélection se fait par concours et une organisation hiérarchisée de la justice.

En Common law, la personnalisation du juge est très forte : la décision est rendue par une personne, individualisée, connue sous son nom pour ses idées, parfois élue sous une étiquette politique. En droit français en revanche, la personnalité des juges est la plus effacée possible : leurs opinions individuelles sont diluées derrière la collégialité et demeureront dans le secret du délibéré. La décision de justice n'est pas rendue par des hommes incarnés mais l'institution dans laquelle ils siègent.

4/ Le dialogue des juges

Aujourd'hui, la jurisprudence n'est pas seulement celle des juridictions nationales mais comme nous l'avons vu, c'est également la jurisprudence européenne. Cette organisation donne lieu à des échanges entre les juges des différentes juridictions. Au delà de l'aspect informel d'un dialogue (colloques), le droit processuel impose un dialogue entre les juges, notamment au travers de la question préjudicielle (juridictions nationales et CJUE), ou encore récemment avec la Question prioritaire de constitutionnalité (dialogue entre juridictions nationales : juges constitutionnels, administratif et judiciaire). Le dialogue se fait également par arguments interposés lors du rendu des décisions de justice, c'est par exemple le cas du dialogue fécond entre CEDH et juridictions nationales (quoi qu'il subsiste des oppositions).

C'est un véritable phénomène qui a donné lieu à un nouveau concept, énoncé à l'occasion de ses conclusions dans l'arrêt Conh-Bendit par M Genevois « pas de guerre des juges ni de gouvernement des juges mais dialogue des juges ».

B/ La doctrine

C'est un ensemble d'analyses et d'études de concepts juridiques, de cas concrets ou de faits de société qui peuvent aider le magistrat dans sa prise de

décision.

C/ La coutume

Il s'agit d'un ensemble d'habitudes et de réactions à des situations pratiques nées en dehors de la justice mais faisant l'objet d'un large consensus au sein des autorités judiciaires qui les ont avalisées et éventuellement généralisées au fil du temps.

Jurisprudence, doctrine et coutume peuvent être à l'origine d'un acte législatif qui entérine et formalise une pratique, lui donnant par là force de loi.

Pour aller plus loin et alimenter le débat sur la mondialisation et le droit (Brioude)
Mireille Delmas Marty

Regards croisés sur l'internationalisation du droit : France-Etats-Unis ; réseau, avec Stephen Breyer (Juge à la cour suprême) Société de législation comparée, novembre 2009

Les forces imaginantes du droit. IV, Vers une communauté de valeurs, Le Seuil, février 2011

Résister, responsabiliser, anticiper ou comment humaniser la mondialisation, Le Seuil, 2012

Thème III : Panorama des juridictions françaises et européennes

l) Les juridictions de l'ordre judiciaire.

A) Tribunal de grande Instance (pour la répartition entre TGI, TI et juge de proximité, voir le tableau après les juridictions de l'ordre judiciaire).

Compétence : une large compétence en matière civile.

Ce tribunal tranche :

. les litiges civils opposant des personnes privées (physiques ou morales) qui ne sont pas spécialement attribués par la loi à une autre juridiction civile (tribunal d'instance, conseil de prud'hommes...)

. ainsi que les litiges civils qui concernent des demandes supérieures à 10 000 euros.

Il partage sa compétence civile avec le tribunal d'instance.

Il **a une compétence exclusive pour de nombreuses affaires** quel que soit le montant de la demande :

- état des personnes : état civil, filiation, changement de nom, nationalité (revendication, contestation)...
- famille : régimes matrimoniaux, divorce, autorité parentale, adoption, pension alimentaire, succession...
- droit immobilier : propriété immobilière, saisie immobilière ;
- brevets d'invention et droit des marques...

Un tribunal statuant en formation « collégiale » ou à juge unique.

En principe, le tribunal de grande instance statue en formation « **collégiale** », composé de trois magistrats du siège, juges professionnels, assistés d'un greffier.

Pour certaines affaires, le tribunal de grande instance statue à **juge unique** :

. le juge aux affaires familiales en matière de conflits familiaux (divorce, autorité parentale, obligation alimentaire...);

. le juge de la mise en état : il veille au bon déroulement de la procédure et fait en sorte que les affaires soient en état d'être jugées dans un délai raisonnable ;

. le juge de l'exécution : il tranche les difficultés nées de l'exécution des décisions de justice ;

. le juge des enfants : il intervient pour protéger les mineurs en danger et les jeunes majeurs.

Composition.

Chaque tribunal de grande instance comprend des magistrats professionnels, président, vice-présidents et juges, ainsi que des greffiers en chef, greffiers, collaborateurs des magistrats et des personnels de greffe. Suivant son importance, un tribunal de grande instance peut comprendre plusieurs « chambres » (Marseille : 11 chambres ; Lyon : 10 chambres ; Paris 31 chambres).

Le président a un rôle majeur en ce qui concerne l'organisation et l'administration interne de la juridiction. Il a également des compétences juridictionnelles propres dans le cadre de procédures rapides, **comme la procédure dite de référé**, ou dans le cadre de certaines matières, comme la fonction de juge de l'exécution, qu'il peut cependant déléguer.

Auprès de chaque tribunal de grande instance, le Ministère Public intervient dans les procédures civiles, obligatoirement dans certains cas, facultativement dans d'autres, pour demander l'application de la loi et veiller au respect des intérêts généraux de la société.

Il est représenté par le procureur de la République et ses substituts, qui forment le Parquet du tribunal de grande instance.

B) Le tribunal d'instance.

Compétence : Une compétence générale pour les litiges civils de moindre importance.

Proche et accessible, le tribunal d'instance traite la plupart des « petits » litiges civils de la vie quotidienne. Ce tribunal juge toutes les affaires civiles pour lesquelles **la demande porte sur des sommes inférieures ou égales à 10 000 euros** : litiges liés aux accidents de la circulation, conflits relatifs au paiement des charges de propriété, dettes impayées, livraisons non conformes, travaux mal exécutés, demandes de dommages et intérêts ou de remboursement d'un produit ou d'un service...

Une **compétence exclusive pour certains litiges**.

Il statue sur toute une série d'affaires, quel que soit le montant de la demande.

Par exemple :

- les litiges entre propriétaires et locataires relatifs au logement d'habitation : paiement des loyers, résiliation du bail...
- les actions dites « possessoires » visant à faire respecter la possession ou la détention d'un bien comme le respect d'une servitude de passage ;
- les contestations en matière de funérailles ou relatives aux frais de scolarité ou d'internat ;
- les litiges relatifs à l'élagage des arbres et des haies et les actions en bornage pour fixer les limites de deux propriétés ;
- les contestations en matière d'élections politiques (établissement des listes électorales) et d'élections professionnelles au sein des entreprises...

Il traite également les litiges relatifs aux crédits à la consommation d'un montant inférieur ou égal à 21 346,86 euros (ex : crédit pour l'acquisition d'une voiture ou d'une cuisine équipée).

Le tribunal d'instance, juge des tutelles.

A ce titre, il statue sur les demandes d'ouverture d'un régime de protection :

- . des mineurs (gestion et administration des biens d'un mineur, représentation du mineur pour un acte de la vie civile) ;
- . de certains majeurs, qui ont besoin d'être assistés ou représentés pour accomplir des actes de la vie courante ;
- . et les demandes d'émancipation des mineurs âgés de plus de 16 ans.

En matière de nationalité française.

Certains tribunaux d'instance sont compétents pour recevoir les déclarations d'acquisition de la nationalité française, enregistrer les demandes, vérifier que les conditions légales sont réunies, et délivrer les certificats de nationalité française.

Composition : Un tribunal statuant à juge unique.

Le tribunal d'instance comprend un ou plusieurs juges professionnels. **Les affaires sont toujours jugées par un seul juge d'instance** qui préside les audiences et prend seul sa décision, assisté d'un greffier.

Le ministère public n'est pas nécessairement présent aux audiences, mais il y exerce ses attributions civiles : requérir l'application de la loi et veiller aux intérêts généraux de la société.

Exemple : J'estime mon litige entre 9 500 et 10 500€. Quelle juridiction dois-je saisir ?

Réponse : L'intérêt est de minorer son litige, c'est-à-dire de l'estimer à la baisse. En effet si je saisi le Tribunal d'instance je n'aurai pas nécessairement besoin d'un avocat, ce qui limite les frais.

C) Conseil des prud'hommes.

Institués en 1806, les conseils de prud'hommes ont été généralisés en 1979. Il en existe 210 (chiffres de la justice en 2013).

Compétence : le règlement des litiges entre salariés et employeurs.

Conflits liés aux congés payés, salaires, primes, licenciement individuel, non respect d'une clause de non-concurrence...

Le conseil de prud'hommes règle les litiges individuels qui surviennent entre salariés ou apprentis et employeurs, à l'occasion du contrat de travail ou d'apprentissage (à l'exception des litiges collectifs, comme l'exercice du droit de grève).

Par exemple : les litiges concernant le paiement des salaires et des primes ou l'indemnité de départ d'un salarié, les litiges relatifs aux congés payés, les licenciements individuels, le non respect d'une clause de non concurrence ou de la durée légale du préavis de départ par le salarié.

Lorsqu'il est saisi d'une affaire, le conseil de prud'hommes tente obligatoirement de concilier les adversaires. En cas d'échec de la conciliation, il rend un jugement.

Le conseil des prud'hommes statue :

- . tantôt en « premier et dernier ressort » sans possibilité d'appel pour les demandes inférieures à 4 000 euros ;
- . tantôt en premier ressort, à charge d'appel (pour les demandes supérieures à 4 000 euros). L'affaire est alors examinée par la chambre sociale de la cour de la cour d'appel.

Composition : Un tribunal composé de juges élus.

Ce tribunal est composé de juges non professionnels élus, les « conseillers prud'homaux », représentant, en nombre égal et pour moitié, les employeurs et les salariés. Les conseillers employeurs et salariés se prononcent sur une affaire à égalité de voix. Cependant, en cas de partage de voix, le conseil de prud'hommes se réunit à nouveau sous la présidence d'un magistrat du tribunal d'instance, **juge départiteur** : cette nouvelle audience permet de départager les conseillers.

Chaque conseil de prud'hommes est divisé en 5 sections spécialisées dans les principaux secteurs du monde du travail (encadrement, industrie, commerce et services commerciaux, agriculture, activités diverses).

Chacune de ces sections comprennent au moins un bureau de conciliation et un bureau de jugement.

Le conseil de prud'hommes comprend également un greffe, composé de greffiers et personnels de greffe.

D) Tribunal des affaires de sécurité sociale.

Compétence : le règlement des litiges relatifs à la sécurité sociale.

Ce tribunal tranche les litiges entre les assurés sociaux et les caisses de sécurité sociale, après un recours amiable exercé devant la commission de la sécurité sociale. Il est compétent en cas de contestation portant sur l'assujettissement, le calcul et le recouvrement des cotisations et des prestations sociales, le remboursement des frais médicaux...

Il statue, selon le cas, en premier ressort (à charge d'appel), ou en premier et dernier ressort (sans possibilité d'appel).

Composition : une composition spécifique.

Ce tribunal est composé de deux juges non professionnels représentant, l'un les salariés, l'autre les employeurs ou les travailleurs indépendants, sous la présidence d'un juge du tribunal de grande instance (le président du tribunal ou un juge qu'il délègue). Les juges non professionnels (les assesseurs) sont désignés par ordonnance du premier président de la cour d'appel, sur proposition des organisations syndicales les plus représentatives.

E) Tribunal de commerce

Il existe aujourd'hui 134 tribunaux de commerce.

Compétence : Le règlement des litiges entre commerçants.

Le tribunal de commerce tranche, de manière générale, les litiges entre commerçants ou entre commerçants et sociétés commerciales, et ceux qui portent sur les actes de commerce.

Par exemple :

- . les litiges entre entreprises, y compris en droit boursier et financier, en droit communautaire et en droit national en matière de commerce et de concurrence ;
- . les litiges relatifs aux actes de commerce entre toutes les personnes ;
- . les litiges relatifs à une lettre de change ;
- . les litiges opposant des particuliers à des commerçants ou à des sociétés commerciales dans l'exercice de leur commerce ;
- . les contestations entre les associés d'une société commerciale ;
- . les défaillances d'entreprises commerciales et artisanales : prévention, redressement, liquidation judiciaire.

Le greffe du tribunal de commerce assure des fonctions diverses et spécifiques : il conserve les actes et délivre les copies des décisions du tribunal permettant leur exécution, tient le Registre du Commerce et des Sociétés, assure la cote et le paraphe des livres des commerçants et sociétés commerciales...

Le tribunal de commerce statue en premier et dernier ressort (sans possibilité d'appel), ou en premier ressort à charge d'appel, selon l'importance du litige.

Composition : Un tribunal composé de juges élus.

Le tribunal de commerce est composé de juges non professionnels, des commerçants bénévoles, élus pour 2 ou 4 ans par d'autres commerçants.

Cette juridiction est composée d'un président, un vice-président et un nombre variable de président de chambre et de juges consulaires.

Le ministère public ou parquet représente les pouvoirs publics devant le tribunal de commerce. Il s'exprime obligatoirement en matière de défaillance d'entreprise (redressement ou liquidation judiciaire) et, dans les autres cas, chaque fois qu'il le souhaite.

La formation de jugement doit comporter au moins trois juges élus (dont éventuellement le président).

F) Tribunal paritaire de baux ruraux.

Compétence : Le règlement des litiges relatifs à une exploitation agricole.

Le tribunal paritaire des baux ruraux juge les litiges entre un propriétaire et l'exploitant de terres ou de bâtiments agricoles ; par exemple, un litige portant sur l'existence d'un bail rural ou sur le montant du loyer de fermage, la durée du louage d'une terre d'exploitation...

Selon l'importance du litige, il statue en premier ressort et dernier ressort (sans possibilité d'appel), ou en premier ressort à charge d'appel.

Composition : une composition à part.

Le tribunal paritaire des baux ruraux est composé du juge d'instance qui préside les audiences, et de quatre juges non professionnels élus : deux représentants des propriétaires (bailleurs) et deux représentants des exploitants (preneurs).

G) Cour d'assises.

La cour d'assises juge les personnes accusées de crime (meurtre, viol, vol à main armée...), de tentatives ou de complicités de crimes. C'est une juridiction non permanente. Elle se réunit généralement tous les 3 mois pendant une quinzaine de jours. Elle est aussi départementale et présente une originalité par sa composition et son fonctionnement.

Elle est composée de :

- . 3 juges professionnels :
 - un président (président de chambre, ou conseiller à la cour d'appel).
 - deux assesseurs (conseillers à la cour d'appel ou magistrats du tribunal de grande instance du département de la tenue des assises).
- . un jury :
 - 6 citoyens tirés au sort en première instance, 9 en appel.

Devant la cour d'assises, le ministère public est représenté par l'avocat général, magistrat membre du parquet.

Il défend les intérêts de la société et demande l'application de la loi. Il soutient l'accusation et propose une peine, ou bien requiert l'acquittement.

Le greffier assiste la cour, note le déroulement des débats, met en forme et authentifie la décision. Il est garant de la procédure.

La cour d'assises peut prononcer :

- des peines de réclusion criminelle, à perpétuité ou à temps, ferme ou avec sursis ;
- des peines d'amendes ;
- des peines complémentaires (ex : interdiction d'exercer une activité, obligation de se soigner...).

L'arrêt rendu par la cour d'assises doit être motivé. Cette motivation figure dans un document intitulé « feuille de motivation ». Elle est rédigée par le président ou l'un des magistrats assesseurs.

En cas de condamnation, cette feuille contient l'énoncé des principaux éléments à charge qui ont convaincu la cour d'assises. Ces éléments sont ceux qui ont été exposés au cours des délibérations.

Depuis le 1 janvier 2001, les condamnations rendues par une cour d'assises peuvent être contestées.

L'appel est porté devant une autre cour d'assise qui réexamine l'affaire. L'arrêt de la cour d'assises d'appel peut faire lui-même l'objet d'un pourvoi en cassation.

H) Tribunal correctionnel.

Compétence : Le tribunal correctionnel juge les délits (vol, escroquerie, abus de confiance, les coups et blessures graves...).

Il peut prononcer des peines :

- . d'emprisonnement jusqu'à 10 ans (20 ans en cas de récidive) ou d'alternatives à l'emprisonnement (travail d'intérêt général, stage de citoyenneté...);
- . d'amende (le montant minimum est 3 750€);
- . complémentaires, comme l'interdiction d'exercer une activité professionnelle...

Les décisions du tribunal correctionnel sont susceptibles d'appel, exercé devant la chambre correctionnelle de la cour d'appel.

Composition :

Le tribunal correctionnel, qui est en réalité une chambre du tribunal de grande instance, **statue normalement en collégialité** assisté d'un greffier : il est composé en principe de 3 magistrats professionnels du tribunal de grande instance, dont un préside le tribunal.

Cependant, certains délits énumérés dans le code de procédure pénale peuvent être jugés par le tribunal correctionnel statuant à juge unique.

En revanche, s'agissant de la comparution immédiate, le tribunal correctionnel statue toujours en collégialité, composé de trois juges.

Devant le tribunal correctionnel, le ministère public, représenté par le Procureur de la République ou un de ses substituts, est obligatoirement présent.

I) Tribunal de police.

Compétence :

Le tribunal de police juge les contraventions, c'est-à-dire les infractions pénales les moins graves (à l'exception des contraventions de 5^{ème} classe commises par un mineur), par exemple le tapage nocturne, la chasse sans permis, les coups et blessures légers...

Ces infractions sont passibles d'amende jusqu'à 1 500 euros (3 000 euros, en cas de récidive), et de peines privatives ou restrictives de droit (par exemple, la suspension du permis de conduire, l'interdiction de vote ou d'exercer une activité professionnelle...).

Le montant de l'amende en matière contraventionnelle s'évalue en 38€ et 3 750€.

Composition :

Le tribunal de police siège au tribunal d'instance et statue toujours à juge unique (en principe un juge du tribunal d'instance), assisté d'un greffier.

Devant le tribunal d'instance, le ministère public, chargé de requérir l'application de la loi et une peine, est représenté par le Procureur de la République ou l'un de ses substituts, pour les contraventions de 5^{ème} classe.

J) Cour d'appel.

Compétence : le réexamen des affaires déjà jugées une première fois.

La cour d'appel réexamine les affaires déjà jugées en premier degré (1^{er} ressort ou 1^{ère} instance) en matière civile, commerciale, sociale ou pénale.

Elle réexamine les décisions :

- . du tribunal d'instance (pour les affaires dont le montant de la demande de justice est supérieur à 4 000 euros où que la somme est déterminée) ;
- . du tribunal de grande instance ;
- . du tribunal de commerce ;
- . du conseil de prud'hommes (affaires d'un montant supérieur à 4 000 euros) ;
- . du tribunal paritaire des baux ruraux ;
- . du tribunal des affaires de la sécurité sociale ;
- . du tribunal de police s'agissant des contraventions de 5^{ème} classe ;
- . du tribunal correctionnel ;
- . du juge d'instruction (la cour d'appel se réunit alors en chambre de l'instruction).

Exception : les appels des décisions des cours d'assises sont jugés par une autre cour d'assises (loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, complétée par une loi du 4 mars 2002).

La cour d'appel exerce son contrôle en droit et en fait sur les jugements qui lui sont soumis. Elle peut soit confirmer la décision rendue par les premiers juges, soit l'infirmer (c'est-à-dire l'annuler, la réformer) en tout ou partie. Dans cette dernière hypothèse, elle tranche à nouveau le débat au fond.

Les arrêts rendus par les cours d'appel peuvent être frappés d'un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation.

Composition :

Une Cour d'appel est composée uniquement de magistrats professionnels : un premier président, des présidents de chambre et des conseillers. Chaque cour comprend des chambres spécialisées (en matière civile, sociale, commerciale et pénale) composées chacune de trois magistrats professionnels, un président de chambre et deux conseillers. Toutefois, pour les affaires qui doivent être portées en audience solennelle (par exemple, sur renvoi de la cour de cassation) ; les arrêts sont rendus par cinq magistrats. Le ministère public est représenté aux audiences de la cour d'appel par un magistrat professionnel, le procureur général ou l'un de ses avocats généraux ou substituts généraux.

II) Les juridictions administratives.

A) Tribunal administratif.

Compétence :

Le tribunal administratif est le juge de droit commun du contentieux administratif. Ce tribunal juge toutes les contestations dirigées contre les actes et décisions de l'administration, à l'exception des affaires attribuées spécialement par la loi à d'autres juridictions administratives, comme le Conseil d'Etat. Il examine notamment les recours contre les actes de l'Etat, d'un département, d'une commune (arrêté...),

les actions en responsabilité dirigées contre les services publics administratifs et les dommages causés par l'activité des services publics, les actions en matière de recouvrement des créances publiques, les contestations portant sur un contrat administratif (ex : marché de travaux publics)...

Le tribunal administratif est également le juge du contentieux des impôts directs, des élections municipales et cantonales, du contentieux de la fonction publique, de la police des étrangers...

Composition :

Chaque tribunal comprend 1 à 17 chambres et statue en principe en formation de 1 président et 2 conseillers, ou premiers conseillers.

B) Cour administrative d'appel

Compétence :

Instituée en 1987, la cour administrative d'appel examine les recours en appel dirigés contre les jugements administratifs, à l'exception de ceux portant sur les recours en appréciation de légalité, sur des litiges relatifs aux élections municipales et cantonales, et sur les recours pour excès de pouvoir formés contre les actes réglementaires.

Elle est également compétente pour les appels formés contre les jugements des commissions du contentieux de l'indemnisation des rapatriés.

Composition :

Chaque cour est présidée par un conseiller d'Etat et comprend 3 ou 4 chambres. La formation de jugement est composée, autour du président de chambre, de 4 conseillers (2 conseillers affectés à la chambre, un conseiller affecté à une autre chambre et un conseiller rapporteur).

C) Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat est conseiller du gouvernement. Il examine les projets de loi et d'ordonnance, avant que ceux-ci ne soient soumis au Conseil des ministres, ainsi que les projets de décret en Conseil d'Etat. Le conseil d'Etat émet un avis sur la régularité juridique des textes, sur leur forme et sur leur opportunité administrative. Il peut, par ailleurs, être consulté par le gouvernement sur toute question ou difficulté d'ordre juridique ou administratif. Il indique au gouvernement quels sont, parmi les projets de textes communautaires, ceux qui touchent à des questions législatives et doivent en conséquence être transmis au parlement. Le conseil d'Etat adresse chaque année au Président de la République un rapport public qui énonce notamment les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif, qu'il propose au gouvernement.

Le conseil d'Etat est l'échelon suprême de la juridiction administrative (comme la Cour de cassation, son homologue judiciaire, est la juridiction suprême de l'ordre judiciaire), qui juge les litiges entre les particuliers et l'administration. **Il est le juge de cassation des arrêts des cours administratives d'appel et des juridictions**

administratives spécialisées. Il juge en premier et dernier ressort les recours dirigés notamment contre les décrets, les actes des organismes collégiaux à compétence nationale ainsi que le contentieux des élections régionales et de l'élection des représentants français au parlement européen. Il est compétent en appel pour les contentieux des élections municipales et cantonales, des reconduites à la frontière.

* La place du Conseil d'Etat au sein des juridictions administratives.

Le conseil d'Etat est le juge suprême des juridictions administratives. Tous les litiges qui impliquent une personne publique (l'Etat, les régions, les départements, les communes, les établissements publics) ou une personne privée chargée d'un service public (comme les ordres professionnels, les fédérations sportives) relèvent (sauf si une loi en dispose autrement) de la compétence des juridictions administratives et donc, en dernier ressort, du conseil d'Etat. En tant que juge suprême des juridictions administratives, le conseil d'Etat assure l'unité de la jurisprudence sur le plan national. Par ailleurs, pour certains litiges, le conseil d'Etat est compétent comme juge d'appel, voire comme juge de premier et dernier ressort.

Les décisions rendues par le Conseil d'Etat statuant au contentieux sont souvent souveraines et ne sont donc susceptibles d'aucun recours (sauf certaines voies de recours exceptionnelles comme le recours en révision ou le recours en rectification d'erreur matérielle).

Le Conseil d'Etat a donc une triple compétence. Il est compétent :

- . en règle générale, comme juge de cassation pour juger des pourvois formés contre les arrêts rendus par les cours administratives d'appel (créées par loi du 31 décembre 1987) et contre les décisions juridictionnelles des juridictions administratives spécialisées ;

- . en tant que juge d'appel pour connaître des appels formés contre les jugements des tribunaux administratifs rendus en matière d'élection municipales et cantonales et en appréciation de légalité ;

- . en tant que juge de premier et dernier ressort, pour juger les requêtes formées notamment contre les décrets, les actes réglementaires des ministres, les décisions prises par des organismes collégiaux à compétence nationale (depuis le jury d'un concours national jusqu'au Conseil supérieur de l'audiovisuel), le contentieux des élections régionales ou européennes.

En outre depuis l'entrée en vigueur le 1 janvier 2001 de la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative aux référés devant les juridictions administratives, le Président de la section du contentieux ainsi que les conseillers d'Etat qu'il désigne à cet effet sont juges des référés. Les ordonnances des juges des référés statuant en urgence sont sans audience publique ou après audience publique selon le cas d'espèce.

* Le rôle consultatif du conseil d'Etat.

Comme son nom l'indique, le Conseil d'Etat est chargé de conseiller le gouvernement. Il faut distinguer les cas dans lesquels la consultation du Conseil d'Etat est obligatoire, de ceux dans lesquels le gouvernement peut faire appel au Conseil d'Etat mais n'y est pas tenu.

- . La consultation obligatoire du Conseil d'Etat.

En vertu de l'article 39 de la constitution, le conseil d'Etat est obligatoirement saisi de tous les projets de loi, avant leur adoption par le conseil des ministres et leur dépôt devant le Parlement.

En vertu de l'article 38 de la Constitution, il doit être saisi des projets d'ordonnance avant leur adoption par le Conseil des ministres.

Enfin, les décrets en Conseil d'Etat ne peuvent être pris ou modifiés qu'après la saisine du Conseil d'Etat.

Le gouvernement n'est pas tenu de suivre l'avis du Conseil d'Etat, mais il ne peut édicter que le texte adopté par le Conseil d'Etat ou le projet soumis à ce dernier par le gouvernement.

Depuis la révision de la Constitution en date du 25 juin 1992 (article 88-4), le conseil d'Etat est saisi de tous les projets d'actes communautaires qui sont adressés au gouvernement français par la Commission européenne afin qu'il indique si les dispositions envisagées relèveraient, si elles étaient prises par des autorités françaises, du domaine de la loi au sens de l'article 34 de la Constitution. Si tel est le cas, le projet d'acte est transmis au Parlement français pour avis.

. La consultation facultative du Conseil d'Etat.

Dans tous les autres cas, la consultation du Conseil d'Etat n'est pas obligatoire mais le gouvernement peut toujours soumettre un texte au Conseil d'Etat afin qu'il donne son avis.

Par ailleurs, le gouvernement peut soumettre au Conseil d'Etat une question qui pose un problème juridique particulier afin qu'il l'éclaire. Ce fut par exemple le cas en 1989 lorsque, pour la première fois, s'est posée la question de la compatibilité du port du foulard dit islamique avec le principe de laïcité de l'école publique. Ce fut également le cas en 1996 lorsque s'est posée la question de l'existence, pour certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière, d'un droit à régularisation.

Le tribunal des conflits.

Le tribunal des conflits est une juridiction paritaire qui veille au respect du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (loi des 16 et 24 août 1790).

Il a pour mission de résoudre les conflits de compétence entre les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif.

Le tribunal des conflits a été institué par la Constitution de 1848. Son organisation était réglée par la loi du 4 février 1850.

Supprimé au Second Empire, il renaîtra avec la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat.

- Composition et organisation du tribunal des conflits.

Le tribunal des conflits est une juridiction paritaire.

. Sa composition :

- Un président, de droit, en la personne du ministre de la Justice, Garde des Sceaux.
- Quatre membres du Conseil d'Etat (...)

- Quatre membres de la Cour de cassation (...)
- Un ministère public composé de deux maîtres des requêtes et de deux avocats généraux, tous appelés « commissaires du gouvernement ».

. Son organisation :

Les huit juges sont nommés pour trois ans renouvelables.

Si le Garde des Sceaux est Président du Tribunal des conflits, il est très rare qu'il préside effectivement les séances. Dans la pratique, c'est le vice-président qui assure la présidence. Le ministère de la Justice n'assure ses fonctions au sein du tribunal qu'en cas de partage égal des voix.

Le tribunal des conflits siège au Conseil d'Etat.

- Compétence du Tribunal des conflits.

En tant que tribunal spécial, le Tribunal des conflits a une compétence d'attribution stricte.

Quatre types de conflits relèvent de sa compétence :

- **Conflit positif** = lorsque l'Administration, en la personne du préfet de département ou de police de Paris, conteste la compétence d'un tribunal de l'ordre judiciaire pour juger d'une affaire dont ce dernier a été saisi.
- **Conflit négatif** = lorsqu'une juridiction administrative et une juridiction judiciaire se sont toutes deux déclarées successivement incompétentes pour juger d'une affaire ou, lorsque le deuxième ordre saisi éprouve des doutes sur sa compétence.
- **Conflit de décisions** = lorsque les deux ordres de juridiction, sans décliner leur compétence, ont rendu des décisions contraires qui conduisent à un déni de justice.
- **Conflit sur renvoi** : conflit sur renvoi en prévention d'un conflit négatif = lorsqu'un tribunal, administratif ou judiciaire, a jugé, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, qu'il n'était pas compétent, tout tribunal de l'autre ordre de juridiction saisi de la même affaire, qui estime que cette dernière relève du premier ordre saisi, doit surseoir à statuer.

conflit sur renvoi d'une juridiction statuant souverainement = lorsque le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation sont saisis d'un litige « qui présente, à juger, soit sur l'action introduite, soit sur une exception, une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires. » (article 34 décret 26 octobre 1849 modifié décret n°60-728).

Quelques grands arrêts du tribunal des conflits :

- *8 février 1873 Blanco* : le tribunal des conflits consacre, par cet arrêt, la responsabilité de l'Etat à raison des dommages causés par des services publics et donc la compétence de la juridiction administrative pour en connaître.
- *5 juillet 1951 Avranches et Desmarets* : Le tribunal des conflits reconnaît la compétence du juge judiciaire pour interpréter et apprécier la légalité des actes administratifs.
- *19 mars 2007* : le tribunal des conflits juge que la juridiction judiciaire est compétente pour apprécier la validité d'un contrat « nouvelles embauches » dit CNE et la compatibilité de ce dernier avec les conventions internationales.

III) L'Union Européenne.

A) La Cour de justice des communautés européennes devenue Cour de justice de l'Union européenne.

La Composition :

La cour de justice est composée de vingt-huit juges et de neuf avocats généraux. Les juges et les avocats généraux sont désignés d'un commun accord par les gouvernements des Etats membres, après consultation d'un comité chargé de donner un avis sur l'adéquation des candidats proposés à l'exercice des fonctions en cause. Leur mandat est de six ans renouvelable. Ils sont choisis parmi des juristes offrant toutes les garanties d'indépendance et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice dans leur pays respectif, des plus hautes fonctions juridictionnelles ou qui possèdent des compétences notoires.

Les juges de la cour désignent parmi eux le président et le vice-président pour une période renouvelable de trois ans. Le président dirige les travaux ainsi que les services de la cour et préside, pour les grandes formations de jugement, les audiences et les délibérations. Le vice-président assiste le président dans l'exercice de ses fonctions et le remplace en cas d'empêchement.

Les avocats généraux assistent la cour. Ils sont chargés de présenter, en toute impartialité et en toute indépendance, un avis juridique, dénommé « conclusions » dans les affaires dont ils sont saisis.

Le greffier est le secrétaire général de l'institution dont il dirige les services sous l'autorité du président de la cour.

La cour peut siéger en Assemblée plénière, en grande chambre (quinze juges) ou en chambre à cinq ou à trois juges. L'assemblée plénière est saisie dans des cas particuliers prévus par le statut de la cour (lorsqu'elle doit déclarer démissionnaire le Médiateur européen, prononcer la démission d'office d'un commissaire européen ayant manqué aux obligations qui lui incombent...) et lorsqu'elle estime qu'une affaire revêt une importance exceptionnelle.

Elle siège en grande chambre lorsqu'un Etat membre ou une institution qui est partie à l'instance le demande ainsi que pour les affaires particulièrement complexes ou importantes.

Les autres affaires sont examinées par des chambres à cinq ou à trois juges.

Les présidents des chambres à cinq juges sont élus pour trois ans et ceux des chambres à trois juges pour un an.

Les compétences.

Pour mener à bien sa tâche, la cour a été dotée de compétences juridictionnelles bien définies, qu'elle exerce dans le cadre de la procédure de renvoi préjudiciel et de diverses catégories de recours.

Les diverses formes de procédures :

. le renvoi préjudiciel : la cour de justice travaille en collaboration avec l'ensemble des juridictions des Etats membres, lesquelles sont les juges de droit

commun du droit de l'Union. Pour assurer une application effective et homogène de la législation de l'Union et éviter toute interprétation divergente, les juges nationaux peuvent, et parfois doivent, se tourner vers la cour de justice pour demander de préciser un point d'interprétation du droit de l'Union, afin de leur permettre, par exemple, de vérifier la conformité avec ce droit de leur législation nationale. La demande préjudicielle peut aussi viser le contrôle de la validité d'un acte du droit de l'Union.

La cour de justice répond non pas par un simple avis, mais par un arrêt ou une ordonnance motivée. La juridiction nationale destinataire est liée par l'interprétation donnée quand elle tranche le litige pendant devant elle. L'arrêt de la cour de justice lie de la même manière les autres juridictions nationales qui seraient saisis d'un problème identique.

C'est aussi dans le cadre des renvois préjudiciels que tout citoyen européen peut faire préciser les règles de l'Union qui le concernent. En effet, bien que ce renvoi ne puisse être formé que par une juridiction nationale, toutes les parties déjà présentes devant cette dernière juridiction, les Etats membres et les institutions de l'Union peuvent participer à la procédure engagée devant la cour de justice. C'est ainsi que plusieurs grands principes du droit de l'Union ont été fixés sur la base de questions préjudicielles, parfois posées par des juridictions nationales de première instance.

. le recours manquement : il permet à la cour de justice de contrôler le respect par les Etats membres des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union. La saisine de la cour de justice est précédée d'une procédure préalable engagée par la commission qui consiste à donner à l'Etat membre concerné l'occasion de répondre aux griefs dont il a fait l'objet. Si cette procédure n'amène pas l'Etat membre à mettre fin au manquement, un recours pour violation du droit communautaire peut être introduit auprès de la cour de justice.

Ce recours peut être engagé soit par la Commission, c'est, en pratique, le cas le plus fréquent, soit par un Etat membre. Si la cour de justice constate le manquement, l'Etat est tenu d'y mettre fin sans délai. Si, après une nouvelle saisine par la Commission, la cour de justice reconnaît que l'Etat membre concerné n'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire et/ou d'une astreinte.

Toutefois, en cas de non communication des mesures de transposition d'une directive à la Commission, sur proposition de cette dernière, une sanction pécuniaire peut être infligée par la Cour à l'Etat membre concerné dès le stade du premier arrêt en manquement.

. le recours en annulation : par ce recours, le requérant demande l'annulation d'un acte d'une institution (règlement, directive, décision). A la cour de justice sont réservés les recours formés par un Etat membre contre le Parlement européen et/ou contre le Conseil (sauf pour les actes de ce dernier en matière d'aides d'Etat, de dumping et de compétences d'exécution) ou introduits par une institution de l'Union contre une autre institution. Le Tribunal est compétent pour connaître, en première instance, de tous les autres recours de ce type et, notamment, des recours formés par les particuliers.

. le recours en carence : ce recours permet de contrôler la légalité de l'inaction des institutions communautaires. Il ne peut pas, cependant, être introduit avant que l'institution concernée n'ait été invitée à agir. Lorsque l'illégalité de l'omission est constatée, il appartient à l'institution visée de mettre fin à la carence par des mesures appropriées. La compétence pour le recours en carence est partagée entre la cour

de justice et le tribunal de première instance selon les mêmes critères que pour les recours en annulation.

. le pourvoi : La cour de justice peut être saisie de pourvois limités aux questions de droit contre les arrêts et ordonnances prononcées par le Tribunal de première instance. Si le pourvoi est recevable et fondé, la cour annule la décision du tribunal. Dans le cas où l'affaire est en état d'être jugée, la Cour peut trancher elle-même le litige. Dans le cas contraire, elle doit renvoyer l'affaire devant le tribunal, qui est lié par la décision rendue lors du pourvoi.

. le réexamen : les décisions du tribunal de première instance statuant sur des recours formés contre les décisions du tribunal de la fonction publique de l'Union européenne peuvent exceptionnellement faire l'objet d'un réexamen par la cour de justice dans les conditions prévues dans le protocole sur le statut de la CJUE.

* La cour de justice dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

Pour construire l'Europe, les Etats (aujourd'hui au nombre de 28) ont conclu entre eux des traités instituant des communautés européennes, puis une Union européenne, dotées d'institutions qui adoptent des règles de droit dans des domaines déterminés.

La cour de justice de l'Union européenne constitue l'institution juridictionnelle de l'Union et de la Communauté européenne de l'Energie atomique (CEEA). Elle est composée de trois juridictions : la cour de justice, le tribunal et le tribunal de la fonction publique, dont la mission essentielle consiste à examiner la légalité des actes de l'Union et à assurer une interprétation et une application uniformes du droit de celle-ci.

Au fil de sa jurisprudence, la cour de justice a dégagé l'obligation pour les administrations et les juges nationaux d'appliquer pleinement le droit de l'Union à l'intérieur de leur sphère de compétence et de protéger les droits conférés par celui-ci aux citoyens (application directe du droit de l'Union), en laissant inappliquée toute disposition contraire du droit national, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la norme de l'Union (primauté du droit de l'Union sur le droit national).

La cour a également reconnu le principe de la responsabilité des Etats membres pour la violation du droit de l'Union qui constitue, d'une part, un élément qui renforce de façon décisive la protection des droits conférés aux particuliers par les normes de l'Union et, d'autre part, un facteur susceptible de contribuer à une mise en œuvre plus diligente des normes de l'Union par les Etats membres. Les violations commises par ces derniers sont ainsi susceptibles de donner naissance à des obligations de réparation qui peuvent, dans certains cas, avoir de graves répercussions sur leurs finances publiques. En outre, tout manquement d'un Etat membre au droit de l'Union est susceptible d'être porté devant la cour et, en cas de non-exécution d'un arrêt constatant un tel manquement, celle-ci peut lui infliger une astreinte et/ou le paiement d'une somme forfaitaire.

La cour de justice œuvre également en collaboration avec le juge national, juge de droit commun du droit de l'Union. Tout juge national, appelé à trancher un litige concernant le droit de l'Union peut, et parfois doit, soumettre à la cour de justice des questions préjudicielles. La cour est alors amenée à faire connaître son interprétation d'une règle du droit de l'Union ou à en contrôler la légalité.

L'évolution de sa jurisprudence illustre la contribution de la cour à la création d'un espace juridique qui concerne les citoyens en protégeant les droits que la législation de l'Union leur confère dans différents aspects de leur vie quotidienne.

B) La cour européenne des droits de l'homme.

- La convention européenne des droits de l'homme de 1950.

La convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été élaborée au sein du Conseil de l'Europe. Ouverte à la signature à Rome le 4 novembre 1950, elle est entrée en vigueur en septembre 1953. Partant de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les auteurs de la convention entendaient poursuivre les objectifs du Conseil de l'Europe par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Avec la convention étaient prises les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle.

La convention consacrait d'une part une série de droits et libertés civils et politiques et mettait en place d'autre part un dispositif visant à garantir le respect par les Etats contractant des obligations assumées par eux. Trois institutions se partageaient la responsabilité de ce contrôle : la Commission européenne des droits de l'homme (mise en place en 1954), la cour européenne des droits de l'homme (instituée en 1959) et le comité des ministres du conseil de l'Europe, composé des ministres des affaires étrangères des Etats membres ou de leurs représentants.

D'après le texte initial de la Convention, des requêtes pouvaient être introduites contre les Etats contractants par d'autres Etats contractants ou par des requérants individuels (particuliers, groupes de particuliers ou organisations non gouvernementales). La reconnaissance du droit de recours individuel était cependant facultative et ce droit ne pouvait être invoqué qu'à l'encontre des Etats qui avaient accepté de le reconnaître (la reconnaissance est devenue par la suite obligatoire en vertu du protocole n°11 de la Convention).

Les requêtes faisaient tout d'abord l'objet d'un réexamen préliminaire par la Commission, qui statuait sur leur recevabilité. Dès lors qu'une requête était déclarée recevable, la Commission se mettait à la disposition des parties en vue d'obtenir un règlement amiable. En cas d'échec, elle rédigeait un rapport établissant les faits et formulait un avis sur le fond de l'affaire. Le rapport était transmis au Comité des ministres.

Là où les l'Etat défendeur avait accepté la juridiction obligatoire de la Cour, la Commission et tout Etat contractant concerné disposaient d'un délai de trois mois, à compter de la transmission du rapport au comité des ministres, pour porter l'affaire devant la Cour afin que celle-ci rende à son sujet une décision définitive et contraignante. Les particuliers ne pouvaient pas saisir la Cour.

Si une affaire n'était pas déférée à la Cour, le Comité des ministres décidait s'il y avait eu ou non violation de la Convention et accordait, le cas échéant, à la victime une « satisfaction équitable ». Il était également responsable de la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour.

. Evolution ultérieure.

Depuis l'entrée en vigueur de la Convention, 14 Protocoles additionnels ont été adoptés. Les protocoles nos 1, 4, 6, 7, 12 et 13 ont ajouté des droits et libertés à

ceux consacrés par la Convention. Par exemple, le Protocole n°2 a donné à la cour le pouvoir de rendre des avis consultatifs.

A partir de 1980, l'augmentation croissante du nombre d'affaires portées devant les organes de la Convention rendit de plus en plus malaisée la tâche de maintenir la durée des procédures dans des limites acceptables. Le problème s'aggrava avec l'adhésion de nouveaux Etats contractants à partir de 1990. Alors qu'elle avait enregistré 404 affaires en 1981, la commission enregistra 4 750 en 1997. Par ailleurs, le nombre de dossiers non enregistrés ou provisoires ouverts par elle au cours de cette même année 1997 avait grimpé à plus de 12 000. Les chiffres pour la Cour reflétaient une situation analogue : 7 affaires déferées en 1981, 119 en 1997.

Cette charge de travail croissante donna lieu à un long débat sur la nécessité de réformer le mécanisme de contrôle créé par la Convention, qui aboutit à l'adoption du Protocole N°11 à la convention. Le but poursuivi était de simplifier la structure afin de raccourcir la durée des procédures et de renforcer en même temps le caractère judiciaire du système, en la rendant complètement obligatoire et en abolissant le rôle décisionnel du comité des ministres.

Entré en vigueur le 1 novembre 1998, ce Protocole a remplacé les anciennes Cour et Commission qui fonctionnaient à temps partiel par une Cour unique et permanente. Au cours des trois années qui ont suivi l'entrée en vigueur du Protocole n°11, la charge de travail de la Cour a connu une augmentation sans commune mesure. Le nombre de requêtes enregistrées est passé de 5 979 en 1998 à 13 858 en 2001, soit une hausse de 130% environ.

. Organisation de la Cour.

La cour, telle qu'elle est constituée aujourd'hui, est issue du Protocole n°11 et du Protocole 14. Cet instrument a fait de la procédure fondée sur la Convention une procédure totalement judiciaire, la fonction de filtrage des requêtes, anciennement dévolue à la Commission ayant été confiée à la Cour elle-même, dont la compétence est devenue obligatoire.

La fonction de décision du Comité des ministres a été formellement abolie.

Les dispositions concernant la structure de la Cour et la procédure suivie par elle se trouvent dans le Titre II de la Convention. La cour se compose d'un nombre de juges égal à celui des Etats contractants.

Les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, à partir d'une liste de trois candidats présentés par les Etats.

Ils sont élus pour une durée de 9 ans non renouvelable. Si les juges sont élus au titre d'un Etat, ils siègent à titre individuel et ne le représentent pas. Ils sont totalement indépendants et ne peuvent exercer aucune activité incompatible avec leur devoir d'indépendance et d'impartialité.

La grande chambre de la Cour se compose de dix-sept juges ainsi que du juge national et des juges tirés au sort. Y siègent le président de la Cour et les vice-présidents ainsi que les présidents de section.

La grande chambre traite les affaires qui soulèvent une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention, ou encore une question grave de caractère général. Une chambre peut se dessaisir d'une affaire en faveur de la

grande chambre à tout stade de la procédure, tant qu'elle n'a pas rendu son arrêt. Lorsqu'un arrêt a été rendu dans une affaire, toute partie peut, dans un délai de trois mois, demander le renvoi de l'affaire devant la grande chambre. Si la demande est acceptée, l'ensemble de l'affaire est réexaminé.

(La convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales, plus connue sous le nom de convention européenne des droits de l'homme a été ouverte à la signature à Rome le 1 novembre 1950 et est entrée en vigueur en 1953. Elle a été le premier instrument concrétisant et rendant contraignants certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme.

L'importance de la Convention réside non seulement dans l'étendue des droits fondamentaux qu'elle protège, mais aussi dans le mécanisme de protection établi à Strasbourg pour examiner les violations alléguées et veiller au respect par les Etats de leur obligation découlant de la Convention. Ainsi, en 1959, la Cour européenne des droits de l'homme a été instituée.

Dans le système mis en place à l'origine, trois institutions étaient chargées de faire respecter les engagements pris par les Etats contractants : la Commission européenne des droits de l'homme, la cour européenne des droits de l'homme et le comité des ministres du Conseil de l'Europe. Avec l'entrée en vigueur du Protocole 11, le 1 novembre 1998, les deux premières institutions ont été remplacées par une Cour unique, qui peut être saisie directement de requêtes individuelles et étatiques alléguant de violations de droits civils et politiques énoncés dans la Convention.

Depuis son adoption en 1950, la Convention a été amendée plusieurs fois et enrichie de nombreux droits qui sont venus s'ajouter au texte initial.)

Quels sont les droits garantis par la convention ?

Les Etats ayant ratifié la Convention, qu'on appelle aussi « Etats parties à la Convention », reconnaissent et garantissent les droits fondamentaux civils et politiques non seulement à leurs ressortissants, mais également à toute personne relevant de leur juridiction.

La convention garantit notamment le droit à la vie, le droit à un procès équitable, le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté d'expression, la liberté de pensée, de conscience et de religion, le droit au respect des biens. Elle interdit notamment la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants, l'esclavage et le travail forcé, la détention arbitraire ou illégale, et les discriminations dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention.

Qu'est-ce qu'un Protocole à la Convention ?

Un protocole à la Convention est un texte qui ajoute un ou plusieurs droits au texte initial de la Convention ou en modifie certaines dispositions.

Les protocoles ajoutant des droits à la Convention ne sont opposables qu'aux Etats les ayant signés et ratifiés ; une simple signature par un Etat, qui ne serait pas suivie d'une ratification, ne suffit pas à lier celui-ci.

A ce jour 14 protocoles additionnels ont été adoptés.

La Convention évolue-t-elle ?

Oui. La Convention évolue surtout grâce à l'interprétation de ses dispositions par la CEDH. Avec sa jurisprudence, la cour fait de la Convention un instrument vivant ;

elle a ainsi élargi les droits garantis et a permis leur application à des situations qui n'étaient pas prévisibles lors de l'adoption de la Convention.

La Convention évolue également lorsque des protocoles viennent lui ajouter de nouveaux droits comme ce fut le cas par exemple avec l'entrée en vigueur, en juillet 2013, du Protocole n°13 relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances ou encore celle du Protocole n°12 sur la non-discrimination en avril 2005.

Thème IV : Les principes généraux du droit.

. Individualisation : parti consistant (surtout de la part d'un juge) à adapter une mesure (de garde, de sanction, etc.) à la personnalité propre et à la situation particulière d'un individu.

. Personnalisation : action d'adapter une solution (mesure, sanction) à la personnalité de celui qu'elle concerne, plus généralement à l'ensemble des circonstances d'une espèce, adaptation judiciaire.

Personnalisation des peines : mode d'appréciation de la peine consistant, pour les juridictions répressives, suivant le vœu de la loi mais dans les limites fixées par elle, à prononcer les peines et à fixer leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi qu'à tenir compte de ses ressources et de ses charges pour déterminer le montant de l'amende.

Exemple : la semi-liberté, le fractionnement de la peine, le sursis simple ou avec mise à l'épreuve, etc., sont des modes de personnalisation de la peine.

. Contradictoire : se dit d'une opération (judiciaire ou extrajudiciaire) à laquelle tous les intéressés ont été mis à même de participer, même si certains n'y ont pas été effectivement présents ou représentés, mais à la condition que tous y aient été régulièrement convoqués de telle sorte que le résultat de cette opération leur est, à tous, opposable.

Proportionnalité (dans le sens d'adéquation) :

- proportionnalité de la défense (à l'agression) = limite qui ne légitime, dans le choix des moyens de défense, que ceux qui sont nécessaires à repousser l'agression.
- Proportionnalité des délits et des peines : directive de politique criminelle qui commande au législateur, dans l'échelle des peines, de doser la sévérité de la sanction en fonction de la gravité de l'infraction.

Proportionnalité (dans un conflit de règles de même valeur). Juste mesure à observer dans l'application à un litige de deux principes antinomiques d'égale valeur qui ont l'un et l'autre vocation à en gouverner la solution ; critère directif de pondération qui doit conduire le juge non pas à affirmer, en général, la primauté d'une règle sur l'autre, mais à mettre en balance concrètement les conséquences qui découleraient de l'application de chacune, celle qui sauvegarde le mieux les intérêts en présence.

Principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la CEDH et de la CJUE, règle de pondération selon laquelle les atteintes portées à des droits fondamentaux par la puissance publique ne peuvent excéder ce qui est nécessaire à l'intérêt général ; principe voisin en vertu duquel l'action de la Communauté ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité de l'Union.