



*Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires*

Programa de
Lecto-comprensión

Francés
2014



UNIDAD 1

DROIT CONSTITUTIONNEL

TEXTO 1:

LES LIMITES DU POUVOIR DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE ENTRE LE POUVOIR
CONSTITUANT ET LA CONSTITUTION MATÉRIELLE. UNE ILLUSTRATION DANS LE
CONTEXTE LUSOPHONE

Penser les limites du pouvoir de révision constitutionnelle revient à penser la question de la rigidité ou de la flexibilité des constitutions. Nous serons probablement tous d'accord là-dessus. Il est vrai que certaines constitutions sont dites « flexibles », comme celle du Royaume-Uni. Mais, à part ce rare exemple, ne semble-t-il pas que le sens même du constitutionnalisme moderne ne s'accorde point
5 avec une constitution (apparemment) aussi éphémère? Voyons. Soit la constitution n'est pas codifiée, comme celle du Royaume-Uni, et supporte le poids de la tradition qui, normalement, exclut tout changement (limitenon écrite), soit la constitution est codifiée mais flexible et nous ne pouvons peut-être pas nous empêcher d'éprouver une certaine amertume à l'idée que le travail constituant a été en
10 quelque sorte superflu, car il a bâti un temple fragile, qu'on peut anéantir en trois jours, ou, comme le disait Von Kirchmann pour la loi en général, en trois mots du législateur.

La Constitution est vulnérable. Notre objectif est ici de défendre la Constitution et son authenticité contre les vents révisionnistes. Ils sont, évidemment, tout à fait légitimes, dans les limites de l'ipséité de la constitution, dans son cadre; et en dehors au risque de la révolution ou de la convocation d'une nouvelle assemblée constituante. Étant donnée notre thèse, nous développerons notre pensée surtout
15 en faisant appel aux principes de pouvoir constituant et de constitution matérielle, et en invoquant des exemples brésiliens et portugais.

II. Modération ou extrémisme?

De nos jours, plusieurs voix s'élèvent contre les limites matérielles de révision constitutionnelle. Certes, il y a des jugements modérés, comme celui du juge fédéral brésilien Gilmar Ferreira Mendes:
20 "Voici le grand défi de la juridiction constitutionnelle: empêcher, d'une part, l'élimination du nucléon essentiel de la constitution, que ce soit par une décision ou par un processus d'érosion, et, d'autre part, une interprétation orthodoxe qui puisse entraîner la rupture en tant qu'alternative à l'impossibilité d'un développement constitutionnel légitime."

Mais, sachant que la prudence nécessaire aura toujours sa place dans l'interprétation, qui a peur des
25 « clauses pétrifiées » - "cláusulas pétreas" comme on dit au Brésil, dans une belle métaphore? Pour Adriano Sant'Ana Pedra, le peuple étant l'interprète de la constitution matérielle, quand il change le texte de la constitution formelle, même en ce qui concerne les limites matérielles de révision, il ne fait rien de transcendant, rien d'anormal: il inscrit simplement la constitution formelle dans le cadre de la constitution matérielle.

30 Le grand problème dérive d'une confusion fréquente, et pas toujours innocente, entre la constitution réelle (souvenons-nous de Lassalle et la constitution matérielle. Le résultat est souvent l'oubli du sentiment le plus profond de juridicité dans une communauté et son remplacement par une vision sociologiste de la réalité sociopolitique des rapports de forces dans une formation sociale déterminée. À la limite, cela reviendrait à la loi du plus fort. Une autre question pertinente est celle de savoir
35 comment le peuple exerce effectivement cette interprétation de la constitution. On ne peut pas dire qu'il le fasse par la simple élection de députés en législature ordinaire, et surtout pas pour nuire à l'action de la justice constitutionnelle. Si celle-ci n'est pas toujours à l'abri de suspicions d'une excessive politicit , que dire, alors, des Parlements, qui sont et doivent démocratiquement être le vrai cœur de la politique sur le plan institutionnel?

40 Pourquoi croit-on à la juridicité de leurs lois et à celle des décrets gouvernementaux, et se méfie-t-on tellement de la juridicité des sentences des cours constitutionnelles? Il est préoccupant de constater que le dernier auteur cité affirme: "Imaginer les « clauses pétrifiées » comme quelque chose d'immuable dans l'ordre juridique signifie nier la permanence du pouvoir constituant et de l'Etat de droit démocratique".

TEXTO 2:

LA PRÉSENTATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Le droit constitutionnel ou le droit politique (Littré) vit en nous et par nous. A ce titre, il concerne autant le juriste que le citoyen et bénéficie, assurément, de l'attrait de l'actualité.

Mais, ce serait méconnaître gravement sa raison d'être que de le ravalier à un simple point de vue événementiel. La passion intellectuelle que l'on éprouve, à son égard, ne saurait être dissociée de la réflexion. Il n'est pas douteux, en effet, que le gouvernement des hommes par la raison demeure, à ce jour, la démarche la plus conforme au miracle grec. L'examen respectif de l'objet (section I) et de la signification (section II) du droit constitutionnel s'impose, dès lors, à l'attention.

SECTION I L'OBJET DU DROIT CONSTITUTIONNEL

D'une manière simple, on peut ainsi définir l'objet du droit constitutionnel : l'encadrement juridique des phénomènes politiques. Ce qui revient à dire que l'activité politique relève de la règle juridique, et non plus du bon plaisir ou de caprice : la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution (C.C., 23 août 1985, Nouvelle-Calédonie, Rec. p. 70). De cette vision découle la bonne gouvernance ou l'État de droit, l'État soumis au droit, au sein duquel les citoyens sont protégés de l'arbitraire. La limitation de la puissance de l'État recuse l'État despote, ou de police. La Révolution de 1789, c'est l'avènement de la Loi. L'affirmation de Michelet signifie, en clair que désormais le règne de la loi se substitue à la domination de l'homme par l'homme. D'où la formule topique de la constitution du 14 septembre 1791 : Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance.

Cependant, ces notions, pour être comprises, impliquent des explications : que faut-il entendre par phénomènes politiques ? En quoi consiste leur encadrement juridique ?

§ 1 LES PHÉNOMÈNES POLITIQUES

La politique est l'art du possible. L'expression est courante, tel un poncif. Toutefois, elle est malaisée à cerner en raison de son ambiguïté. Voici, à n'en pas douter, un mot déprécié et valorisé, à propos duquel les nuances péjoratives et laudatives s'entrechoquent. Qu'est-ce à dire ?

Pour le commun des mortels, la politique est repoussée avec une belle indignation. Activité peu ragoûtante, voire sale, selon le tempérament poujadiste. Qui ne se souvient de la définition de D'Alembert : L'art de tromper les hommes ; de l'invocation de Musset : La politique, voilà notre misère ! ou de la réflexion de Mauriac : La politique ? Est-ce qu'on s'intéresse aux batailles de singes ? Mais, la politique n'est pas un vice, ni un jeu de société (S. de Beauvoir), ainsi que l'atteste le meurtre de conseillers municipaux à Nanterre, en 2002. Bref, elle est aussi noble, par civisme et altruisme. Songeons aux institutions caritatives ou humanitaires (la Croix rouge, Médecins sans frontières, les restaurants du cœur de Coluche) pour se persuader qu'elle mérite mieux que le mépris. En vue de s'en convaincre, on s'attachera à sa définition (A) et de sa condition (B).

A. LA DÉFINITION DE LA POLITIQUE

La politique différencie l'homme de l'animal, à l'opposé de Platon qui prétendait qu'elle était l'art d'élever les troupeaux. Elle est susceptible de deux acceptions, l'une restrictive, l'autre extensive.

1o L'acception restrictive de la politique

A cet égard, une double signification s'attache, tant au substantif qu'à l'adjectif.

La politique, dans un premier temps, désigne l'action, la mission, le comportement ou le programme d'un homme, d'un parti, d'un Gouvernement, d'un État... On dénonce toute politique attentatoire aux droits de l'homme ; on milite pour la politique européenne, etc.

Dans un second temps, le mot caractérise une activité ou un secteur spécifique, mieux irréductible, par rapport aux autres activités ou secteurs d'une société. En somme, la politique, selon une démarche obsidionale, se présente, au sein de cette dernière, à la manière d'un monde clos, d'un milieu retranché qui détonne, à la limite, tel un coup de pistolet au milieu d'un concert (Stendhal).

Vue de la place de la Concorde à Paris, l'Assemblée nationale mérite d'être appelée la maison sans fenêtres. De fait, et à l'évidence, la politique obéit à des règles spécifiques, tant du point de vue des conditions d'accès, que du comportement observé. On a prétendu, avec raison, que la politique était le seul métier (si l'on ne regarde pas de trop au sens des mots) que l'on ose exercer sans jamais l'avoir
50 appris. De même, on peut rappeler la règle du tutoiement introduite au Parlement par Gambetta. Au surplus, les sentiments politiques se différencient des sentiments privés. La leçon de réalisme ou de cynisme, donnée par Machiavel souligne l'autonomie, pour utiliser un délicat euphémisme, entre la morale et la politique. Un État de ce nom, affirmait le général de Gaulle, n'a pas des amis, mais des intérêts. D'où le recours, en tant que de besoin, à l'action militaire au Koweït et à l'action humanitaire
55 en Bosnie-Herzégovine, en vue de leur sauvegarde. De même, remarquait-il, on ne doit jamais mentir au peuple, mais il n'est pas interdit d'être habile.

Véritable caméléon, l'homme politique agit, selon les circonstances, à la manière du renard ou du lion : Réussir est le plus clair du temps synonyme de trahir. Servir, relève moins de l'humilité que de la vanité : c'est la devise de tous ceux qui aiment commander (J. Giraudoux).

60 Ainsi, la politique stricto sensu s'analyse en une activité spécialisée, celle d'une minorité (la classe politique). Avec humour, Paul Valéry notait : La politique, c'est l'art d'empêcher les gens de se mêler de ce qui les regarde. Toutefois, une tendance à la réappropriation de la politique se dessine, car, selon Aristote, l'homme est naturellement un animal politique.

2o L'acception extensive de la politique

65 Entendu au sens large, le mot se comprend à l'aide de l'étymologie. Politique vient du terme grec polis, qui signifie cité. La cité était le cadre spatial dans lequel les individus se réunissaient. Son origine nous avertit par conséquent, qu'il s'agit de relations entre les personnes dans le cadre d'une société organisée ou policée. En dépit de son exiguïté et de l'institution de l'esclavage, la cité antique représentait une organisation politique perfectionnée préfigurant l'État moderne. Il suit de là, que la
70 politique se rapporte aux individus vivant en société, l'État apparaissant, en définitive, comme la société des sociétés. Loin d'être une activité spécialisée, comme on l'indiquait à l'instant, elle se présente désormais comme fondamentalement banalisée, la chose de toutes et de tous. En un mot, c'est le régime de la collectivité tout entière ou son mode d'organisation (R. Aron).

Dès lors, la politique n'apparaît plus sous l'aspect d'un champ clos, mais d'un univers sans rivages ni
75 frontières. En un mot, tout ce qui est humain est politique et vice versa. A la réflexion courante - Je ne m'occupe pas de politique -, Jules Renard répliquait : C'est comme si vous disiez, je ne m'occupe pas de la vie ! Bref, si l'on ne s'intéresse pas de la politique, celle-ci s'intéresse à chacun d'entre nous, en déterminant notre condition.

Il appartient, dès lors, au droit de systématiser la condition de l'homme au milieu de ses semblables.
80 D'une façon plus précise, le droit constitutionnel détermine les relations entre l'individu et la société, entre la liberté dont celui-là est investi et l'autorité dont celle-ci se nourrit. Si le droit est l'armature de la société, le droit constitutionnel en constitue, à n'en pas douter, la matrice. L'examen de la condition de la politique en témoigne.

B. LA CONDITION DE LA POLITIQUE

85 Emmanuel Mounier prétendait que si la politique n'est pas tout, elle en est tout. De fait, l'activité humaine est marquée de son empreinte indélébile. Elle présente, à cet effet, deux caractères, que l'on voudrait envisager succinctement : un aspect contrasté, d'une part, et rationalisé, d'autre part.

Le caractère contrasté de la politique

La politique relève d'un paradoxe, dans la mesure où elle rapproche les individus, tout en les
90 opposant. Tel le dieu Janus des Anciens, elle se présente, dans un même mouvement, sous l'aspect d'une communion et d'une ségrégation.

TEXTO 3:

LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

Sachant qu'il est impossible de réviser une constitution inexistante c'est-à-dire non encore élaborée, avant de traiter la théorie de la révision constitutionnelle (section II), nous ferons d'abord un bref aperçu sur l'élaboration de la constitution (section I).

Section I. L'ELABORATION DE LA CONSTITUTION

- 5 L'élaboration de la constitution est à rapprocher de sa révision et même de son abrogation.

Qu'elle soit élaborée à la naissance d'un nouvel Etat ou au lendemain d'une révolution ; ailleurs pour marquer une étape dans la construction du socialisme, ou tout simplement, mais c'est le plus rare, après la prise de conscience de l'inadaptation, ou de l'échec, des institutions précédentes, la constitution est l'aboutissement d'une procédure spécifique.

- 10 Des règles techniques, destinées à assurer la solidité et la cohésion du texte, s'y combinent avec des préoccupations politiques de ceux qui ont pris l'initiative de sa rédaction.

Quant il s'agit de retoucher la constitution c'est-à-dire de la modifier sur certains points sans bouleverser son schéma générale, on est en présence d'une révision de la constitution qui doit se dérouler suivant les règles inscrites à cet effet dans la constitution elle-même. Enfin, l'abrogation de la

- 15 constitution est un phénomène qui ne relève que rarement du droit, mais intervient le plus souvent par la force à l'issue d'un coup d'Etat ou d'une révolution.

Avant même de distinguer sur la procédure à suivre pour rédiger la constitution, il faut se demander qui, quel organe est compétent pour l'élaborer. On étudiera successivement le pouvoir constituant (§1), et l'approbation et la consultation populaire (§2).

- 20 §1. LE POUVOIR CONSTITUANT

Le pouvoir constituant est celui qui est à l'origine d'une constitution. Lorsqu'intervient pour élaborer la constitution, il est dit pouvoir constituant originaire ou absolu(A) ; si par contre il intervient pour réviser la constitution, on parle d'un pouvoir constituant dérivé ou institué ou encore relatif(B).

A. Le pouvoir constituant originaire ou absolu

- 25 1. Définition

Ce pouvoir est celui qui établit les règles fondamentales relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir politique⁸. Il est constituant parce qu'il porte sur une constitution, il est originaire parce qu'il est à l'origine d'une constitution et il est absolu parce qu'il ne connaît pas de limites car il intervient en période de vide constitutionnel, aussi il élabore la constitution qu'il veut et comme il veut. C'est ce que BASTIDE Paul traduit en ce terme : « le pouvoir constituant originaire possède la spontanéité créatrice, il peut tout, il n'est soumis d'avance à aucune constitution donnée. »

- 30

2. Les hypothèses de mise en oeuvre du pouvoir constituant originaire et absolu

Le pouvoir constituant originaire peut intervenir lorsqu'il y a procréation d'un Etat sur un territoire, il peut aussi intervenir lorsqu'il y a vision d'Etats ou création d'un Etat fédéral.

- 35 Ce pouvoir se manifeste aussi lorsqu'il y a une révolution qui entraîne la destruction de l'ordre constitutionnel antérieur ou lorsqu'il y a succession de régime politique dans un même Etat.

3. Le mécanisme d'établissement de la constitution

Le titulaire du pouvoir constituant originaire n'est pas le même selon que la société est démocratique ou non.

- 40 L'établissement de la constitution a plusieurs formes, selon que le pouvoir constituant originaire serait d'essence proprement populaire (formes démocratiques) (a), selon que l'organisation constitutionnelle émane du chef de l'Etat (formes monocratiques) (b) et selon que les deux formes sont combinées (formes mixtes) (c).

a. Les formes démocratiques

45 Le droit constitutionnel, avec la distinction des pouvoirs constituants et constitués, n'est pas une exclusivité de la démocratie, mais en doctrine il est souvent lié aux conceptions où le pouvoir appartient au peuple.

L'idée est traditionnellement rependu que le pouvoir constituant serait d'essence proprement populaire. Alors même que le régime créé ne serait pas démocratique, son établissement devrait

50 l'être. C'est la thèse de Swarez et de Bellarmin selon laquelle le pouvoir non encore dévolu appartient à la multitude et lui revient en cas de déshérence.

Ce pouvoir constituant prend en démocratie trois formes, selon que le peuple l'exerce à travers ses représentants (1°), selon qu'il l'exerce seul (2°) et selon que les deux procédés sont combinés (3°).

1°. La forme représentative ou semi représentative : Dans cette forme, l'assemblée nationale ou
55 encore constituante est élu au suffrage universel pour élaborer la constitution ;

2°. La forme démocratique directe : ici le peuple lui-même forme une assemblée qui se déclare constituante. L'éventualité en elle-même est concevable, mais à l'état actuel des techniques, elle paraît à peu près irréalisable. La démocratie directe doit se combiner avec la représentation.

3°. La forme démocratique semi- directe : ici la constitution est le fruit d'une élaboration de
60 l'assemblée et d'une consultation populaire.

En effet, l'élaboration émane d'un corps élu et le texte ne devient valable qu'avec l'approbation du corps électoral.

TEXTO 4:

« LE PIÈGE DU DROIT CONSTITUTIONNEL »

I - L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel

L'histoire constitutionnelle n'est pas la discipline la plus à la mode, en particulier parmi les constitutionnalistes. Elle est en général considérée, au mieux, comme une branche auxiliaire de l'histoire politique. Pourtant, retrouver la dimension historique du droit constitutionnel se présente
5 comme la condition pour sortir des difficultés où se trouve plongée la théorie contemporaine.

Dans la compréhension dominante des choses à notre époque, on trouve d'un côté un droit constitutionnel appréhendé hors l'histoire, et de l'autre une histoire dite constitutionnelle, déplacée dans le périmètre de l'histoire politique et considérée, pour l'essentiel, comme sans pertinence pour comprendre le droit constitutionnel. On ne le dit pas ainsi, grands dieux ! Mais voilà ce que l'on fait.

10 Ce silence sur l'histoire dans ce qui porte l'étiquette de « science du droit constitutionnel » est ce qui importe. Contrairement à toutes les apparences, pourtant, la théorie n'a, en la matière, rien à faire de plus urgent que de l'histoire. Si elle s'en garde bien, c'est aussi parce qu'elle porte en elle la conscience du fait que s'atteler à cette tâche reviendrait à se supprimer soi-même en tant que théorie. Cela permettrait peut-être d'accéder à une compréhension plus élevée de son objet. Mais la
15 théorie est si satisfaite - scientifiquement, mais aussi moralement et politiquement - de l'appréhension qu'elle a de cet objet qu'elle comprendrait mal pourquoi on lui demanderait aujourd'hui un tel sacrifice. La théorie du droit est contente de soi-même, qui est devenue théorie pure. Le droit constitutionnel est heureux de soi-même, qui est devenu un « vrai droit ». Le bonheur est complet. « Dire » à la théorie constitutionnelle qu'elle doit se repenser sous la forme d'une
20 histoire constitutionnelle, c'est évidemment risquer de ne pas être entendu. Il en va de même s'agissant de « dire » au droit constitutionnel qu'il s'est dessaisi en grande part de son objet du moment qu'il a coupé les ponts avec l'agir politique, lequel ne se saisit qu'historiquement. Plus encore, le droit constitutionnel a été bâti dans des circonstances historiques précises autour d'un objet qui est le pouvoir, et non pas tel ou tel autre concept de l'agir politique. En renonçant à se
25 donner le pouvoir comme objet, au profit des seules normes, le droit constitutionnel renonce à lui-même. Il se renferme dans le juridisme, c'est-à-dire dans l'étude-et-fabrication du droit pour le droit. Il devient donc ineffectif historiquement. On se félicite sans réserves des « progrès de l'Etat de droit » (c'est-à-dire de la consolidation d'un appareil normatif et d'un système de sanctions) tandis que dans le même temps on déplore chaque jour un peu plus l'incapacité coupable de la réalité à répondre aux
30 idéaux du constitutionnalisme : les libertés ne sont-elles pas toujours plus en péril ? Le pouvoir n'est-il pas de plus en plus insaisissable (ce dont l'irresponsabilité des gouvernants n'est qu'un des symptômes les plus voyants) ? Les gouvernants ne sont-ils pas de plus en plus méprisants vis-à-vis du droit et de moins en moins respectueux de l'intégrité des institutions ? On voit donc coexister un droit qui se croit de plus en plus parfait et une réalité politique sur laquelle il opère de moins en moins.

35 I. L'objet de l'histoire constitutionnelle

C'est une fois que l'on aura clarifié l'objet de l'histoire constitutionnelle que l'on pourra espérer lui attribuer un rôle dans la compréhension des données du droit constitutionnel. On pourra alors, peut-être, saisir combien la mise à l'écart de l'histoire constitutionnelle ne se réduit pas à la perte délibérée d'un riche matériau culturel, mais encore à ce qui en résulte lorsqu'il s'agit de comprendre
40 « le droit constitutionnel » lui-même. Retrouver l'histoire constitutionnelle, c'est retrouver la dimension historique du droit constitutionnel, et cela présente donc une portée théorique déterminante.

L'histoire constitutionnelle n'est pas une branche auxiliaire de l'histoire politique. Elle peut revendiquer un objet qui lui appartient en propre. Cet objet est la constitution pensée comme
45 devenir. Reconnaître un objet propre à l'histoire constitutionnelle n'est pas sans portée. Cela implique de renoncer à des réflexes de pensée extraordinairement ancrés dans nos esprits, à proportion des facilités qu'ils nous procurent dans l'examen des questions que se pose celui qui entend comprendre les formes politiques du passé. L'histoire constitutionnelle n'est cependant pas l'histoire de toutes les formes politiques à toutes les époques. Il n'y a pas toujours eu des «
50 constitutions », écrites ou non écrites. Les modes de pensée liés à l'émergence de ces constitutions, à

ce processus appelé constitutionnalisme, constituent un ensemble assez délimité et assez cohérent de manières d'appréhender le pouvoir politique.

Ce que l'on a pu appeler le « constitutionnalisme ancien » (au sujet non pas des constitutions antiques, mais des droits publics des monarchies européennes d'ancien régime) était peut-être un ensemble d'idées relatives au pouvoir politique constituant des « signes avant-coureurs » de l'apparition de constitutions au sens moderne du terme. On ne peut d'ailleurs le dire que rétrospectivement, c'est une évidence. Mais, au mieux, le « constitutionnalisme ancien » ainsi défini ne peut être qu'un constitutionnalisme sans constitution. Je veux dire par là : non pas le terme « constitution » tel que nous l'employons pour traduire un autre terme (par exemple le grec politeia). Je ne vise pas non plus ce terme en tant qu'il dénote lato sensu n'importe quelle organisation politique ou ensemble d'institutions. Il s'agit ici de « la constitution » au sens où le mot a pris son élan dans notre culture après la seconde moitié du seizième siècle, d'une manière associant étroitement une certaine philosophie du droit et des idées politiques particulières, fréquemment en rupture consciente avec le passé proche ou lointain. L'idée de constitution, ainsi délimitée, suppose pour être pensée que soit en place un ensemble de caractéristiques structurelles, de manière de penser les rapports de la politique avec le droit. Notre vision du pouvoir passe par des cadres de pensée particuliers. Le pouvoir tel que nous le concevons n'est « de droit » qu'au terme d'une autorisation donnée de l'extérieur par le droit, de sorte que le pouvoir validé par le droit reste néanmoins pouvoir. Il n'est pas converti en faculté de dire, dans des occasions particulières, ce qui est juste de toute éternité. Il n'est donc pas une juridiction, au sens classique de ce terme. Sa force est naturelle, et sa fragilité l'est tout autant.

L'histoire constitutionnelle saisit l'apparition et le devenir des formes constitutives du pouvoir ainsi appréhendé. Partant de là, elle ne peut pas porter sur toutes les formes politiques. Notre manière de penser les institutions est gouvernée par ces cadres de pensées relatifs aux relations entre droit et pouvoir politique. Peu importe que l'on parle ou non de constitution ou d'histoire constitutionnelle. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'on ne parle pas alors de la même chose, et que certaines confusions sont possibles. Je n'ignore évidemment pas que certaines sociétés antiques avaient une « constitution » (quelque chose, du moins, pour lequel notre mot « constitution » est une traduction reçue et peu controversée). Et je ne pense pas une seconde à contester les faits de bon sens rappelés en son temps par Moses Finley dans *Politics in the Ancient World* : « la constitution, écrite ou non écrite fournissait le cadre au sein duquel se déroulait l'activité politique. Cela est presque trop banal pour être consigné dans des mots. Rien n'a plus fait couler d'encre que les constitutions grecques et romaines et l'histoire constitutionnelle ». Et de fait, ce qui suscite mon embarras n'est pas tant l'usage de ces termes (constitution, histoire constitutionnelle) que les réflexes de pensée qui peuvent parfois l'accompagner de manière dommageable. Moses Finley avait parlé de « constitutional-law trap » (piège du droit constitutionnel) à propos de la propension des historiens de l'antiquité à prendre trop exclusivement en considération les données juridiques et institutionnelles, au détriment de la réalité de la vie politique. On pourrait dire que ce « piège » est plus dangereux encore que ce que disait le grand historien, quand il consiste dans l'importation sans les précautions requises de modes de pensée constitutionnels au sujet de l'action politique et des structures institutionnelles du « monde ancien » cher à Finley ou des droits publics européens d'ancien régime.

UNIDAD 2

DROITS DE L'HOMME

TEXTO 5:

QUE SONT LES DROITS DE L'HOMME

Les droits de l'homme sont les droits inaliénables de tous les êtres humains, quels que soient leur nationalité, lieu de résidence, sexe, origine ethnique ou nationale, couleur, religion, langue ou toute autre condition. Nous avons tous le droit d'exercer nos droits de l'homme sans discrimination et sur un pied d'égalité. Ces droits sont intimement liés, interdépendants et indivisibles.

5 Les droits de l'homme universels sont souvent reflétés dans et garantis par la loi, sous forme de traités, de droit coutumier international, de principes généraux et autres sources de droit international. La législation internationale sur les droits de l'homme stipule que les gouvernements sont tenus d'agir d'une certaine manière ou de renoncer à certains actes afin de promouvoir et protéger les droits et les libertés fondamentales de certaines personnes ou groupes.

10 Universels et inaliénables

Le principe de l'universalité des droits de l'homme est la pierre angulaire de la législation internationale des droits de l'homme. Le principe, proclamé pour la première fois dans la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, a été réitéré dans de nombreuses conventions, déclarations et résolutions. La Conférence mondiale de Vienne sur les droits de l'homme de 1993 a

15 noté, par exemple, que les Etats ont pour devoir de promouvoir et protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales, quel que soit le système politique, économique ou culturel.

Tous les Etats ont ratifié au moins un des traités fondamentaux sur les droits de l'homme et 80 pour cent en ont ratifié quatre ou davantage, montrant ainsi que les Etats acceptent des textes qui leur imposent des obligations légales et donnent une forme concrète au principe d'universalité. Certaines

20 normes fondamentales des droits de l'homme jouissent de la protection universelle du droit coutumier international, qui ne connaît ni frontières, ni barrières de civilisations.

Les droits de l'homme sont inaliénables. Ils ne peuvent être abrogés, sauf dans des circonstances particulières et conformément à une procédure spécifique. Le droit à la liberté peut, par exemple, être limité si un tribunal reconnaît la personne coupable d'un crime.

25 Interdépendants et indivisibles

Tous les droits de l'homme sont indivisibles, qu'ils soient civils ou politiques, notamment le droit à la vie, l'égalité devant la loi et la liberté d'expression ; les droits économiques, sociaux et culturels, comme le droit au travail, à la sécurité sociale et à l'éducation ; ou les droits collectifs, comme le droit au développement et à l'autodétermination, sont indivisibles, liés et interdépendants.

30 L'amélioration d'un droit facilite le progrès des autres. De la même manière, la privation d'un droit a un effet négatif sur les autres.

Egaux et non discriminatoires

La non discrimination est un principe universel dans la législation internationale des droits de l'homme. Le principe existe dans tous les grands traités sur les droits de l'homme et sert de thème

35 central pour certaines conventions internationales comme la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

Le principe de la non discrimination en matière de droits de l'homme et de libertés s'applique à toutes les personnes et interdit toute discrimination basée sur une liste non exhaustive et comprenant

40 le sexe, la race, la couleur, etc. Ce principe s'accompagne du principe de l'égalité, qui figure dans l'Article premier de la Déclaration universelle des droits de l'homme : "Tous les êtres humains naissent libre et égaux en dignité et en droits".

A la fois des droits et des obligations

Les droits de l'homme impliquent à la fois des droits et des obligations. Le droit international impose
45 aux Etats l'obligation et le devoir de respecter, protéger et instaurer les droits de l'homme.
Respecter les droits de l'homme signifie que les Etats évitent d'intervenir ou d'entraver l'exercice des
droits de l'homme. Protéger signifie que les Etats doivent protéger les individus et les groupes contre
les violations des droits de l'homme. Instaurer signifie que les Etats doivent prendre des mesures
positives pour faciliter l'exercice des droits fondamentaux de l'homme. Au niveau individuel, nous
50 avons certes le droit d'exercer nos droits de l'homme, mais nous devons aussi respecter les droits des
autres.

TEXTO 6:

LA CONSTITUTION - DECLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789

Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que leurs actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

10 En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Etre suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen.

Art. 1er.

Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

15 Art. 2.

Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.

Art. 3.

20 Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.

Art. 4.

La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.

25 Art. 5.

La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.

Art. 6.

30 La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

Art. 7.

35 Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance.

Art. 8.

40 La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.

TEXTO 7:

« CONFLIT ARMÉ INTERNE » : NOUVEAUX ÉCLAIRAGES EUROPÉENS SUR LES CONTOURS DU RÉGIME DE LA PROTECTION SUBSIDIAIRE (CJUE, 30 JANVIER 2014, DIAKITÉ)

Par un arrêt rendu le 30 janvier 2014, la Cour de justice de l'Union européenne vient apporter des éclaircissements nouveaux sur les contours du régime de la protection subsidiaire. Dans la continuité de l'important arrêt Elgafaji, la Cour fournit des indications sur l'interprétation à donner de l'article 15, sous c) de la directive 2004/83/CE concernant les normes minimales relatives aux conditions que

5 doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts. Ce faisant, elle renforce l'autonomie de la protection européenne au regard, cette fois-ci, du droit international humanitaire, tout en contribuant à assurer l'harmonisation au sein des Etats-membres de la notion « conflit armé interne ».

- 10 Amenée de nouveau à se prononcer sur les contours du régime de la protection subsidiaire, la Cour de justice a rendu le 30 janvier 2014 un arrêt porteur d'intéressantes précisions sur l'interprétation à donner de l'article 15, sous c) de la directive 2004/83/CE concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin
- 15 d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts.

Cette directive prévoit, rappelons-le, des mesures relatives à des formes subsidiaires de protection, offrant un statut approprié à des personnes qui ne peuvent requérir le statut de réfugié. Ainsi, elle a pu être présentée comme un « progrès important » par des spécialistes du droit des étrangers.

- 20 Conformément à l'article 2 sous e) de la directive dite « qualification », peut être définie comme personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, toute personne pour laquelle « il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d'origine [...] courrait un risque réel de subir les atteintes graves définies à l'article 15 [...] cette
- 25 personne ne pouvant pas ou, compte tenu de ce risque, n'étant pas disposée à se prévaloir de la protection de ce pays ». L'article 15 de la directive désigne précisément les atteintes graves comme suit : « a) la peine de mort ou l'exécution, ou b) la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine, ou c) des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle ou en cas de conflit armé interne ou international ».

- 30 Cette dernière disposition comprend des notions imprécises, qui peuvent du reste varier selon les différentes traductions et interprétations, rendant possible des divergences au niveau national.

- Alors que la teneur de ces motifs avaient fait l'objet d'une notable clarification par le juge luxembourgeois dans l'arrêt Elgafaji (CJUE, 17 février 2009, Elgafaji et autres c. Staatssecretaris van Justitie (Pays-Bas), Aff. C-465/07), le troisième motif continuait de susciter des difficultés
- 35 particulières que le présent arrêt contribue à dissiper. À la faveur de ces évolutions s'affirme notamment l'autonomie de la protection européenne tant au regard du système conventionnel, que du droit international humanitaire (pour une autre récente interprétation de la directive « Qualification », v. CJUE, Quatrième Chambre, 7 novembre 2013, X., Y., & Z. contre Minister voor Immigratie en Aziel, affaires jointes C-199/12, C-200/12, C-201/12 - ADL du 13 novembre 2013).

- 40 Les faits à l'origine du litige au principal concernent un ressortissant guinéen, M. Diakité, qui avait demandé à bénéficier d'une protection internationale en Belgique, arguant qu'il avait été victime d'actes de violence dans son pays d'origine suite à sa participation aux mouvements de protestation contre le pouvoir en place. Suite aux refus de ses deux demandes, déposées en 2008, puis en 2010, M. Diakité introduisit un recours en cassation administrative devant le Conseil d'État. Le

- 45 demandeur contesta l'arrêt en alléguant que l'octroi de la protection subsidiaire lui a été refusée au motif que l'existence d'un « conflit armé interne », tel que défini par le Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie, n'était pas considérée comme établie. La Haute juridiction belge choisit alors d'inviter la Cour de justice à se prononcer sur le point de savoir si la notion de « conflit armé interne » doit être recherchée dans le droit international humanitaire ou si elle doit plutôt être interprétée de
- 50 façon autonome et, dans cette dernière hypothèse, selon quels critères la notion doit être appréciée.

La Cour va saisir l'occasion de confirmer et consolider les acquis antérieurs, en adoptant à cet égard une solution cohérente. Son raisonnement est articulé en deux temps. Après avoir affirmée l'autonomie de la protection européenne eu égard au droit international humanitaire (1°), elle se focalise, par la suite, sur le sens à donner à l'expression de « conflit armé interne » (2°).

- 55 L'interprétation livrée emporte des enjeux non négligeables sur le plan de la protection des droits, ainsi que sur celui de l'harmonisation des cadres juridiques (3°).

TEXTO 8:

RETARDS : LES DOSSIERS QUE TRAÎNERA LE GOUVERNEMENT EN 2014

François Hollande ne veut plus perdre de temps : le 3 janvier, lors du premier conseil des ministres de l'année, le président a demandé au gouvernement de "faire avancer les dossiers" par "décrets" ou par "ordonnances", et de ne passer par la loi "que quand cela est strictement indispensable".

Une possible conséquence de l'accumulation des retards pris par les différents ministères et le
5 Parlement. Alors que François Hollande promettait en mai dernier une "accélération des réformes", une trentaine de mesures annoncées avant le 31 décembre 2013 se font toujours attendre. Lui Président les a listées.

» Chantiers déjà entamés

Certaines mesures sont passées à un fil d'être votées en 2013. C'est le cas de la loi sur l'égalité
10 femmes-hommes, portée par la ministre du droit des femmes, Najat Vallaud-Belkacem, déjà votée au Sénat. L'Assemblée nationale devrait poursuivre l'examen dès le début de l'année : réforme du congé parental et parité dans les entreprises sont pour l'instant au rendez-vous.

La loi Duflot 2 sur le logement est également en passe d'être adoptée. Alors que le premier examen
15 des parlementaires a rendu la garantie universelle des loyers (GUL) facultative, la deuxième lecture à l'Assemblée prévue en janvier devra confirmer ou infirmer ce choix. Même situation pour la loi sur la consommation, qui devrait être votée définitivement par les députés en janvier.

Les sénateurs devront quant à eux se pencher sur le projet de loi "ville et cohésion urbaine", que le
20 ministre François Lamy a déjà fait voter au palais Bourbon. Toujours fermement opposé au projet de loi sur le non-cumul des mandats proposé par le gouvernement, ils devraient le rejeter pour la seconde fois le 15 janvier, avant que le dernier mot ne revienne à l'Assemblée nationale, le 21 janvier. Le Sénat doit aussi voter la proposition de loi dite "Florange" sur la reprise des sites rentables. Fortement amoindrie à l'Assemblée par rapport à la promesse initiale du candidat Hollande, elle aurait dû être discutée début décembre au Palais du Luxembourg. Enfin, la troisième conférence de presse semestrielle de François Hollande se tiendra avec deux mois de retard : initialement prévue en
25 novembre, ce rendez-vous de bilan de son action avec les journalistes qu'il a instauré n'aura lieu qu'à la mi-janvier.

» Avant les municipales

Première élection de mi-mandat pour François Hollande, les municipales des 23 et 30 mars 2014 ont
30 servi à maintes reprises de ligne de mire à l'exécutif. Beaucoup de projets initialement prévus pour 2013 doivent désormais être votés avant cette échéance. C'est le cas du nouveau statut de l'auto-entrepreneur, qui a provoqué beaucoup de débats et de craintes chez les artisans l'année dernière.

Autres projets qui devraient agiter les discussions, la loi sur la transition énergétique et le projet de
loi sur la famille, dont la PMA a finalement été exclue. Ces projets sensibles ont été repoussés au
35 printemps 2014, tout comme les assises de la fiscalité, qui doivent aboutir sur une réforme de l'impôt sur les sociétés. Le président s'est engagé lors de ses vœux 2014 à agir rapidement sur cette question, en annonçant un "pacte de responsabilité" pour les entreprises.

Repoussée également, la réforme de la dépendance, qui devait déjà voir le jour sous le quinquennat
de Nicolas Sarkozy. Annoncé pour 2013, le projet de loi doit finalement être présenté au conseil des
40 ministres en début d'année 2014, pour une application en 2015. Le printemps 2014 servira également d'atterrissage pour la loi d'avenir sur l'agriculture, l'agroalimentaire et la forêt.

» (Bien) après les municipales

Sujets sensibles par excellence, la loi sur l'immigration et l'asile de Manuel Valls et la réforme pénale de Christiane Taubira ont été repoussés après le scrutin municipal. Le projet de la garde des sceaux, qui prévoit des peines alternatives à la prison pour les faits les moins graves, avait fait l'objet d'un vif
45 débat entre les deux ministres l'été dernier.

Autre mesure sensible, la nouvelle loi sur la fin de vie devrait voir le jour en 2014, alors qu'on l'attendait avant la fin 2013. La grande loi sur la création et l'audiovisuel, censée remplacer la Hadopi est, elle, repoussée après les municipales. L'introduction des cours de morale laïque à l'école primaire attendra pour sa part la rentrée 2015, soit deux ans après la date prévue.

50 Côté économie, l'exécutif a mis un terme à l'objectif d'un déficit budgétaire de moins de 3 % du PIB en 2013. Depuis le délai accordé par Bruxelles à la France, l'échéance est officiellement repoussée de deux ans, en 2015. La réforme de l'épargne salariale est entre les mains du COPIESAS (conseil d'orientation de la participation, de l'intéressement, de l'épargne salariale et de l'actionnariat des salariés) tandis que la question du financement de la protection sociale est dans celles du haut conseil
55 éponyme (HCFPS). La première instance ne devrait pas rendre ses conclusions avant le second semestre 2014, tandis que le HCFPS doit se prononcer en mai. Les deux réformes cumuleront un retard d'au moins un an.

Enfin, Stéphane Le Foll n'a toujours pas rendu publique la circulaire qui devait permettre, avant la fin de l'année, d'exonérer les dons agricoles en faveur d'associations caritatives.

UNIDAD 3

DROITS DES CONTRATS

TEXTO 9:

LE CONTRAT DE TRAVAIL

Blanchard Olivier Tirole Jean, 2003, Protection de l'emploi et procédures de licenciement, La documentation française

En droit français, le contrat de travail est un contrat de droit privé qui crée un lien de subordination entre employeur et employé. C'est un contrat à exécution successive, par opposition aux contrats
5 instantanés. Si aucun texte de loi ne définit le contrat de travail, la jurisprudence en donne la définition suivante : « convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération ». Le Contrat à durée indéterminée (CDI) est la forme normale du contrat de travail. Ainsi, il ne s'agit pas d'un contrat synallagmatique classique. En effet, il existe un
10 lien de subordination. C'est-à-dire qu'une personne peut exercer son autorité sur une autre. La subordination juridique créée par ce type de contrat permet de distinguer le salarié du travailleur indépendant.

La législation européenne fait obligation d'un contrat écrit. Mais en France il est admis que le premier bulletin de salaire en fasse office, sauf pour les contrats à durée déterminée ou à temps partiel ;
15 toutefois, dans ce dernier cas, il ne s'agit que d'une présomption simple : l'employeur peut proposer la preuve, par tous moyens légalement admissibles, de l'amplitude horaire qui aurait été convenue. Par contre, pour le CDD, il s'agit d'une présomption irréfragable. En l'absence de contrat écrit, le contrat de travail peut donc être juridiquement requalifié à durée indéterminée et à temps complet, en référence à la durée légale hebdomadaire, 35 heures.

20 Trois éléments constitutifs

Du point de vue de la doctrine, le contrat de travail comporte trois éléments constitutifs :

- la prestation de travail,
- la rémunération,
- le lien de subordination juridique.

25 Le règlement intérieur et la convention collective doivent être présentés lors de la signature du contrat, un exemplaire de cette dernière doit même parfois être remis au salarié.

Toute proposition de modification du contrat de travail POUR RAISONS ECONOMIQUES doit être envoyée par courrier en recommandé avec accusé de réception et contenir l'information que le salarié dispose d'un délai de réflexion d'un mois et que son éventuel silence vaut accord. Une proposition de
30 modification du contrat de travail sans invoquer de raisons économiques est soumise à l'accord formel explicite du salarié et un refus de celui-ci ne peut donner lieu à aucune sanction de l'employeur.

TEXTO 10: CONTRAT EN FRANCE

En France, le contrat est, aux termes du Code civil français :

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

– Article 1101 du Code civil

- 5 Le contrat apparait, au sens strict, comme une catégorie particulière de convention. La convention se distingue pourtant du contrat. En effet, la convention permet de générer des effets de droits quelconques (transmettre ou éteindre des obligations juridiques). Le contrat va lui avoir un rôle créateur : il va créer des effets de droit, et ces effets seront des obligations juridiques.

Dans son article 1108, le Code civil français énumère quatre conditions essentielles pour la validité des conventions :

- le consentement « libre et éclairé » des parties ;
 - la capacité des parties à contracter ;
 - un objet certain et déterminé ;
 - une cause licite.
- 15 Les deux premières conditions se rapportent à un aspect essentiel du contrat, émanation de la volonté des parties. Les dernières permettent de classer les contrats en plusieurs types.

Le contrat, produit de la volonté des parties

- Dans son article 1134, le Code civil dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». On parle ainsi d'un contrat comme de la loi des parties. Les juristes interprètent souvent cette disposition comme une application de la théorie kantienne d'autonomie de la volonté. Le contrat est en effet une source d'obligations acceptées et choisies par les parties, contrairement à d'autres obligations non voulues telles que celles qui découlent des règles de la responsabilité civile. Toutefois c'est bien la loi qui confère leur caractère obligatoire à ces conventions, dont les dispositions ne sauraient contrevenir à des dispositions expresses du droit positif. En France, la force obligatoire du contrat découle donc de la loi elle-même, et non simplement d'un supposé pouvoir des parties capables de créer du droit ex nihilo.
- 20
- 25

Du rôle prépondérant de la volonté des parties découle le principe de liberté contractuelle, qui est un des fondements de la vie sociale moderne. Cette liberté est exprimée dans l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789.

- 30 Parmi les actes juridiques, qui sont des faits qui recherchent volontairement des conséquences juridiques, le contrat a pour caractéristique spécifique de comporter nécessairement un accord de volontés. Il faudrait, en outre, selon certains auteurs de droit public, que cet accord soit librement débattu et fasse naître des droits subjectifs. La notion d'autonomie de la volonté a une influence sur le contenu obligationnel du contrat et sur sa forme :

- 35 • d'une part, elle permet une double liberté de l'individu lors de la formation du contrat : la liberté contractuelle (contracter ou pas) la détermination du contenu. Les parties sont autorisés à définir les modalités du contrat sans avoir à se référer à un modèle quelconque. Seules les règles d'ordre public ne peuvent être écartées par les parties.

- d'une autre part, il n'existe pas de forme ou de solennité: c'est le principe du consensualisme.
- 40 C'est-à-dire que le seul échange des consentements suffit à invoquer le contrat. Un écrit n'est donc pas obligatoire. Toutefois pour certains types de contrat, une forme est nécessaire quant à la validité de cet acte (ex : contrat de travail ou contrat de bail). Par ailleurs, même si un écrit n'est pas obligatoire, les règles du droit de la preuve obligeront souvent les parties à établir un écrit.

TEXTO 11:

LE CONTRAT DE VENTE

Le contrat de vente se conclut lorsque l'offre de transfert de propriété émanant d'un vendeur rencontre l'acceptation d'un acheteur, moyennant une somme convenue.

Le transfert de propriété

5

Il est normalement effectif dès l'échange des consentements entre l'acheteur et le vendeur. Cette disposition peut donc poser des difficultés en raison du transfert de risques qu'il comprend, le nouveau propriétaire devant immédiatement les assumer (bris, destruction, vol, accident...). Pour éviter ces inconvénients on insère une clause de réserve de propriété dans le contrat.

10 La clause de réserve de propriété

Elle a pour objet de retarder le transfert de propriété (et donc des risques) jusqu'au paiement complet du prix. Elle peut se rédiger de la façon suivante : « Les marchandises livrées restent la propriété du vendeur jusqu'au paiement complet de leur prix par l'acheteur. Celui-ci supportera toutefois seul les risques de perte, de dégradations ou de destruction des choses livrées. »

15

2. Les obligations du vendeur et de l'acheteur

Les obligations du vendeur

Il a deux obligations principales : la délivrance du bien et la garantie.

• La délivrance du bien : le vendeur doit livrer à son acheteur la chose correspondant aux
20 termes du contrat, c'est à dire conforme en quantité, en qualité, et au moment convenu

• La garantie : elle est double

o La garantie d'éviction : c'est l'assurance que doit le vendeur à son acheteur de jouir en toute tranquillité de la chose qu'il vient d'acheter. Il doit par exemple garantir à l'acheteur qu'aucun tiers n'a de droits sur le bien qu'il vient de vendre (ainsi le receleur-vendeur ne peut
25 garantir une jouissance paisible de la chose car la victime du vol garde un droit sur le bien).

o La garantie des vices cachés : elle doit garantir l'acheteur (professionnel comme particulier) contre tous les défauts cachés du bien vendu. Cette garantie n'est applicable que si le vice rend la chose achetée impropre à l'usage auquel elle est destinée ; s'il est ignoré de l'acheteur au moment de l'achat et s'il existe au moment de l'achat. Pour en bénéficier l'acheteur doit agir
30 en justice dans un « bref délai ». Une directive européenne en date du 25 mai 1999 et transposée en droit français depuis le 1er janvier 2002 a réformé la garantie des vices cachés. Le « bref délai » de l'article 1648 est précisé par de nouvelles dispositions : le consommateur dispose de deux mois pour dénoncer le défaut à partir du moment de sa découverte. Ce délai se prescrit au bout de deux ans. Par ailleurs, le client n'a pas à prouver l'antériorité du vice si le bien tombe en panne dans un
35 délai de six mois de l'achat. En cas de vices cachés le consommateur peut maintenant exercer quatre choix. Il peut, dans un premier temps exiger, soit la réparation, soit le remplacement du bien. Puis si ces solutions ne sont pas satisfaisantes, demander la réduction du prix ou l'annulation de la vente.

Les obligations de l'acheteur

40 L'acheteur a deux obligations :

• le paiement du prix. Un versement d'arrhes ou d'acomptes a pu avoir lieu pour garantir le paiement. Les arrhes sont versées à titre de dédit, l'acheteur peut donc renoncer à son achat en abandonnant la somme versée à l'avance ; le vendeur peut faire de même en abandonnant le double de cette somme à l'acheteur. L'acompte ne permet pas, par contre de se dédire ; il vient
45 simplement en déduction de la somme à verser.

• Le retirement du bien : une fois la vente conclue, l'acheteur n'a plus le droit de changer d'avis ; il doit prendre livraison à la date prévue. Le défaut de retirement peut exposer l'acheteur à des dommages et intérêts si son retard a provoqué un préjudice chez le vendeur.

50 3. Les procédés de vente

Certains procédés de vente comportent des contraintes particulières

La vente en magasin

55 La vente en magasin est celle qui offre le moins de protection au consommateur : il s'y applique le droit général des contrats. Seules deux règles spécifiques existent.

- Lors d'accidents dans les points de vente : le commerçant est responsable des accidents se produisant dans son magasin. Une exception existe pour les accidents de « caddies » pour lesquels les tribunaux considèrent que la responsabilité est transférée au client utilisateur. Lorsque le local 60 ne sert qu'à fournir un service (coiffeur, cinéma, restaurant...) le client doit prouver la faute du commerçant.

- L'appellation du magasin : elle ne doit pas être trompeuse pour le client. La loi du 25 mars 1998 précise par exemple que le terme « boulangerie » ne peut être utilisée que par un professionnel qui assure la totalité de la fabrication du pain. Dans certains cas l'enseigne doit offrir 65 une garantie professionnelle au consommateur (pharmacie, opticien).

La vente à distance

La dénomination « vente à distance » regroupe toutes les ventes effectuées sans la présence physique d'un vendeur : vente par catalogue, écrit, téléphone, minitel, télévision, internet, télécopie...

UNIDAD 4

PROCÉDURE CIVILE

TEXTO 12:

LE RÔLE DE L'AVOCAT DANS LE SYSTÈME JUDICIAIRE

Le rôle de l'avocat comme un des piliers du système judiciaire français est bien reconnu, et les droits de la défense sont considérés comme un des éléments de l'Etat de droit en France. Cependant, à l'heure des nombreuses réformes envisagées et du nombre croissant de procédures judiciaires, l'avocat est confronté à un défi grandissant : de plus en plus sollicité par l'Etat et par 5 la société, il doit faire face à une remise en cause de sa fonction, par le gouvernement, par la société et par des opinions de plus en plus divergentes au sein de la profession elle-même. Bien que les textes soient restés inchangés, il apparaît clairement que le rôle de l'avocat s'est considérablement modifié ces dernières années.

I. Rôle de l'avocat dans la procédure judiciaire

10 L'avocat est reconnu en France comme un « auxiliaire de justice » au sens plein. L'auxiliaire, c'est celui qui aide, qui apporte son concours, qui défend les seuls intérêts de son client, en toute liberté et toute indépendance, permettant ainsi la tenue de procès équitables dans lesquels toutes les parties sont également conseillées. L'avocat participe ainsi pleinement au processus judiciaire qui doit conduire, en principe, au rétablissement d'une situation plus harmonieuse à l'issue d'un 15 procès qui répond au sentiment de justice exprimé par des citoyens. En plus de ses activités de conseil et de représentation de ses clients, l'avocat participe également au bon fonctionnement du service public de la justice et collabore quotidiennement avec les magistrats pour que la justice soit rendue dans les meilleures conditions possibles.

Classiquement, l'avocat a deux missions principales : l'assistance et la représentation. Ces deux 20 missions ont vocation à défendre un client, mais elles n'ont pas la même portée.

L'avocat assiste son client lorsqu'il le conseille, ou parle en son nom à l'audience. Lorsque le client comparait personnellement à l'audience, l'avocat n'agit qu'en tant que défenseur, il plaide mais n'engage pas de ce fait son client. L'assistance ne se résume toutefois pas aux conseils apportés au client en vue ou lors de l'audience. Cette mission s'exerce également en dehors de tout procès, 25 lors des consultations avec le client, de la rédaction de contrats, de négociations commerciales ou du règlement de situations précontentieuses.

TEXTO 13:

LES ACTEURS DE LA JUSTICE

Fuente : *www.enm.justice.fr*

L'huissier de justice est tout à la fois un professionnel libéral, un juriste performant, un officier ministériel et un officier public. Ses tâches sont multiples, largement tournées vers les contacts. Il reçoit dans son étude les particuliers ou les professionnels et se déplace sur le terrain pour résoudre leurs difficultés.

5 Qu'est-ce qu'un huissier de justice?

L'huissier de justice est à la fois un officier ministériel et un officier public (celui qui a le pouvoir de dresser des actes authentiques). L'une de ses missions principales consiste à rechercher des solutions aux litiges entre créanciers et débiteurs. Lorsqu'une personne se trouve dans l'impossibilité de régler sa dette à une autre, il peut notamment établir un plan de remboursement accepté d'un commun

10 accord par le créancier et le débiteur.

Lorsqu'une personne refuse de régler sa dette à une autre, il intervient pour faire respecter le droit. C'est lui qui est seul habilité par la loi à pratiquer une saisie sur les biens du débiteur.

Il est le seul, par ailleurs, à pouvoir accomplir les formalités nécessaires au bon déroulement d'un procès. C'est lui par exemple qui convoque à l'audience les personnes concernées, et c'est également

15 lui qui leur fait part du jugement

rendu.

Il effectue, par ailleurs, des constats qui pourront servir de preuve à l'occasion d'un litige. Grâce au constat, toute contestation ultérieure est rendue impossible.

Comment devient-on huissier de justice?

20 Il existe deux voies:

- la voie universitaire

La formation est ouverte aux titulaires d'un Bac+4 en droit ou d'un diplôme reconnu équivalent. Essentiellement pratique, elle comprend un stage professionnel rémunéré de deux ans dans une étude d'huissier, doublé d'un enseignement assuré dans chaque région par la Chambre des huissiers.

25 Il est fortement recommandé par ailleurs d'obtenir le diplôme de l'École Nationale de Procédure dont les cours peuvent être suivis parallèlement au stage.

À l'issue du stage, le candidat passe l'examen professionnel.

- la voie professionnelle

30 Le candidat devra cumuler une capacité en droit ou un DUT des carrières juridiques et judiciaires ou un diplôme de droit validant deux années après le baccalauréat, et dix ans d'activité professionnelle au sein d'un office, dont cinq ans en tant que clerc principal.

L'huissier de justice exerce une profession libérale en toute indépendance. Sa rémunération n'est pas libre pour autant.

35 L'huissier de justice est payé en fonction d'un tarif fixé par décret, sauf cas très particuliers.

L'AVOUÉ

Professionnel du droit et officier ministériel, l'avoué est nommé par arrêté du garde des Sceaux après avoir réussi un examen professionnel et été admis par la cour d'appel auprès de laquelle il est installé.

40 L'avoué représente ses clients devant la cour d'appel. Il les conseille sur l'opportunité et les chances de succès d'un appel contre une décision de justice et accomplit en leur nom et pour leur compte les actes nécessaires à la procédure. Il est également chargé de faire connaître les prétentions de son client.

Le recours à un avoué est obligatoire dans la plupart des affaires civiles examinées par la cour d'appel.
45 L'avoué est alors le mandataire de son client et a seul compétence pour accomplir, à sa place, les actes de la procédure et pour s'adresser au juge.

A la différence de l'avocat, il ne plaide pas. Sa compétence est, en outre, limitée au ressort de la cour d'appel auprès de laquelle il a été institué pour exercer son ministère. Il faut passer l'examen d'aptitude professionnelle lequel nécessite d'être diplômé d'un Bac+4 en droit ou tout titre ou diplôme
50 reconnu comme équivalent et d'avoir effectué un stage de deux ans minimum (dont au moins un an en étude d'avoué). L'avoué doit ensuite acheter une charge ou s'associer.

Conformément au décret n° 2009-429 du 17 avril 2009 relatif aux professions d'avoué et de notaire, les avoués stagiaires ont la possibilité de passer plusieurs sessions d'examen en 2009 et ce, même s'ils n'ont pas achevé leur stage commencé au plus tard le 1er juillet 2008. L'avoué perçoit une
55 rémunération fixée par décret et le cas échéant, des honoraires libres s'il donne une consultation non suivie d'une procédure d'appel ou si la représentation par un avoué est facultative.

TEXTO 14:

LA JURIDICTION JUDICIAIRE

En France les juridictions judiciaires fonctionnent selon le principe de l'unité de la justice pénale et civile, ce qui signifie que les mêmes juridictions statuent dans le domaine civil et le domaine pénal de manière soit cumulative soit alternative.

5 Ainsi ce sont les mêmes magistrats qui composent les tribunaux d'instance et de police, les diverses formations des tribunaux de grandes instances, les diverses chambres des cours d'appel.

10 Ces magistrats exercent dans les petites juridictions les fonctions civiles et pénales (fonctions cumulatives) et dans les autres des fonctions civiles ou pénales (fonctions alternatives), la règle du roulement (non applicable à la Cour de cassation) pouvant éventuellement permettre dans ce dernier cas des échanges périodiques.

Dans la pratique certains magistrats peuvent se spécialiser (juges d'instruction, affaires financières).

15 Depuis la loi n°95-125 du 8 février 1995 des assistants de justice auprès des magistrats des tribunaux d'instance, de grande instance et des cours d'appel peuvent être nommés pour une durée de deux ans renouvelable une fois, à condition d'avoir au moins une maîtrise en droit et d'être « particulièrement » qualifiés pour exercer leurs fonctions.

La loi du 8 février 1995 prévoit également un certain nombre de dispositions qui sont supposées être susceptibles de « désengorger » les juridictions : sur la conciliation et la médiation judiciaires en matière de procédure civile, sur le juge unique en matière correctionnelle, sur les alternatives à l'incarcération...

20 Suite à de nombreuses mises en accusation et incarcérations d'hommes politiques et/ou hommes d'affaires dans les années 90 une réforme très importante du fonctionnement de la justice en France, la réforme Guigou (socialiste), a été votée par les parlementaires en l'an 2000 (loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes).

25 La réforme Guigou, pour notamment respecter le droit européen et/ou adopter des pratiques anglo-saxonnes, relance l'utilisation du bracelet électronique afin de développer la technique de "la prison à domicile", adopte, mais seulement pour les mineurs, la technique de l'enregistrement audio/vidéo des interrogatoires, crée le "témoin assisté" pour éviter la mise en examen de certaines personnalités contre lesquels sont réunies "des indices graves ou concordants", limite la durée des instructions à un an en matière correctionnelle et dix-huit mois en matière criminelle, crée enfin un véritable double degré de juridiction en matière criminelle avec la possibilité de faire appel devant une cour d'assises nouvelle (comprenant 12 jurés contre 9 pour la cour d'assises de première instance).

35 Enfin le rôle des avocats dans la procédure est considérablement renforcé : l'avocat peut intervenir dès la première heure de la garde à vue, il intervient auprès du juge de l'application des peines qui obtient pleine compétence pour les libérations conditionnelles des condamnés parvenus à la mi-peine.

40 Après les attentats du World Trade Center de New-York le 11 septembre 2001, suite au changement de majorité politique (UMP), et face à l'augmentation constante des faits délictueux, notamment mafieux, le fonctionnement de la justice a été de nouveau modifié après 2002 par les lois dites Perben 1 et Perben 2, très critiquées par les avocats et certains magistrats, qui s'inspirent partiellement et notamment de la procédure américaine (plaidant coupable).

La loi Perben 1, loi n°2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure (LSI) accroît les pouvoirs de police (contrôle d'identité, fouille des véhicules, fichier d'information de police judiciaire, fichier d'empreintes génétiques, nouvelles infractions pouvant concerner notamment les "gens du voyage" ou 45 "les jeunes" des quartiers dits "difficiles").

La loi Perben 2 sur « l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, complète la première loi en permettant, pour "la criminalité organisée", d'augmenter les pouvoirs d'investigation de la police (garde à vue de 36 heures sans avocat, micros et caméras chez les particuliers, perquisition de nuit, 50 rémunération maintenant officielle des indicateurs, plaidant coupable pour les peines ne pouvant dépasser un an).

UNIDAD 5

DROIT PÉNAL - PROCÉDURE PÉNALE

TEXTO 15:

**REFORME DE LA PROCÉDURE PÉNALE ET SUPPRESSION DU JUGE D'INSTRUCTION
: APPEL À CONTRIBUTION AUPRES DES BARREAUX**

Lors de l'audience solennelle de la Cour de Cassation du 7 janvier 2009, le Président de la République a annoncé une réforme importante du Code de procédure pénale dont le point emblématique est la suppression du juge d'instruction.

Le Conseil national a lancé un appel à contribution des barreaux dont les observations seront
5 examinées lors de l'Assemblée générale des 13 et 14 mars en vue d'une communication rapide à la Commission Léger.

Les travaux de la Commission Léger et les premières propositions de la profession.

Un comité de réflexion sur la rénovation des codes pénal et de procédure pénale présidé par l'avocat
général Philippe Léger a été installé par le Garde des Sceaux, ministre de la Justice, le 14 octobre
10 2008. Les résultats de ses travaux sont attendus le 1er juillet 2009. Les 42 premières propositions du
Conseil National

Le Conseil national des Barreaux a d'ores et déjà adressé à la Commission LEGER ses 42 propositions
de modification du code de procédure pénale publiées à l'occasion des Etats généraux de la justice
pénale qu'il a organisés le 6 avril 2006 à l'Assemblée nationale et dont les termes ont été adoptés lors
15 de l'Assemblée générale du 19 mai 2006.

Le cadre de l'appel à contribution de la profession.

Cet appel à contributions s'inscrit dans la poursuite des réflexions du Conseil national sur les thèmes
de travail de la Commission LEGER à la lumière des récentes déclarations du Président de la
République.

20 Le Conseil National des Barreaux considère que la suppression du juge d'instruction ne peut se
concevoir qu'à la condition de s'inscrire dans une réforme d'ensemble de la justice, reprenant nos
propositions d'avril 2006 et prévoyant :

- un débat contradictoire pour ce qui ne fait pas l'objet d'une instruction et donc:
- l'accès au dossier dès le début de la garde à vue et la possibilité pour l'avocat de solliciter des actes
25 pendant la garde à vue, sous le contrôle d'un juge du siège;
- l'enregistrement audiovisuel de toutes les gardes à vue, et pas seulement dans les affaires
criminelles;
- la création d'un statut du mis en cause;
- des garanties d'indépendance sur la nomination des procureurs identiques à celles du siège;
- 30 - le placement de la police judiciaire sous le réel contrôle du Parquet indépendant;
- la constitution de partie civile toujours possible;
- la réforme de l'Ecole Nationale de la Magistrature;
- la réforme du Conseil Supérieur de la Magistrature.

Le Président de la République a également indiqué qu'il était favorable :

- 35 - à une audience publique sur les charges
- à une audience collégiale publique en matière de détention provisoire

- à la création d'un véritable « habeas corpus à la française » qui passera nécessairement par une présentation devant un magistrat du siège.

40 - A la présence, dès les premiers moments de la procédure, de l'avocat dans un processus consacré par le principe du contradictoire.

Si la profession se félicite de ces propositions importantes, elles auront des conséquences certaines sur l'activité des Barreaux en termes d'organisation des permanences pénales, du fait de:

- la présence continue en garde à vue,

- l'assistance lors de la présentation devant le magistrat du Siège pendant la garde à vue,

45 - l'assistance lors de l'audience sur la mise en examen,

- l'assistance lors de l'audience sur la détention,

- la présence lors des incidents devant le juge de l'instruction pendant l'enquête.

Cela nécessitera en particulier:

- des moyens financiers importants, et donc un développement corrélatif de l'aide juridictionnelle;

50 - un renforcement de la formation ;

- de définir avec précision le rôle, la place et les pouvoirs de l'avocat dans cette nouvelle architecture pour lui permettre d'accomplir sa mission dans le cadre de la stricte égalité des armes (confidentialité de l'entretien avec le client, dignité des locaux, consultation du dossier, photocopies et moyens de télécommunication etc. devront être expressément assurés et prévus par les textes).

55 C'est pourquoi le Conseil National des Barreaux a souhaité lancer ce vaste chantier et proposé aux barreaux d'y contribuer largement en organisant des groupes de travail dont les réflexions seront précieuses.

TEXTO 16:

PROCÉDURE PÉNALE
LES PRINCIPES GOUVERNANT L'ORGANISATION JUDICIAIRE

A - La séparation des fonctions judiciaires

On distingue les fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement. Cette séparation a un fondement politique d'une part, il s'agit de protéger les libertés des citoyens et transposant à l'organisation judiciaire le principe de la séparation des pouvoirs, et technique d'autre part, dans la mesure où elle permet une spécialisation des juges d'un meilleur fonctionnement et une meilleure efficacité de la justice. Cette séparation prend trois aspects :

1) La séparation de la poursuite et de l'instruction

La fonction de poursuite est assurée par le Ministère public tandis que l'instruction est menée par le juge d'instruction. Le juge d'instruction ne peut se saisir lui-même; une poursuite doit avoir été préalablement engagée par le Ministère public. Il est saisi soit par un réquisitoire introductif du procureur de la République, soit par une plainte avec constitution de partie civile de la victime. Ce principe permet d'assurer l'indépendance et l'impartialité du juge d'instruction dans la recherche et l'appréciation des preuves. Le Ministère public ne peut que poursuivre et n'a aucun pouvoir pour effectuer des actes d'instruction mais il peut faire procéder à des actes de police judiciaire, dont le but n'est pas très différent des actes d'instruction, ceci tant que la juridiction d'instruction n'a pas été saisie. Le procureur de la République peut requérir l'accomplissement d'un acte d'information mais le juge d'instruction peut refuser l'exécution de cet acte.

2) La séparation de la fonction d'instruction et de la fonction de jugement

La fonction d'instruction, c'est-à-dire de recherche des preuves, qui appartient au juge d'instruction, doit être séparée de la fonction de juger qui appartient à la juridiction de jugement. Le juge d'instruction ne peut donc en aucun cas siéger au sein de la juridiction appelée à juger une affaire sur laquelle il a mené une instruction. Il existe des atténuations à ce principe: ainsi, le juge pour enfants qui a instruit une affaire concernant un mineur peut siéger dans la juridiction de jugement statuant sur ce même mineur. Le juge de jugement ne peut effectuer des actes d'instruction. Cependant, il peut modifier la qualification opérée par le juge d'instruction et demander un complément d'information.

3) La séparation des fonctions de poursuite et des fonctions de jugement

La fonction du procureur de la République doit être séparée de celle du juge de jugement. Le procureur de la République ou ses substituts qui ont lancé la poursuite ne peuvent siéger dans les juridictions chargées de juger l'individu qu'il a décidé de poursuivre. Ce principe a pour but d'éviter la partialité du juge. De même, la juridiction de jugement ne peut exercer la fonction de poursuite, c'est-à-dire qu'elle ne peut s'autosaisir sauf en cas de délit d'audience. Dans les autres cas, la saisine de la juridiction de jugement émane toujours du Parquet.

TEXTO 17:

LA JUSTICE EN FRANCE

La Cour de cassation est la juridiction la plus élevée de l'ordre judiciaire français. Elle est l'équivalent du Conseil d'État, qui est la juridiction la plus élevée de l'ordre administratif. C'est une juridiction permanente, qui siège au Palais de justice de Paris, 5, quai de l'Horloge.

La Cour de cassation est un juge du droit : elle veille au respect de la loi. Elle peut ainsi prononcer la cassation d'une décision de justice. Cependant, il ne s'agit pas d'un troisième degré de juridiction : la Cour reprend les faits tels qu'ils ont été établis par une juridiction inférieure, et n'a de rôle qu'en ce qui concerne l'application du droit à ces faits.

À l'inverse de certaines autres juridictions judiciaires françaises, il n'y a qu'une seule Cour de cassation pour toute la France : elle peut ainsi faire régner l'unité d'application et d'interprétation du droit sur tout le territoire français.

Les membres de la Cour de cassation sont des magistrats du siège et magistrats du ministère public à savoir pour les magistrats du siège : le premier président, les présidents de chambre, les conseillers et les conseillers référendaires ; et pour les magistrats du ministère public : procureur général, secondé par six premiers avocats généraux et un effectif budgétaire de trente-trois avocats généraux.

Le Premier président de la Cour de cassation est nommé par le président de la République française, sur proposition conforme du Conseil supérieur de la magistrature.

Assemblée plénière

Le renvoi devant l'assemblée plénière peut quant à lui être ordonné lorsque l'affaire pose une question de principe, notamment s'il existe des solutions divergentes, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation ; il doit l'être lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement, la décision rendue par la juridiction de renvoi est attaquée par les mêmes moyens de cassation, c'est-à-dire lors d'un double pourvoi en cassation.

La Cour de cassation est appelée à statuer sur le bien fondé d'un pourvoi en cassation formé à l'encontre d'un arrêt rendu en appel ou d'un jugement en premier et dernier ressort (c'est-à-dire non susceptible d'appel) rendu par un tribunal.

Le rôle de la Cour de cassation se déduit donc de la nature de cette voie de recours.

À cet égard, selon les articles 604 du code de procédure civile et 567 du code de procédure pénale, « Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ».

C'est pour cette raison que l'on enseigne que la Cour de cassation ne constitue pas un troisième degré de juridiction.

La Cour de cassation n'est donc pas juge du fait : le constat des faits est réservé aux juges du fond (tribunaux et cours d'appel) dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir dit souverain, c'est-à-dire qui échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Les moyens de cassation

La cour est saisie par un pourvoi en cassation formé par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation (communément dénommé « avocat aux Conseils ») pour le compte du justiciable. Si le pourvoi n'est pas signé par un avocat de cet ordre particulier, il est irrecevable, sauf s'il s'agit d'une matière pour laquelle la représentation par un avocat aux Conseils n'est pas obligatoire.

UNIDAD 8

DROIT DE FAMILLE

TEXTO 18:

TUTELLE D'UNE PERSONNE MAJEURE

La tutelle est une mesure judiciaire destinée à protéger une personne majeure et/ou tout ou partie de son patrimoine si elle n'est plus en état de veiller sur ses propres intérêts. Un tuteur la représente dans les actes de la vie civile. Le juge peut énumérer, à tout moment, les actes que la personne peut faire seule ou non, au cas par cas.

5 Il s'agit des personnes majeures ayant besoin d'être représentées de manière continue dans les actes de la vie civile :

- du fait de l'altération de leurs facultés mentales,
- ou lorsque leurs facultés corporelles sont altérées au point d'empêcher l'expression de leur volonté, et pour qui toute autre mesure de protection moins contraignante (curatelle, sauvegarde de

10 justice) serait insuffisante.

L'ouverture d'une mesure de tutelle ne peut être demandée au juge que par certaines personnes.

La demande doit comporter :

- le certificat médical circonstancié établissant l'altération des facultés de la personne,
- l'identité de la personne à protéger,

15 • l'énoncé des faits qui appellent cette protection.

Elle est adressée au juge des tutelles du tribunal d'instance dont dépend le lieu de résidence du majeur à protéger.

Avant la fin de la mesure, toute personne autorisée à demander l'ouverture d'une mesure de protection juridique des majeurs peut adresser au juge des tutelles une demande de réexamen.

20 Le juge auditionne le majeur à protéger (si cela est possible) et examine la requête.

Il entend également la personne qui a fait la demande, et leurs éventuels avocats.

Recours

En cas d'ouverture ou de refus de mettre fin à une tutelle, la personne elle-même ou toute personne habilitée à demander sa mise sous tutelle, peut faire appel de la décision.

25 En cas de refus de mise en place de la tutelle, seule la personne qui a déposé la demande de mise sous tutelle peut faire appel.

L'appel s'exerce dans les 15 jours suivant le jugement ou la date de sa notification pour les personnes à qui il est notifié. L'appel est formé par déclaration faite ou adressée par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception au greffe du tribunal.

30 Le juge nomme un tuteur ou plusieurs tuteurs. La tutelle peut être divisée entre un tuteur chargé de la protection de la personne (ex. mariage) et un tuteur chargé de la gestion du patrimoine (ex. déclaration fiscale).

Le tuteur est choisi en priorité parmi les proches de la personne à protéger. Si c'est impossible, le juge désigne un professionnel, appelé "mandataire judiciaire à la protection des majeurs", inscrit sur une

35 liste dressée par le préfet.

Le juge peut aussi désigner un subrogé tuteur pour surveiller les actes passés par le tuteur, ou le remplacer en cas de conflit d'intérêt. Lorsque le tuteur est un membre de la famille, le juge choisit, si possible, le subrogé tuteur dans l'autre branche de celle-ci.

En l'absence d'un subrogé tuteur, le juge peut aussi, pour certains actes, désigner un tuteur ad hoc ,
40 notamment s'il y a conflit d'intérêt entre le tuteur et la personne protégée.

Le tuteur est tenu de rendre compte de l'exécution de son mandat à la personne protégée et au juge.

Dans certains cas, le juge peut nommer un conseil de famille, qui désigne le tuteur, le subrogé tuteur
et le cas échéant le tuteur ad hoc. Le juge peut autoriser le conseil de famille à se réunir et délibérer
45 hors de sa présence lorsque ce dernier a désigné un mandataire judiciaire comme tuteur ou subrogé
tuteur.

La tutelle (ouverture, modification ou fin de la mesure) donne lieu à une mention portée en marge de
l'acte de naissance de la personne protégée.

Une personne protégée par une tutelle prend seule les décisions relatives à sa personne (exemple :
changer d'emploi) dans la mesure où son état le permet.

50 Elle choisit notamment son lieu de résidence et a le droit d'entretenir librement des relations
personnelles.

TEXTO 19:

ADOPTION POUR LES COUPLES HOMOSEXUELS: PROJET DE LOI EN CONSULTATION

Une personne homosexuelle devrait bientôt pouvoir adopter l'enfant de son ou sa partenaire. Le Conseil fédéral a mis en consultation le 29 novembre 2013 une révision du droit de l'adoption allant dans ce sens. Ces changements permettraient de réduire, au moins en partie, les inégalités juridiques qui existent entre couples hétérosexuels et homosexuels concernant l'adoption. Ils mettraient aussi
5 les enfants élevés par un couple de partenaires enregistré-e-s sur un pied d'égalité avec ceux élevés par un couple marié. Les organisations LGBT de Suisse ont salué «cette démarche urgente visant à protéger les familles arc-en-ciel».

La pétition «Mêmes chances pour toutes les familles» déposée en 2010 par ces mêmes organisations avait été à l'origine d'une motion du Conseil des États autorisant l'adoption au sens large aux
10 homosexuel-le-s. Cette motion avait finalement été réduite par le National en 2012 à l'adoption des enfants des partenaires. C'est sur cette version remaniée, ce «compromis», que s'est appuyé le Conseil fédéral pour élaborer son projet de loi.

Un droit de l'adoption moins inégalitaire

La réforme mise en consultation cet automne vise à ne plus permettre uniquement aux personnes
15 mariées d'adopter les enfants de leurs partenaires, comme le prévoit actuellement le Code civil suisse (l'article 264). Il s'agit d'autoriser ce type d'adoption aussi aux personnes en union libre ou en partenariat enregistré, qu'il s'agisse de couples de même sexe ou non.

Les modifications proposées par le Conseil fédéral permettront donc de lever une inégalité de traitement, mais surtout de mieux protéger les 10 000 enfants déjà élevés par des couples en union
20 libre. Comme le soulignent les associations LGBT de Suisse dans un communiqué commun: «Ainsi, la nouvelle disposition légale garantira qu'un enfant élevé dans une famille arc-en-ciel pourra rester avec son deuxième parent en cas de décès du parent biologique. Le décès de son deuxième parent légal lui confèrera en outre le droit d'héritage et le droit à percevoir une rente d'orphelin. En cas de séparation, l'enfant pourra continuer à voir son deuxième parent légal et bénéficiera d'un droit
25 d'entretien.»

Les milieux conservateurs ont déjà brandi la menace d'un référendum, si le projet de loi devait être adopté par les deux chambres. Et ce, malgré le fait que cette réforme soit déjà le résultat d'un compromis.

Une motion remaniée

30 Au départ, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats avait décidé de donner suite à la pétition «Mêmes chances pour toutes les familles» en déposant une motion du même nom en novembre 2011. Celle-ci chargeait le Conseil fédéral (CF) de préparer les modifications législatives nécessaires afin que toute personne adulte, quel que soit son état civil ou son mode de vie, puisse adopter un enfant si l'adoption est compatible avec l'intérêt supérieur de celui-ci.

35 Après le Conseil des Etats le 13 mars 2012, le Conseil national s'était lui aussi prononcé sur la motion «Droit de l'adoption. Mêmes chances pour toutes les familles». Mais contrairement à leurs homologues de la chambre haute, les parlementaires n'avaient pas autorisé l'adoption au sens large aux homosexuel-le-s, mais seulement l'adoption des enfants de leur partenaire. Un compromis qui avait finalement été accepté par le Conseil des Etats en juin 2012.

40 La version remaniée de la motion transmise durant l'été 2012 au Conseil fédéral, qui rejoignait d'ailleurs la volonté exprimée par ce dernier en février 2012 dans sa réponse à la motion initiale,

demande de changer l'article 28 de la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart) et l'article 264 du Code civil. Objectif : que «toute personne adulte, quel que soit son état civil ou son mode de vie, puisse adopter l'enfant de son ou sa partenaire, si l'adoption
45 constitue la meilleure solution pour le bien-être de l'enfant.»

La réforme proposée aujourd'hui par le CF prévoit de modifier la Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, de sorte que ce ne soit plus l'adoption tout court, mais l'adoption conjointe qui soit interdite aux partenaires enregistrés.

Pour humanrights.ch, cette position est toutefois incohérente puisqu'elle maintient des différences de
50 traitement incompatibles avec les droits humains pour les couples du même sexe. Dans ce contexte, les associations LGBT estiment que d'autres mesures s'imposent et que, «en fin de compte, seule l'ouverture du mariage pour tous permettra d'instaurer une totale égalité de droits pour les familles arc-en-ciel et les personnes LGBT dans tous les domaines de la vie.»

Déposée en 2010 avec 19'380 signatures, la pétition demande que les dispositions relatives à l'adoption
55 soient adaptées de sorte qu'elles se fondent sur l'intérêt de l'enfant et son bien-être, et non sur l'état civil et l'orientation sexuelle des personnes ou des couples qui souhaitent adopter un enfant. En outre, elle demande que les enfants qui sont élevés par un couple ayant contracté un partenariat enregistré soient mis sur un pied d'égalité avec ceux qui sont élevés par un couple marié et que les couples de même sexe aient les mêmes droits de parentalité et d'adoption que les couples mariés. Avec 97 voix
60 contre 83 et 8 abstentions, le Conseil national avait décidé le 30 septembre 2011 de ne pas donner suite à cette pétition, à l'inverse du Conseil des Etats.

Suite à une interpellation de Mario Fehr (ZH/PS), le Conseil fédéral avait refusé le 14 mai 2008 de lever l'interdiction d'adopter faite aux personnes homosexuelles. Il justifiait sa décision d'une part sur l'idée que les enfants devraient avoir des parents de sexe différent, et d'autre part sur le fait que la
65 LPart avait finalement reçu un accueil favorable en bonne partie parce qu'elle mettait fin à une discrimination des personnes homosexuelles - mais sans pour autant leur permettre l'adoption.

L'interpellation parlementaire avait eu lieu suite à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme en janvier 2008. Celle-ci avait conclu que les autorités françaises avaient refusé l'adoption à une femme en opérant une distinction fondée principalement sur son
70 homosexualité.

TEXTO 20:

« IL N'Y A NI RENIEMENT, NI RENONCEMENT » SUR LA LOI FAMILLE, SELON BERTINOTTI

Ministre déléguée auprès de la ministre des affaires sociales et de la santé, chargée de la famille, Dominique Bertinotti avait annoncé, le 16 janvier, que son projet de loi sur la famille, à l'origine programmé pour le printemps 2013, serait présenté en conseil des ministres en avril. Moins de trois semaines plus tard, lundi 3 février, Matignon a affirmé que cela n'interviendrait finalement pas cette année.

Après l'annonce du report du projet de loi sur la famille, comment pouvez-vous accepter ces reculades successives ? Pourquoi ne démissionnez-vous pas ? D'ailleurs, y avez-vous songé ?

Dominique Bertinotti : Non, je n'y ai jamais songé. Je fais de la politique depuis suffisamment longtemps pour savoir qu'elle n'est pas un long fleuve tranquille et que ce n'est pas forcément en claquant la porte quand les choses sont difficiles que l'on arrive à ses fins. Pour moi, dans cette affaire, l'essentiel est que le gouvernement garde son cap. Or c'est le cas. Le premier ministre l'a bien dit hier à l'Assemblée nationale : évoquant les réformes prévues dans le projet de loi sur la famille, « le travail va se poursuivre et sera mené à bon port », a-t-il dit. Nous gardons donc le cap, même s'il faudra peut-être emprunter d'autres chemins que ceux prévus à l'origine.

Vous faites référence à l'idée, évoquée mardi par plusieurs députés socialistes, de propositions de loi qui pourraient reprendre les principales dispositions de votre projet de loi ?

Je constate que, d'ores et déjà, des parlementaires réfléchissent à la façon dont eux-mêmes pourraient faire avancer les choses sous forme de proposition de loi. C'est une idée. Rien n'est arrêté. L'essentiel est qu'il y a ni reniement ni renoncement.

En annonçant le report de la loi famille au lendemain de nouvelles manifestations organisées par les opposants au mariage gay, n'envoyez-vous pas un signal politique désastreux ? Désormais tous ceux qui combattent le gouvernement vont se dire qu'il suffit de défiler dans la rue pour le faire plier...

Je comprends que l'on puisse voir les choses ainsi mais, objectivement, la situation était devenue très compliquée. Chaque fois que le gouvernement répétait que ni la procréation médicalement assistée (PMA) ni la gestation pour autrui (GPA) ne figureraient dans le projet de loi, l'opposition rétorquait en disant que la majorité parlementaire allait de toute façon introduire l'une et l'autre par voie d'amendements. A cause de cette focalisation totalement infondée sur la PMA et la GPA, il nous a été impossible d'expliquer sereinement ce que contenait le projet de loi famille. La spirale de la désinformation était devenue telle qu'il fallait sortir de cette situation absurde.

Il y a un an, pendant l'examen du projet de loi sur le mariage gay, l'opposition agitait déjà le chiffon rouge de la PMA et de la GPA. Cela ne vous a pourtant pas empêché de tenir bon...

En effet, la loi a été adoptée et, un an après, force est de constater que, n'en déplaise à ses opposants, l'ordre social n'est pas bouleversé... Mais on ne peut pas non plus continuer éternellement avec des manifestations, chaque semaine, qui diffusent de fausses informations et remettent en cause la légitimité du pouvoir démocratique. Tout cela crée un climat malsain et délétère qui ne peut pas durer. Au moment où le président de la République lance le « pacte de responsabilité », où l'accent est mis sur la lutte contre le chômage et la nécessité de doper la croissance, il faut absolument recréer un climat de confiance. Or celui-ci ne peut pas naître sur un terrain de contestation permanente.

Sur Canal +, mardi soir, vous avez appelé à une « mobilisation citoyenne », en expliquant que « ça s'appelle aussi la démocratie que d'avoir des manifestants dans les rues ». Qu'avez-vous voulu dire ?

Je pense que ceux qui veulent faire avancer les choses doivent davantage se faire entendre. L'année dernière, pendant le débat sur le mariage pour tous, les opposants se sont fait davantage entendre. Face à la mobilisation de la droite réactionnaire, je souhaite aujourd'hui un sursaut d'une France généreuse et ouverte. Cela ne veut pas forcément dire qu'il faut répondre aux manifestations par des contre-manifestations. Mais il faut désormais une vraie mobilisation, sur les réseaux sociaux, par des tribunes dans la presse... Bref, il faut que l'opinion publique se mobilise.

Etes-vous toujours favorable à la PMA ?

La question de la PMA se reposera forcément un jour ou l'autre dans la mesure où elle se pratique dans d'autres pays proches de nous, comme la Belgique ou l'Espagne. Mais ça n'est pas le sujet 55 aujourd'hui. En tant que ministre, je veux me concentrer sur d'autres points : la médiation, l'adoption, le statut de beau parent, etc. Ce sont des questions qui ne sont ni de gauche ni de droite et qui concernent toutes les familles.

Le débat autorisé, mais surveillé

L'objectif du gouvernement, en retirant la réforme Bertinotti, était « d'avoir sur les questions de 60 famille un débat apaisé », a expliqué, mercredi, Alain Vidalies, le ministre des relations avec le Parlement sur iTélé. « Nous travaillons sur une loi famille qui concerne la vie quotidienne des Français », des « choses très simples », « qui concernent des centaines de milliers de Français », a-t-il dit en évoquant le statut des beaux-parents ou la médiation familiale. « Le Parlement, ce qui est normal, va reprendre l'initiative », a-t-il dit. Il a laissé entendre qu'une de ces dispositions - 65 l'accès aux origines pour les enfants nés sous X - pourrait faire partie d'un projet de loi ultérieur. Quant à la PMA, « personne ne peut dire que ce débat est fini pour l'éternité ». Il a redit l'opposition du gouvernement à la gestation pour autrui : pas de GPA, « ni aujourd'hui, ni demain ».

Marisol Touraine, la ministre de la santé, n'a pas non plus fermé la porte à des propositions de loi sur la famille après le report du projet de loi. « S'il y a des propositions de loi, de toute façon, cela 70 relève de la seule décision du groupe socialiste (...) il y a une marge d'autonomie complète qui est laissée aux parlementaires », a dit la ministre sur RFI. Elle a toutefois réaffirmé que le gouvernement ne souhaitait pas des discussions » sur la procréation médicalement assistée (PMA) et la gestation pour autrui (GPA).

UNIDAD 9

DROIT DES SUCCESSIONS

TEXTO 21:

LES SUCCESSIONS

La loi sur les successions et les libéralités, qui a été publiée, modifie plus de 200 articles du Code civil, inchangés pour la plupart depuis 1804. La loi nouvelle prend en compte l'allongement de la vie, la multiplication des familles recomposées, les évolutions économiques. Elle modifie le droit des successions, des libéralités et diverses dispositions dont les règles applicables au PACS. Elle est entrée en vigueur au 1er janvier 2007.

- Un héritier peut revendiquer une succession pendant 10 ans seulement, au lieu de 30 ans.
- A l'expiration d'un délai de quatre mois après le décès, une sommation de se prononcer peut être délivrée à l'héritier taisant.
- Les héritiers peuvent accomplir certains actes de gestion courante (paiement du loyer, des factures...) sans être tenus pour acceptant la succession, c'est-à-dire sans risquer de supporter personnellement tout le passif. En cas de découverte d'un passif imprévu, obérant gravement le patrimoine de l'héritier, le tribunal peut autoriser cet héritier à revenir sur son acceptation.
- Concernant l'indivision la règle de la majorité des deux tiers remplace celle de l'unanimité pour les décisions les plus simples. Pour parvenir au partage des biens, un mandataire peut être désigné pour remplacer l'indivisaire qui ne répondrait pas aux demandes de ses co-héritiers.
- En cas de mésentente profonde entre les héritiers, un mandataire judiciaire peut être nommé, avec les pouvoirs que le tribunal décidera de lui confier qui peuvent aller jusqu'à vendre les actifs de la succession.

Aménager la réserve héréditaire : le pacte de famille

La réserve héréditaire, qui interdit de déshériter un enfant, est maintenue. Toutefois la loi prévoit la faculté d'aménager les conditions d'application des droits réservataires des héritiers, dans le cadre « d'un pacte de famille ». Il doit être signé par deux notaires du vivant des parents, afin d'aménager les droits futurs de chacun des enfants. Jusqu'alors, un héritier ne pouvait renoncer à sa réserve. Une telle renonciation était analysée comme un pacte sur succession future qui était prohibé par notre droit.

- Ainsi, un enfant peut accepter par avance de renoncer à tout ou partie de la succession de ses parents pour avantager un frère ou une sœur.
 - Le pacte permet également les donations trans-générationnelles, de grands-parents à petits-enfants. La loi permet de faire concourir des générations différentes dans une donation-partage.
- Les grands-parents peuvent désormais consentir une telle donation afin de répondre aux besoins de leurs petits-enfants. La part donnée au petit-enfant s'impute sur la réserve du parent avec son accord. Cette nouvelle modalité de transmission patrimoniale est liée à l'allongement de la vie et au développement des solidarités dans les familles.

Ce qui ne change pas

- La réforme modernise le droit successoral mais ne bouleverse pas ses grands principes.
- Le principe d'égalité entre les enfants, véritable pivot du droit français, est maintenu.
 - Le principe de la saisine directe n'est pas modifié. En droit français, les héritiers sont en possession de leur héritage par le seul décès de la personne. C'est à eux qu'il appartient de procéder au règlement de la succession. Le conseil d'un professionnel reste utile.
- L'ordre des héritiers ne change pas. Les enfants et le conjoint sont prioritaires. A défaut, ce sont les parents, ou les frères et sœurs, puis neveux et nièces qui héritent. Les personnes liées par un pacte civil de solidarité, par exemple, n'entrent pas dans cet ordre.
- La réserve héréditaire qui interdit de totalement déshériter un enfant est maintenue. Les quotités réservées aux enfants et au conjoint survivant, ne changent pas.

TEXTO 22:

CONJOINT SURVIVANT ET LOGEMENT

Le droit de jouissance gratuit et temporaire bénéficie aux couples mariés locataires ou propriétaires de leur logement. Le droit d'habitation et d'usage ne concerne que les couples propriétaires.

Le droit de jouissance gratuit et temporaire

5 Le conjoint survivant a la certitude de conserver la jouissance gratuite du logement conjugal et du mobilier durant un an à compter du décès de son époux (art. 763 du Code civil).

Bon à savoir: ce droit est également reconnu au partenaire survivant pacsé.

Conditions

Le conjoint survivant bénéficie automatiquement de ce droit, il n'a pas à en faire la demande.

10 En outre, il bénéficie du droit de se maintenir dans les lieux que le logement fût la propriété des deux époux ou la propriété exclusive du défunt.

Et si les époux sont locataires...

Si le logement était loué par le couple, le conjoint survivant se maintient dans les lieux et sera remboursé par la succession au fur et à mesure qu'il s'acquitte des loyers. Les loyers, hors charges,

15 sont alors prélevés sur le montant de la succession (Rép. min. Morange Ass. Nat. du 11 janvier 2005).

L'option pour un droit viager d'habitation et d'usage

Lorsque le logement était la propriété des deux époux ou la propriété exclusive du défunt, le conjoint survivant peut bénéficier, jusqu'à son décès, d'un droit d'habitation sur le logement et d'un

20 droit d'usage sur les meubles qui le garnissent (art. 764 du Code civil). Ces droits sont viagers, c'est-à-dire qu'ils s'éteignent avec le décès de l'époux veuf.

Conditions pour bénéficier de l'option

Le conjoint survivant dispose d'un délai d'un an à compter du décès, pendant qu'il bénéficie du droit de jouissance temporaire, pour manifester sa volonté de bénéficier de son droit d'habitation

25 et d'usage.
Ces droits viagers portent sur les mêmes biens que le droit temporaire de jouissance. Cependant, si le logement était détenu par le défunt en indivision avec un tiers (ce peut être le cas à la suite d'un deuxième mariage), le conjoint survivant est privé de ces droits.

A savoir : le défunt, contrairement au droit de jouissance temporaire, a pu écarter ou limiter le

30 droit d'usage et d'habitation de son conjoint, à la seule condition de l'avoir fait aux termes d'un testament authentique (rédigé devant notaire).

Les droits d'habitation et d'usage demeurent pendant toute la vie du conjoint survivant, même en cas de remariage.

Une fois l'option prise, le conjoint survivant ne peut ni céder ni louer les droits qui lui sont

35 conférés. Le droit d'habitation et d'usage n'est pas gratuit. Le conjoint survivant doit s'acquitter des charges et réparations d'entretien du logement, ainsi que de la taxe d'habitation.

Dédommagement ou complément

La valeur des droits d'habitation et d'usage s'impute sur les droits successoraux du conjoint

40 • soit la valeur du droit est inférieure à sa part d'héritage, et dans ce cas, il aura droit au complément sur les biens existants ;
• soit la valeur du droit d'habitation est supérieure à la part successorale du survivant. Dans ce cas, il n'a pas à dédommager les autres héritiers, même si leur part réservataire est entamée.

Priorité sur le logement lors du partage de la succession

45 Si le conjoint survivant reçoit une quotité de la succession en pleine propriété lors de la succession, il aura la priorité dans le partage de l'indivision pour l'attribution du logement familial mais aussi de l'ensemble du mobilier (art. 831-2 du Code civil).

Si la quotité reçue est inférieure au montant du logement, le conjoint survivant devra verser la différence, appelée soulte, à la succession. Il bénéficie dans ce cas de délais de paiement spéciaux 50 (jusqu'à 10 ans).

TEXTO 23:

LA SUCCESSION LÉGALE

Les survivants héritent selon un ordre fixé par la loi. Viennent au premier rang le conjoint survivant ou le partenaire enregistré ainsi que les descendants tels que les enfants, les petits-enfants et les arrière-petits-enfants.

S'il n'y a ni conjoint ni enfants, ce sont les parents et leurs descendants qui héritent. S'il n'y a pas non plus de parents ni de descendants des parents, ce sont les grands-parents et leurs descendants qui héritent.

S'il n'y a pas de parents du tout, la succession est dévolue entièrement à l'Etat.

Le concubin de la personne défunte n'hérite de rien en cas de décès du partenaire, car il n'est pas considéré comme un héritier légal du défunt. Même dans un testament, le concubin ne peut être favorisé que de manière limitée, à condition que les réserves héréditaires (parts minimales selon le droit successoral) des descendants ou des parents aient été respectées.

Protection des réserves héréditaires

La réserve héréditaire est une part de la succession qui est garantie pour les descendants, les parents, le conjoint et le partenaire enregistré. Il n'est pas possible d'y déroger, même par testament. Pour que le futur héritier puisse renoncer à sa part successorale, il faut avoir conclu un « pacte de renonciation à succession », qui rend caduque cette protection de la réserve héréditaire.

Si un testament ne respecte pas la réserve héréditaire, il n'est pas automatiquement nul ; il doit d'abord être contesté par les héritiers légaux.

20 La part successorale

La part successorale est la part de la succession à laquelle ont droit les différents héritiers.

Quotité disponible

La quotité disponible est la part de la succession qui excède la réserve héréditaire et dont le disposant peut donc disposer librement.

25 Les personnes qui n'ont pas d'héritiers protégés par la réserve héréditaire peuvent disposer de la totalité de leur patrimoine.

Après de longues semaines de tergiversations, Matignon s'est finalement décidé, jeudi 6 février, à remettre sur la table le dossier de l'intégration. Le sujet avait été enterré mi-décembre 2013 après la polémique née de la divulgation de certaines propositions des cinq rapports commandés par le premier ministre sur le sujet. Une réunion est désormais prévue, mardi 11 février, à Matignon, avec une proposition phare : la création d'un organisme public consacré à l'intégration et à la lutte contre les discriminations, rattaché au premier ministre.

« Haut commissariat, secrétariat général, délégué interministériel », son statut n'est pas encore tranché, mais il devrait l'être lors de la réunion du 11 février. « Ce sera une structure légère chargée de coordonner et d'évaluer les différentes politiques publiques d'intégration. Comme cela concerne plusieurs ministères, c'est logique que cela soit arbitré et piloté directement depuis Matignon », explique-t-on aussi rue de Varenne.

LUTTE DE PÉRIMÈTRE

40 Les projets de Matignon pour relancer le thème de l'intégration s'avèrent toutefois une nouvelle fois périlleux, tant le sujet est sensible sur le fond, dans l'opinion et, sur la forme, au sein du gouvernement. L'idée de M. Ayrault cache, en sous-main, une lutte de périmètre qui a tendu, ces dernières semaines, les relations entre le premier ministre et son ministre de l'intérieur, Manuel Valls. Depuis les années Sarkozy et la création du ministère de l'immigration, de l'intégration et de l'identité nationale, la Place Beauvau a seule la main sur l'ensemble des questions d'intégration.

Même si la structure voulue par M. Ayrault voit le jour, le ministère de l'intérieur devrait toutefois conserver la gestion du contrat d'accueil et d'intégration (CAI). Soit le suivi de tous les nouveaux

détenteurs d'un [titre](#) de séjour, durant leurs cinq premières années en [France](#). C'est dans ce cadre que les primo-arrivants peuvent [avoir](#) des cours de français ou se [voir enseigner](#) les « valeurs » de la 50 République.

« Les premières années sont absolument déterminantes pour les étrangers, c'est là que le ministre de l'intérieur est légitime car il a les titres de séjour », défend-on Place Beauvau. Le CAI est à ce [titre](#) depuis longtemps jugé peu efficace au ministère, et il est prévu de le [revoir](#). « Dans le paysage interministériel, M. Valls n'a jamais eu l'intention de [traiter](#) l'intégration seul. Aucun 55 ministre ne le peut », souligne-t-on dans son entourage.

UNIDAD 10

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

TEXTO 24:

L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

ARRET PARKER
COUR DE CASSATION

La Cour ; - Sur la contravention à l'art.121 de l'ordonnance de 1629 ; - Attendu que l'ordonnance de 1629 disposait, en termes absolus et sans exception, que les jugements étrangers n'auraient pas d'exécution en France, et que ce n'est que par le Code Civil et le Code de procédure que les tribunaux français ont été autorisés à les déclarer exécutoires ; qu'ainsi l'ordonnance de 1629 est
5 ici sans application ; - Sur la contravention aux art. 2123 et 2128 du Code civil, et 546 du Code de procédure ; - Attendu que ces articles n'autorisent pas les tribunaux à déclarer les jugements rendus en pays étranger exécutoires en France sans examen ; qu'une semblable autorisation serait aussi contraire à l'institution des tribunaux, que l'aurait été celle d'en accorder ou d'en refuser l'exécution arbitrairement et à volonté ; que cette autorisation qui, d'ailleurs, porterait atteinte
10 au droit de souveraineté du gouvernement français, a été si peu dans l'intention du législateur, que, lorsqu'il a dû permettre l'exécution sur simple pareatis des jugements rendus par des arbitres revêtus du caractère de juges, il a eu le soin de ne confier la faculté de délivrer l'ordonnance d'exequatur qu'au président et non pas au tribunal, parce qu'un tribunal ne peut prononcer qu'après délibération, et ne doit accorder, même par défaut, les demandes formées devant lui,
15 que si elles se trouvent justes et bien vérifiées (art. 116 et 150 du Code de procédure) ; - Attendu, enfin, que le Code civil et le Code de procédure ne font aucune distinction entre les divers jugements rendus en pays étrangers, et permettent aux juges de les déclarer tous exécutoires ; qu'ainsi ces jugements, lorsqu'ils sont rendus contre des Français, étant incontestablement sujets à examen sous l'empire du Code civil, comme ils l'ont toujours été, on ne pourrait pas décider que
20 tous les autres doivent être rendus exécutoires autrement qu'en connaissance de cause, sans ajouter à la loi et sans y introduire une distinction arbitraire aussi peu fondée en raison qu'en principe ; qu'il suit de là qu'en rejetant l'exception de chose jugée qu'on prétendrait faire résulter d'un jugement rendu en pays étranger, et ordonnant que le demandeur déduira les raisons sur lesquelles son action est fondée pour être débattue par Parker, et être statué sur le tout en
25 connaissance de cause, la Cour royale a fait une juste application des articles 2123, 2128 du Code civil, et 546 du Code de procédure ; - Rejette.

TEXTO 25:

LOI APPLICABLE

ARRET PRINCESSE DE BAUFFREMONT

Cour de cassation (Ch. civ.) – 18 mars 1878

(S. 1878. 1. 193, note Labbé)

FAITS. – Le 1er août 1874, la Cour de Paris prononce la séparation de corps entre le prince de Bauffremont, citoyen français, et son épouse, belge d'origine, devenue française par le manège. A cette époque, la loi française applicable en l'espèce n'admet pas le divorce; cette prohibition ne convient pas à la princesse. Profitant de ce que la séparation de corps lui restitue la liberté de choisir seule un domicile séparé, elle se transporte temporairement dans le duché de Saxe-Altenbourg dont elle obtient la nationalité le 3 mai 1875. Désormais sujette de cet Etat allemand, elle recouvre sa liberté matrimoniale grâce à sa nouvelle loi nationale qui considère comme divorcés les catholiques séparés de corps. La princesse peut épouser celui pour lequel elle a entrepris le voyage en Allemagne; le 24 octobre 1875, à Berlin, elle convole avec le prince Bibesco, sujet roumain.

Le procédé déplaît au prince de Bauffremont, quant à lui toujours Français et toujours marié avec celle qui désormais se dit l'épouse d'un autre. Il engage une procédure pour clarifier sa situation, demandant au Tribunal de la Seine, l'annulation, d'une part, de la naturalisation obtenue sans son autorisation, d'autre part, du second mariage contracté pendant l'existence du premier au mépris de l'interdiction de la loi française.

Un jugement du 10 mars 1876 lui donne satisfaction. En un premier motif, il est déclaré que « la princesse de Bauffremont n'a pu valablement acquérir à défaut de l'autorisation de son mari, la nationalité de l'Etat de Saxe Altenbourg et... elle était encore française lors du mariage contracté par elle, le 24 octobre 1875 ». Un second motif observe, sur le mode conditionnel, qu'aurait-il reçu l'agrément du mari, le changement d'état recherché par la femme n'aurait pas résulté de « l'exercice légitime d'une faculté conférée par la loi... [mais] n'en serait que l'abus... [et] qu'il appartiendrait toujours à la justice de repousser des entreprises également contraires aux bonnes moeurs et à la loi ».

Sur appel de la princesse, la Cour de Paris constate que le débat a pour objet, non la validité de la naturalisation étrangère, sur quoi elle se juge sans compétence, mais « les effets légaux au regard de la loi française » que cette naturalisation pourrait produire. Par arrêt du 17 juillet 1876, elle juge que, sans autorisation du mari, l'acquisition volontaire de la nationalité étrangère était impropre à libérer la princesse de l'allégeance française et donc des contraintes de la loi française ; elle ajoute que même si les époux en avaient été d'accord, ils n'auraient pas eu le pouvoir d'é luder, par un changement de nationalité, « les dispositions d'ordre public de ta loi française qui les régit ». Ainsi, la Cour d'appel donne-t-elle à son tour deux motifs pour déclarer l'acte de naturalisation « inopposable au mari » et confirmer le jugement maintenant l'épouse dans les liens de sa première union (v. D. de Folleville, De la naturalisation en pays étranger des femmes séparées de corps en France et de l'incompétence des tribunaux en cette matière, 1876).

La princesse se pourvoit en cassation. Elle propose deux moyens. Tel que l'entend la Cour de cassation, le premier n'intéresse pas le droit international privé. Ce n'est pas le cas du second qui reproche à la cour d'appel de n'avoir pas su apprécier la régularité ni l'efficacité du changement de nationalité.

Pourvoi en cassation par la princesse de Bauffremont. – 1^o moyen. Violation des art. 215 et 217, C. civ., en ce que la Cour, dans l'arrêt attaqué, a admis la princesse de Bauffremont, mariée en Allemagne au prince de Bibesco, à ester en justice en appel pour soutenir la validité de son second mariage sans autorisation maritale ou de justice.

2^o moyen. Violation des art 3, § 3, 17, 108, C. civ.; fausse application des art. 215 et 217, C. civ.; violation de l'art. 1124, § 3, du même Code; violation de l'art. 227, C. civ., et de la loi du 8 mai 1816, en ce que la Cour a refusé d'apprécier ta naturalisation d'après la loi du pays où elle a été obtenue, et refusé ensuite d'apprécier la capacité pour la femme de convoler en secondes noces d'après ta loi sous l'empire de laquelle elle était placée par sa naturalisation,

50 ARRET

La Cour; – Sur le premier moyen; – Attendu que, si la femme mariée ne peut ester en jugement, à aucun degré de juridiction, sans l'autorisation de son mari, il n'est pas exigé par la loi que cette autorisation soit expresse ; qu'elle peut, lorsque le litige est engagé entre deux époux plaidant l'un contre l'autre, être tacite et résulter notamment de ce que le mari, ayant provoqué le débat, y a
55 appelé sa femme; qu'en l'actionnant, le mari l'autorise à défendre sa cause contradictoirement avec lui ; que, dans l'espèce, le défendeur (au [*44] pourvoi) a introduit devant le tribunal civil de la Seine, contre la demanderesse, sa femme, une action en nullité, tant du mariage contracté par celle-ci, le 14 octobre 1875, à Berlin, avec le prince Bibesco, que de l'acte de naturalisation
60 demanderesse du jugement intervenu, il a accepté le débat, et, loin d'élever aucune exception, il a, par des conclusions formelles, contesté les prétentions dans lesquelles la demanderesse avait succombé en première instance, et demandé aux juges d'appel l'invalidation des actes dont l'annulation avait été l'objet même de sa demande originaire; qu'il a par là tacitement maintenu et confirmé, au second degré de juridiction, l'autorisation tacite qui, au premier degré, résultait
65 de ce qu'il avait actionné sa femme; qu'ainsi, il a été satisfait aux exigences des articles 215 et 218 du code civil tant en appel qu'en première instance; D'où il suit que le premier moyen manque en fait;

TEXTO 26:

VARIANTES DE L'APPROCHE CONFLICTUELLE TRADITIONNELLE :
L'IMPRESSIONNISME JURIDIQUE. LA RECHERCHE DE LA PROPER LAW OU
PRINCIPE DE PROXIMITÉ

Comme nous venons de le voir dans l'approche conflictuelle traditionnelle, il n'est nullement question de se livrer à une analyse du contenu des lois en présence ou des intérêts gouvernementaux des systèmes juridiques où ces lois sont en vigueur. Il en résulte que le tribunal peut être amené à appliquer une loi n'ayant pas grand titre à régir la cause qui lui est soumise.

5 C'est pourquoi certains juristes ont proposé d'avoir recours à une analyse fonctionnelle pour arriver à la meilleure solution dans chaque cas d'espèce en utilisant des directives fondées soit sur la finalité qui doit être poursuivie par le tribunal, soit sur des techniques de personnalisation.

1. Recherche d'une solution juste

Le professeur Cavers rejette l'approche traditionnelle, car il estime que pour rendre justice aux 10 parties dans chaque cas d'espèce, le tribunal doit examiner le contenu matériel ou substantiel des lois en conflit. Il doit choisir une loi particulière et non une unité juridique particulière dont le droit est généralement applicable. Il ne doit y avoir aucun compartiment étanche entre les règles déterminant la loi applicable et les règles matérielles ou substantielles de cette loi. Le choix d'une 15 loi n'est définitif que si la solution qu'elle offre satisfait aux exigences de la justice et aux objectifs sociaux en cause . En d'autres termes, les règles de conflit ne peuvent pas être impersonnelles ; elles doivent correspondre aux faits particuliers de chaque cas d'espèce. Il conclut qu'il est impossible de formuler des règles définitives de conflit et qu'il faut simplement se servir de principes de préférence. A vrai dire, ces principes de préférence sont des pseudo-règles de 20 règles de conflit déjà formulées, en reconnaît ensuite la nécessité, tout au moins pour certaines règles . Sans revenir à l'approche traditionnelle, il tente de démontrer que son approche n'aboutit pas uniquement à des décisions ad hoc.

2. Groupement des points de contact. La proper law - principe de proximité. Recherche du rapport le plus significatif

25 Le Restatement of the Law, Second a adopté une approche qui est plus flexible que celle préconisée par le premier Restatement qui était empreint de dogmatisme. Ainsi, le législateur et les tribunaux lorsqu'ils doivent formuler ou interpréter les règles de conflit de lois, doivent être guidées par des considérations de politique législative. Tout dépend des objectifs que le législateur et les tribunaux désirent atteindre, car les règles de droit international privé ne doivent pas être 30 déduites de principes généraux posés à l' avance. Le Restatement Second tient compte d' un nombre de facteurs pour arriver à une approche flexible qui veut que les droits et obligations relatifs à une question particulière soient déterminés par les dispositions matérielles de la loi de l'État qui, concernant cette question, a le rapport le plus significatif avec les faits de la cause et les parties. L'énumération des facteurs et des politiques devant guider le choix de la loi applicable 35 n'est pas exhaustive. L'Article 6 du Restatement Second résume cette approche :

1) Un tribunal, sous réserve des restrictions constitutionnelles, doit suivre la règle de conflit de son propre État.

2) Lorsqu'il n'existe pas de règle pour le guider, les facteurs se rapportant au choix de la loi applicable comprennent :

40 a) Les besoins des systèmes interétatiques et internationaux.

b) Les politiques législatives du for.

c) Les politiques législatives pertinentes des autres États intéressés ainsi que les intérêts relatifs de ces États quant à la solution du problème particulier soumis au tribunal.

d) La protection des espérances justifiées.

45 e) Les politiques législatives fondamentales se rapportant à ce domaine du droit.

f) La certitude, la prévisibilité et l'uniformité des solutions.

g) La facilité dans la détermination et l'application de la loi pertinente.

Cette manière de procéder permet toute liberté quant à la solution à apporter à des problèmes spécifiques. L'approche traditionnelle n'est pas abandonnée, elle est simplement modifiée pour 50 tenir compte de certains objectifs. Les problèmes de conflit de lois sont résolus d'une manière empirique sans dogmatisme et sans nier l'existence des règles de conflit.

La *proper law* qui à son origine dans les travaux du professeur Morris pour résoudre les conflits de lois en matière contractuelle et extracontractuelle, fait aussi partie dans une certaine mesure de l'approche adoptée par le Restatement Second. Pour arriver à une solution juste, il est nécessaire de 55 grouper les points de contact, c'est à dire les facteurs de rattachement possibles, par exemple, en matière de délits, le lieu de l'accident, le lieu du dommage, la résidence de la victime, etc., ce qui permet au tribunal de désigner la loi de l'État vers lequel la convergence est la plus forte et dont, par conséquent, la loi doit s'appliquer. Il n'est pas question de compter ou d'additionner ces points de contact mais d'évaluer leur importance dans le contexte considéré. Cette technique de 60 localisation objective dans certains domaines du droit international privé fait partie de l'approche traditionnelle. Elle ne semble pas avoir de portée générale quoique elle pourrait éventuellement éclipser l'approche traditionnelle et remplacer toutes les règles de conflits de lois par une seule règle, à savoir que le tribunal doit appliquer à chaque cas d'espèce la loi qui lui est le plus intimement liée.

65 Il nous semble que la *proper law* (ou principe de proximité qui permet d'écarter la loi normalement désignée par la règle de conflit lorsqu'elle n'a qu'un lien éloigné avec la situation en cause - au Québec art. 3082 C.Civ. : clause échappatoire) ne devrait être qu'un procédé subsidiaire ou complémentaire afin de suppléer à la carence de l'approche traditionnelle lorsqu'elle peut aboutir à une solution qui choque la conscience, car elle laisse trop de liberté au 70 tribunal et d'incertitudes pour permettre de découvrir la solution de n'importe quel problème de conflit de lois. En tant qu'approche générale, elle va à l'encontre de plusieurs objectifs du droit international privé. Il faut reconnaître que le mérite de la *proper law* est de permettre au tribunal de donner des solutions mieux adaptées à chaque cas d'espèce. Cependant, le tribunal peut être enclin à appliquer la *lex fori* qu'il connaît mieux ou encore la loi qui est la plus favorable à l'une 75 des parties surtout si celle-ci est la plus faible.

La difficulté est que pour arriver à une solution juste dans chaque décision, il y a souvent confusion entre les problèmes de conflits de lois et les problèmes de fond. La règle de conflit se doit de rester neutre autant que possible. La justice, elle, dépend non de cette règle mais du contenu de la loi désignée. En matière contentieuse, le danger causé par la *proper law* est de retirer toute 80 sécurité aux parties en cause. En matière non contentieuse, le danger est plus grave encore car, pour transiger, les parties doivent pouvoir prévoir les solutions possibles, ce qui n'est pas toujours facile lorsque dans un cas particulier difficile (*border line cases*), plusieurs règles de solution des conflits de lois peuvent s'appliquer. En conclusion, il semblerait que le recours à la *proper law* ne peut qu'encourager les litiges.

85 3. Rattachements multiples : alternatifs et cumulatifs

Pour assouplir l'approche conflictuelle traditionnelle qui favorise un rattachement unique désignant objectivement la loi de l'État qui doit résoudre le problème et répondre à ses critiques, il nous semble que la solution est d'adopter dans certains domaines du droit international privé des règles de conflit à rattachements multiples, soit alternatifs, soit cumulatifs. C'est ce qui s'est 90 passé dans plusieurs pays, notamment au Québec et en Suisse. La pluralité des facteurs de rattachement permet d'atteindre une solution plus juste qui répond à l'attente des parties sans violer l'approche traditionnelle. Cependant, le recours au principe de proximité ne devrait pas jouer lorsque la règle de conflit prévoit un nombre assez élevé de rattachements dont l'un d'entre eux a les liens les plus étroits avec la situation.

TEXTO 27:

INTERNATIONALISATION DU DROIT, INTERNATIONALISATION DE LA JUSTICE

Avec la mondialisation et le développement du commerce international qui en a résulté, il s'agit d'un sujet d'importance capitale pour tous les juristes qu'ils soient juges, praticiens ou enseignants.

Avant d'analyser et d'apprécier les critiques de l'approche conflictuelle traditionnelle de 5 résolution des conflits de lois qui a été appliquée de façon constante par la législation et la jurisprudence dans la plupart des systèmes de droit international privé aussi bien en droit civil qu'en common law, je traiterai en premier lieu de l'objet du droit international privé, particulièrement des conflits de lois qui sont au cœur de cette matière.

L'analyse de l'approche conflictuelle traditionnelle et de ses imperfections me permettra de me 10 pencher sur plusieurs de ses variantes dont chacune est censée la corriger voire même la supplanter. J'examinerai ensuite très brièvement les conventions d'unification des règles de droit international privé afin de déterminer si leurs règles sont compatibles avec les approches des systèmes de droit international privé en vigueur dans le monde et si elles tiennent compte des critiques adressées à l'approche conflictuelle traditionnelle .

15 Je conclurai par quelques observations personnelles.

L'objet du Droit international privé

Chaque État possède son propre système de droit international privé dont les règles doivent être 20 appliquées par ses tribunaux. Cependant, leur application dépend de l'approche adoptée par le législateur ou en son absence par les tribunaux, car il s'agit essentiellement d'une question de choix entre plusieurs rattachements possibles qui débouchent sur l'application soit de la loi interne du for, soit d'une loi interne étrangère.

Le choix des rattachements par le législateur ou par les tribunaux sera influencé par l'objet du 25 droit international privé tel qu'ils le conçoivent. Malheureusement, l'unanimité n'existe pas quant à la nature de cet objet qui en réalité est multiple. Ainsi, on pourrait plutôt parler d'objectifs au pluriel. A titre d'exemple, je citerai la coordination ou harmonisation des systèmes juridiques en présence, quelque soit le for saisi de l'affaire afin d'éviter le forum shopping. Il s'agit de l'objectif le plus souvent cité en faveur de l'approche traditionnelle (conflicts justice). D'autres objectifs sont l'uniformité des solutions qui est proche de la coordination ou harmonisation des systèmes 30 juridiques, la protection des espérances justifiées des parties y compris la certitude et la prévisibilité des résultats qui sont des objectifs particulièrement importants dans le domaine des obligations contractuelles car il ne faut pas décevoir l'attente des parties en cause.

La recherche d'une solution juste est aussi un autre objectif majeur qui est souvent cité par ceux qui critiquent l'approche conflictuelle traditionnelle. Naturellement, ces objectifs ne sont pas mutuellement exclusifs.

35 L'approche conflictuelle traditionnelle et sa critique

A. L'approche conflictuelle traditionnelle

Chaque fois qu'un tribunal a à connaître d'un litige comportant un élément d'extranéité 40 susceptible de se rattacher à deux ou plusieurs États ou provinces, il doit consulter son propre système de droit international privé et déterminer la loi applicable par référence à celui-ci. Il s'agit de choisir une unité juridique dont la loi a vocation à s'appliquer (jurisdiction selective approach).

En premier lieu le tribunal devra déterminer la nature juridique du problème engendré par les faits matériels de la cause contenant un ou plusieurs éléments d'extranéité. Pour ce faire, il lui faudra 45 analyser ces faits matériels, c'est à dire les qualifier, afin d'en extraire les aspects juridiques et les classer dans des catégories légales déterminées qui sont connues du for. Par exemple, s'agit-il d'un problème de succession aux meubles du défunt ? Si c'est le cas, le tribunal appliquera la règle appropriée de rattachement du for qui est l'élément local de fait (par ex. résidence) ou de droit (par ex. nationalité) qui rattache le problème juridique à la loi d'une unité juridique distincte qui peut-être sa propre loi ou celle d'une autre unité juridique. Cette marche à suivre permet au 50 tribunal de découvrir la loi applicable et d'arriver à une solution pratique du problème.

L'approche traditionnelle a sa source dans l'œuvre de Savigny. Selon ce grand juriste, lorsqu'une relation de droit privé dépasse le cadre de la vie intime d'un pays, il faut la soumettre aux dispositions internes de l'un des pays avec lesquels elle se trouve en contact. Par exemple, la loi applicable aux divers rapports de droit d'une personne sera déterminée en recherchant : "pour 55 chaque rapport de droit, le domaine du droit auquel ce rapport appartient de par sa nature (où ce rapport de droit a son siège)." Il est nécessaire de localiser chaque rapport de droit pour lui appliquer la loi de ce lieu.

Cette approche analytique doit permettre au tribunal de prendre en considération des éléments ou facteurs de rattachement très variés pour déterminer le ressort qui convient à une loi d'après la 60 nature de la situation juridique qu'elle régleme.

B. Critiques de l'approche conflictuelle traditionnelle

Il en résulte que l'approche conflictuelle traditionnelle se présente sous la forme d'un ensemble harmonieux constitué de règles très générales et très abstraites qui, en principe, devraient permettre de donner dans chaque cas d'espèce la solution la mieux adaptée. Pourtant, depuis une 65 cinquantaine d'années, cette approche conflictuelle qui pendant longtemps a été appliquée quasiment universellement, a fait l'objet de bien des critiques, particulièrement aux États-Unis où des approches concurrentes jugées préférables ont été proposées par la doctrine et entérinées par certains tribunaux afin de parvenir dans chaque cas d'espèce à une décision conforme à une justice matérielle ou substantielle (result selective approach to achieve material or substantial 70 justice in the individual case), ce qui n'est pas toujours le cas lorsqu'on utilise l'approche conflictuelle traditionnelle.

Les principales critiques de l'approche traditionnelle se basent en premier lieu sur sa rigidité excessive et son dogmatisme illustrés par l'application de principes juridiques à priori, la généralisation excessive du contenu des règles de droit international privé et son manque 75 d'orientation vers la solution juste. Ceci est dû au fait qu'elle est fondée sur un raisonnement syllogistique dont les deux prémisses sont les catégories de rattachement et la qualification. Ainsi les tribunaux sont prisonniers de la rigueur du syllogisme. Lorsque les prémisses ont été posées, la conclusion est inéluctable. La solution est automatique. La loi applicable est toujours la même dans un domaine donné. Par exemple, la loi du domicile du défunt s'applique toujours à sa 80 succession mobilière. Le tribunal ne peut éviter son application s'il estime que la règle de conflit qu'il doit appliquer n'est pas adaptée au cas concret qu'il doit résoudre et aboutit à une solution qui n'est pas juste dans les circonstances de l'affaire qu'il a à juger. C'est aussi le cas du rattachement fondé sur le lieu du délit qui peut ne pas être pertinent dans le cas du transport bénévole lorsque ce lieu est purement fortuit et que la justice exige l'application d'une autre loi. 85 Cependant, afin d'éviter des solutions absurdes ou d'appliquer des règles dépassées, il est possible d'avoir recours à des échappatoires telles que la requalification de l'objet du litige, le renvoi, et l'ordre public international. Ainsi, au Québec, l'article 3082 du Code civil permet d'éviter une décision injuste en appliquant le principe de proximité prôné par la proper law.

UNIDAD 11

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

TEXTO 28:

SYRIE: L'ONU SALUE L'ACCORD SUR UNE PAUSE HUMANITAIRE À HOMS

6 février 2014 - Les Nations Unies ont salué jeudi les informations faisant état d'un accord entre les parties en conflit en Syrie sur une pause humanitaire pour permettre aux civils de sortir de la vieille ville de Homs et à l'assistance humanitaire d'y entrer.

« Nous saluons ces informations », a dit le porte-parole du Secrétaire général des Nations Unies dans une note à la presse. « Les Nations Unies et leurs partenaires humanitaires avaient stocké par avance de la nourriture, des fournitures médicales et des fournitures de base dans les environs de Homs pour leur livraison immédiate dès qu'un feu vert serait donné par les parties. Le personnel humanitaire est aussi en standby. »

Le porte-parole a noté que la Coordinatrice des Nations Unies pour les secours d'urgence, Valerie Amos, a salué l'annonce d'une pause humanitaire à Homs et qu'elle continuait à suivre de près les récents développements. Mme Amos a souligné qu'un accès sans entrave, sûr et continu était nécessaire pour permettre aux travailleurs humanitaires de livrer l'aide à des millions de personnes piégées dans des zones assiégées ou difficiles à atteindre en Syrie.

S'agissant du processus d'élimination des armes chimiques syriennes, le Secrétaire général de l'ONU, Ban Ki-moon a noté jeudi que le processus avançait même s'il y avait quelques retards.

« Quand j'ai rencontré le Ministre syrien des affaires étrangères, M. Moallem, la semaine dernière il m'a assuré que le processus de destruction des armes chimiques continuerait comme prévu », a-t-il dit en réponse à une question d'un journaliste lors d'une conférence de presse à Sotchi, en Russie. « Notre objectif est le 30 juin cette année. C'est peut-être un objectif serré mais je pense qu'on peut y arriver avec le soutien du gouvernement syrien. »

A New York, la Coordinatrice spéciale de la Mission conjointe de l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (OIAC) et de l'ONU, Sigrid Kaag, a déclaré jeudi que les retards n'étaient « pas insurmontables » et que l'échéance du 30 juin pour l'élimination totale des armes chimiques syriennes pouvait être respectée.

Mme Kaag s'est exprimée devant la presse à l'issue de consultations avec le Conseil de sécurité sur la Syrie. Elle a indiqué qu'elle retournerait en Syrie au cours du weekend.

Par ailleurs, un groupe d'experts indépendants des Nations Unies sur les droits de l'homme a appelé jeudi toutes les parties en conflit en Syrie à cesser d'utiliser la souffrance des civils comme méthode de guerre.

« Alors que les informations s'accumulent sur le bombardement aveugle de civils, les disparitions forcées et les exécutions, une nouvelle horreur de la guerre en Syrie devient évidente: la privation des besoins fondamentaux et le refus de l'aide humanitaire comme méthode de guerre », ont prévenu ces experts dans un communiqué conjoint.

« L'utilisation de la souffrance des civils comme méthode de guerre doit cesser », ont-ils ajouté. Ces experts incluent notamment le Rapporteur spécial sur le droit à la nourriture, Olivier De Schutter, la Rapporteuse spéciale sur le droit à un logement convenable, Raquel Rolnik, et la Rapporteuse spéciale sur le droit à l'eau et à l'assainissement, Catarina de Albuquerque.

TEXTO 29:

RÈGLES MATÉRIELLES OU SUBSTANTIELLES INTERNATIONALES UNIFORMES PRINCIPALEMENT PAR VOIE DE CONVENTIONS INTERNATIONALES

Une autre approche est de régler les relations internationales par l'élaboration de règles matérielles ou substantielles uniformes qui régissent le fond du droit. Ces règles sont supposées concourir à l'unification du droit et à éviter tout recours au droit international privé. Il existe des règles matérielles ou substantielles d'origine internationale qui s'appliquent seulement dans les relations internationales et qui laissent subsister dans les relations internes le particularisme des législations nationales, par exemple la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. Par contre, certaines règles matérielles ou substantielles sont aussi applicables à la fois dans les relations internationales et dans les relations internes, par exemple les Conventions de Genève de 1930 et 1931 sur les effets de commerce et le chèque. Dans ce cas, il existe une unification totale puisque le texte de la convention est incorporé dans le droit de chacun des États signataires et régit indistinctement les opérations internes et les opérations internationales. Ces conventions réduisent le champ d'application de l'approche conflictuelle traditionnelle mais ne l'éliminent pas car il reste à déterminer le domaine de la règle matérielle ou substantielle et son interprétation.

Il existe aussi des règles matérielles ou substantielles nationales d'origine soit législative, soit jurisprudentielle, qui règlent directement la forme et le fond des situations conflictuelles sans souci d'uniformité. Ces règles sont plutôt rares et ne s'appliquent que par l'intermédiaire de la règle de conflit.

En général, les règles matérielles ou substantielles de droit international ne se sont développées que dans les matières concernant le commerce international. Elles contribuent à l'essor de la *lex mercatoria* mais ne mettent pas en question l'approche traditionnelle. Cet essor est souhaité par ceux qui s'opposent à l'emprise du droit étatique et qui veulent lui substituer un droit matériel ou substantiel du commerce international.

Les conventions internationales de droit international privé

Depuis plus d'un siècle, on assiste à une augmentation énorme du nombre des conventions internationales destinées à uniformiser les règles de droit international privé qui sont surtout l'œuvre de la Conférence de La Haye de droit international privé et de l'Union européenne. Nous nous contenterons de citer ici à titre d'exemple, la Convention de Varsovie de 1929 dans le domaine du droit aérien, la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, la Convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Convention de La Haye de 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, la Convention de La Haye de 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents d'automobile, la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, la Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux, et la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

A l'échelon mondial on est encore loin d'une unification complète des règles de droit international privé par voie conventionnelle. En l'absence d'une Cour internationale suprême qui, en appel, donne une interprétation uniforme des dispositions de ces conventions, une véritable unification sera toujours illusoire.

La reconnaissance. Une approche limitée. L'approche de la reconnaissance des actes juridiques étrangers.

Cette approche a pour caractéristique de se passer d'une règle de conflit. Il s'agit de reconnaître et de donner effet à un acte juridique étranger qui a été constaté par l'autorité publique étrangère du lieu où il a été passé, ce qui le rend exécutoire au lieu d'origine même s'il n'a pas donné lieu à une décision de justice dans ce lieu. Ainsi, la validité et les effets de cet acte juridique ne sont pas soumis à la règle de conflit applicable aux décisions étrangères du lieu où ils sont invoqués. Cette approche à dimension unilatérale, basée sur les droits acquis, reconnaît l'efficacité d'une situation cristallisée par un organe non juridictionnel à laquelle la loi matérielle ou substantielle applicable attache des effets d'opposabilité. La règle de conflit du *for cède* devant les droits acquis à l'étranger. C'est surtout dans le domaine de la reconnaissance de l'état des personnes que cette

approche est utilisée. Par exemple, la validité d'un mariage entre homosexuels sera reconnue si ce mariage est conforme aux conditions de fond et de forme du lieu de célébration. La reconnaissance porte sur une situation configurée par des règles matérielles ou substantielles étrangères qui ne sont pas désignées par la règle de conflit du for. Il s'agit de continuité transfrontière de situations individuelles acquises selon l'ordre juridique étranger à la source qui est prioritaire. Cette approche n'a pas vocation universelle.