

Les droits occidentaux ont une approche cartésienne du phénomène juridique avec une autonomie du droit vis-à-vis de la religion. Cependant, cela n'a pas toujours été le cas avec les systèmes des preuves archaïques (ordalies). Ces systèmes sont marqués par un principe démocratique avec des représentants. Le principe d'égalité entre les individus ont été une construction historique avec la fin des privilèges durant la Révolution française (avec la loi du 18 août 1789).

Dans les grands systèmes de droits occidentaux, on a l'habitude de distinguer les **systèmes de tradition romano-germanique** face au **système de common law**. C'est une dichotomie traditionnelle : on voit se dessiner une concurrence entre eux. Les systèmes de common law se sont imposés avec la langue anglaise. De plus, les américains sont très actifs économiquement. En effet, il y a des enjeux commerciaux importants même en matière de législation : le pays investisseur sera avantagé si le système juridique est similaire au pays recevant. Pour se battre afin de mieux exporter le système juridique, il faut connaître le système adverse. Le **système américain** est traditionnellement un système de common law mais il n'est pas pur : il provient de l'héritage anglais mais a subi une influence des pays de droit civil. Sur la côte Est des USA, ils existaient d'anciennes colonies françaises. Durant la Révolution américaine, ils ont voulu se rendre indépendant du système anglais avec un droit écrit.

Section 1 : Le droit romain

L'origine du droit continental est le droit romain. Il a permis d'irriguer également le droit anglais. Il pèse un poids lourds dans les pays occidentaux et notamment dans les pays de droits écrits. Rome est la première civilisation dans laquelle le droit a été systématisé. Dès la création de la société romaine, le droit romain a cherché à encadrer les droits et les obligations avec des lois simplifiées. Ce sont les premiers qui ont une réflexion moderne sur la question juridique et ont vraiment conceptualisé le droit. Ils ont créé la saisie de créance. En effet, on va pouvoir saisir les biens d'un débiteur pour rembourser les créanciers. Avant, le droit primitif faisait enfermer l'homme libre engagé pour que la famille paye sa dette et à défaut, le créancier peut en faire son esclave. Finalement, on a une rationalisation du droit avec le début des procédures collectives (faillite). Au fur et à mesure de sa modernisation, le droit romain admettra la saisie de quelques biens ponctuels. On pouvait trouver des créances également. De plus, ils ont admis des saisies incorporelles avec la saisie de créance : on va dire au débiteur du débiteur de ne pas payer son créancier. On a donc une théorisation effective du droit. Les juristes romains sont les premiers à avoir fait un travail de classification, de rangement des techniques juridiques et du droit. Avant c'était des collections de règles, de solutions particulières.

§1 — Le corpus Juris civilis

Le droit romain s'est perdu avec l'arrivée des barbares. Il a été redécouvert à la fin du Moyen-Âge et avec le début de la Renaissance avec le **corpus Juris civilis** en Italie et en France. Théodose, en 395, va partager son empire entre ses deux fils séparant ainsi définitivement les empires romains d'Orient et d'Occident. En 529, l'empereur Justinien lance, à Constantinople, une entreprise de compilation de l'ensemble du droit romain. Ce sont les « compilations de Justinien ». Il existe plusieurs volumes :

- - **Le Codex** : les codes
- - **Les Institutes et le Digeste** : présentation du droit romain en manuel
- - **Les Nouvelles** : les nouvelles dispositions mises en place

§2 — Le rôle de ce corpus

Le rôle de ce corpus a permis la redécouverte du droit romain notamment en France. En effet, les coutumes barbares ont recouvert le droit romain : le droit s'est décivilisé face à un droit barbare très archaïque. En effet, le système des preuves étaient très barbares notamment avec les ordalies à l'eau, au feu, etc. Les intellectuels de l'époque, les moines, ont cherché à redécouvrir ce droit romain plus civil face à l'insuffisance

du droit barbare.

A. Le phénomène de la personnalité des lois

À cause des coutumes, le système de personnalité des lois se créent : chaque peuplade se veut appliquer son droit et ses coutumes. Il est admis que chacun puisse avoir droit en toute matière à l'application de la loi de sa propre communauté : c'est un réflexe sociétal. Mais ces nomades se sont sédentarisés. Il y a donc eu des mariages mixtes avec une application des coutumes barbares différentes. On va donc mettre en place des lois d'application territoriale. En pratique ces barbares étaient sédentarisés, ceci joint aux mariages mixtes cela avait conduit à la mise en place de lois d'application territoriale. Chaque territoire, chaque village avait ses lois d'applications. Cependant, les territoires étaient très petits avec les fiefs : cela ne permettait pas la simplification. Cela posait problème quand on avait du commerce, ce n'était pas l'idéal.

B. La renaissance de la science juridique

On a donc assisté à la renaissance de la science juridique par l'Université de Bologne. Dès le XI^e siècle, elle a joué un rôle clef en se basant sur les compilations. À Rome, on trouve le professeur Irnerius avec son enseignement qui irradiera en France et spécifiquement en Catalogne et en Languedoc. Placentin, élève d'Irnerius et l'héritier des 4 grands docteurs, est venu fonder l'école de droit de Montpellier au XII^e siècle. L'étude du droit romain avait un intérêt purement intellectuel : les juristes se formaient au droit romain pour avoir une intelligence. En effet, on utilise toujours le droit local mais on formait les esprits au droit romain afin de réparer les concepts importants du droit (intérêt scientifique). La renaissance est passée par la glose qui est une manière d'annoncer, de travailler les textes avec des annotations. Le plus célèbre des glossateurs est Accurse (1182-1260). Finalement, ils vont aller plus loin et vont essayer de faire un travail d'adaptation du droit. On voit apparaître les posts-glossateurs qui vont faire une adaptation du droit romain aux besoins de l'époque.

C. La portée de l'enseignement du droit romain

Il favorise la compréhension du raisonnement juridique et l'apparition d'une culture commune (contre une mosaïque juridique) en prenant uniquement les points communs et non pas les différences. Il est appliqué en Italie. On considère que l'étude du droit romain favorise une approche logique du droit, une technique de raisonnement. Son étude va favoriser l'apparition d'une culture juridique commune dans tout le sud de l'Europe mais aussi plus loin car on va s'y intéresser en Allemagne, en Écosse mais aussi en Angleterre.

§3 — L'Angleterre et le droit romain

Le Braxton est venu créer le common law britannique : le droit anglais a donc été influencé par le droit romain. Le système juridique anglais a eu une influence forte du droit romain : le Braxton est rédigé en latin comme le droit romain. Avant, l'Angleterre était une province romaine dite Britannia : elle se voyait appliquer du droit romain. César cherchait à la conquérir mais ce n'est que l'Empereur Claude qui a permis l'influence romaine en Angleterre de 43 à 410. Papinien, grand juriste romain, a rendu la justice en Britannia avec Ulpien. L'auteur du premier traité dit « *De legibus et consuetudinibus angliae* » de droit britannique a été formé au droit romain à Bologne. De ce fait, le droit romain est enseigné à Oxford et à Cambridge. Au XIII^e siècle, Braxton a publié cet ouvrage pour des raisons politiques : les anglais voulaient donner l'impression d'une autonomie du droit français. C'est un droit recherché des coutumes locales anglaises pour démontrer l'unification.

Section 2 : La codification

La **codification française** est une idée ancienne comme les compilations de Justinien. On voit une division entre droit français et anglais. En Angleterre, on usait d'un droit prétorien, non-écrit et régit par la règle du précédent opposé au droit écrit romain. En France, on s'est appuyé sur la loi écrite avec cette nécessité de codification (Code civil). Dès le XVII^e siècle, on a eu le Code des commerçants ou le Code noir sous Louis

XIV. Fin XIXe siècle, on a vu apparaître des ordonnances de début de codification notamment avec Daguesseau sur les donations (1700) et les testaments (1735) présentés comme une réelle œuvre de codification.

La codification vient montrer la conjonction de l'importance de la loi et d'une approche cartésienne de la technique juridique. Le plan devra être intuitif et retranscrire l'intelligibilité du Code. On a déjà une idée dans l'air du temps à la fin de l'Ancien Régime mais il s'est principalement retrouvé au cœur du projet révolutionnaire. Cette codification est au cœur de la Révolution avec l'idéologie des Lumières et du culte de la loi. On a cherché à harmoniser et à rendre unique la loi sur tous les territoires (contre toutes les coutumes). Le Code Napoléon s'inscrit dans les sillages des travaux précédents avec les trois projets de Cambacérès, président du comité législatif, criminelle et féodale. Napoléon lui a proposé de refondre ces trois projets afin de refondre le Code civil. Il lui propose de travailler avec une commission désignée par Napoléon le 30 août 1800. Il y avait quatre membres proposés par Cambacérès :

- **Tronchet** : ancien avocat au Parlement de Paris, défenseur de Louis XVI et Président du tribunal de cassation.
- **Portalès** : connaisseur de la coutume d'Aix-en-Provence.
- **Bigot de Préameneu** : avocat au tribunal de Rennes et fin connaisseur de la coutume de Bretagne.
- **Maleville** : avocat au Parlement de Bordeaux et finira au tribunal de cassation.

Ils ont été choisis car ils connaissaient l'ensemble des systèmes juridiques de France. L'objectif était de faire une loi applicable à tous les nationaux en opérant des équilibres entre les différents régimes pour permettre des solutions correctes. Les textes vont passer devant le CE où Napoléon donnait son avis. Ce fameux Code sera promulgué le 21 mars 1804. C'est un texte de compromis tout en étant clair et précis. Stendhal en témoignait. Ce Code était accessible afin de permettre à toutes personnes instruites mais non-juristes donc comprendre l'esprit du Code. Ce texte a rayonné à l'international et a servi de modèles en Italie, en Espagne, au Portugal, etc. Ces pays ont subi une forte influence du droit français. En dehors de l'Europe, on a la Louisiane, au Moyen-Orient ainsi que des pays d'Amérique du Sud ont utilisé ce droit pour construire leur régime juridique.

Cependant, il a eu un concurrent international qui est le Code allemand. Les **codifications germaniques** ont fait l'objet de plusieurs tentatives notamment en Prusse avec un texte très lourd. En 1811, le Code civil général autrichien dit ABGB a été adopté mais il reste très lourd. Cependant, le grand Code germanique de 1896 dit BGB a été un projet d'envergure tout en étant précis et très abstrait : il est essentiellement pour les juristes (ce qui a approfondi les différences entre les populations juristes et non-juristes comme au Japon).

Chapitre 1 - Le droit anglais

§1 — Définition de la common law

Le droit anglais est le modèle et la source de la common law. Le common law a différents sens.

Dans son sens le plus **général**, il désigne la **tradition juridique anglais**.

Il désigne plus précisément le droit commun qui a succédé à la mosaïque des coutumes locales. Au moment de s'imposer, les anglais ont tenté de s'en tenir aux coutumes anglaises mais aussi de l'unifier : ils cherchaient une loi commune. Finalement, il était aussi commun car il était d'origine royale : on laisse de côté le droit des seigneurs, des suzerains pour un droit national. **Ils s'opposent à la loi écrite : c'est un droit prétorien, un droit des juges** (Cours royales de Westminster) reprenant les coutumes anglaises.

Ce droit se fait sur du cas par cas avec la **règle du précédent** (origine de la jurisprudence). Dans un sens **étroit**, le **common law s'oppose à l'Equity qui est le droit prétorien élaboré par d'autres juridictions**.

§2 — Origine du terme

L'origine du terme apparaît **dès la fin du XIII^e siècle** dans les collections de **Reports judiciaires dites des Years Books sous la terminologie de « la commune ley »** (très ressemblant à du vieux français). Cette common law primitive s'opposait au droit canonique appliqué par les juridictions ecclésiastiques, à la coutume locale (le usage del pays) et à « ley marchande ». L'invasion normande, lorsque l'Angleterre a été envahi, a permis d'étendre le français : on a une coexistence de la langue des seigneurs, qui avait pris le pouvoir, et le reste du monde.

Bentham (juriste anglais du XVIII^e et précurseur de l'utilitarisme) la présentait, en 1828, en ces termes : « la loi de ces deux pays (Angleterre et Amérique anglaise) est partagée entre deux portions inégales : **l'une est appelée la loi commune**, expression singulière pour désigner une jurisprudence fondée sur quelques bases de législation plus conjecturale que connue, d'où les juges ont tiré successivement des décisions qui sont calquées les unes sur les autres et qui ont formé des règles judiciaires qu'on professe de suivre dans les jugements postérieurs. **L'autre portion de la loi** est composée de statues ou de lois positives faites par le Parlement en Angleterre et le Congrès américain. » **Le premier aspect est que le common law est un droit prétorien. Cependant, on voit l'autre portion de droit écrit.**

Également, il rajoutait que « **dans chaque décision, les juges professent qu'ils rendent un jugement semblable à celui qui a été rendu dans un cas du même genre.** Ils ne prétendent juger abstraitement, au contraire, ils se défendent de cette imputation comme injurieuse à leur office. Ils ne sont, disent-ils, que les interprètes de cette loi qui est extraite de toutes les décisions antérieures ». Ils sont donc tenus de rendre le même jugement quand le cas est le même : **c'est la règle du précédent**. Cependant, les juges ne font pas de règles abstraites et générales comme le législateur : ils sont les serviteurs de la loi.

§3 — Le rayonnement de la common law

Dans l'ensemble, ce n'est pas un meilleur système mais elle a voyagé dans l'empire britannique dans les colonies anglaises. À partir du moment où la décolonisation s'est produite, ces anciennes colonies ont gardé **cette influence britannique comme au Canada, en Afrique du Sud, en Australie**, etc. En effet, la common law est encore **une source de droit essentielle dans les pays du Commonwealth** : ils y font référence en cas de vide juridique (solution londonienne), elle continue très souvent à exporter ses nouvelles institutions mais également le Judicial Committee of the Privy Council constitue l'ultime voie de recours pour quelques pays du Commonwealth.

Exemple :

La Mareva injunction (ou freezing order) est un ordre de la Cour qui vient geler des biens appartenant au défendeur à une action en justice et qui ne pourra pas ainsi en disposer dans l'objectif de priver de son insolvabilité. C'est une solution donnée par Lord Denning (célèbre juge anglais, membre de la chambre des Lords) dans l'affaire *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarrier* (1975). En l'espèce, une des parties a cherché à se rendre insolvable face à son créancier en transférant des biens à l'étranger (par les délais très longs des procès). En France, on a la saisie conservatoire qui permet au demandeur de saisir le juge pour permettre une mesure conservatoire contre une possible organisation solvable. Ce juge a donc ordonné une mesure d'injonction pour éviter cela : c'est une **mesure in personam** qui s'adresse à la personne. Le juge donne un ordre d'interdiction. En France, c'est une **mesure in rem** car le juge autorise à saisir le bien.

Finalement, l'ordre peut-il donner des effets en dehors du territoire ?

L'ordre du juge français ne peut bloquer par son ordonnance seulement un bien sur le territoire de la République. **Au début, la Mareva injunction était limitée au territoire britannique. Cependant, une Cour australienne a défini ce principe comme international : elle a irrigué certains pays à telle point que les juridictions anglaises ont opéré à un revirement de jurisprudence.** Dans un souci de shopping juridique, les parties vont choisir le droit anglais. L'ordre donné de bloquer un bien par un juge anglais produira des effets en France (civ 1ère, 30 juin 2004).

Section I - La formation du droit anglais

Il y'avait un peu de droit romain, mais surtout plongé dans le moyen âge **la conquête des normands avec Guillaume le conquérant**. En faisant cette invasion, il va y avoir importation de leur modèle juridique, **importation des coutumes normandes qui fait reculer le droit romain**, qui était le Français, c'est cela qui explique que le Français est longtemps resté dans la langue du droit.

§1 - La prédominance du français en XIVe siècle

La conquête normande en 1066, avec Guillaume le Conquérant, **importe les coutumes normandes en Angleterre** : on voit un recul du droit romain. Également, le français restera longtemps la langue du droit. L'originalité de l'Angleterre est d'avoir développé un droit propre qui se **veut séparé de l'influence romaine pour des raisons politiques afin d'affirmer l'indépendance de l'Angleterre**.

Pour que l'anglais soit prédominant, on a eu recours à un recul du latin. **Également, le statut d'Édouard III en 1362 évolue en imposant, dans un texte en français, que les plaidoiries, témoignages, réponses et débats ait lieu en anglais. Mais il admettait aussi que les plets, les comptes rendus de procès dans les reports continuent à être rédigés en latin.** Il y a eu beaucoup de résistances des praticiens : on a donc eu un droit très varié au niveau de la langue. **Au 17e certains reports étaient rédigés en français au lieu du latin. En 1731, le latin disparaît définitivement.**

§2 - Le rôle de la conquête normande

Avant la conquête normande, on a une multitude de coutumes d'application territoriale.

Au moment de la conquête normande, Guillaume va confisquer la plupart des terres au profit de la couronne et instaure un système féodal tout en gardant un pouvoir fort. Mais il **va s'engager à respecter les coutumes de l'Angleterre** (the laws of England) **et admet la conservation des justices féodales tout en s'octroyant le droit de se prononcer sur tous les litiges qui lui sont soumis.** Il va chercher un équilibre entre la nécessité d'imposer son pouvoir mais également en essayant de concilier le peuple à son pouvoir.

§3 - La formation du système juridictionnel

On a mis en place une justice royale, avec la Curia Régis par Henri Ier et cette Cour était composée de juristes. Ça a été le point de départ de l'apparition d'un droit centralisé, de common law, cela a débouché sur la mise en place des cours de common law.

Après il y'aura l'apparition de l'Equity, qui est un concurrence de la common law.

A - L'essor de la justice royale

On voit donc que le roi instaure une concurrence entre les justices seigneuriales et royales. En effet, la justice royale centralisée s'illustre par le roi qui rend la justice comme Saint Louis. **Finally, elle sera déléguée à la Curia Regis par Henri Ier** (composée de juriste). Cela débouchera sur l'apparition ultérieure des Cours de common law. Également, l'Equity s'est développé plus tard et est venue en concurrence des cours royales. **Finally, la Curia régis vient remplacer le Witenagemot** à la fin du XIe qui était l'ancêtre du parlement anglais. Pour rendre la justice le roi met en place cette curia régis qui de base était une cour composée de nobles et d'ecclésiastiques.

B - L'apparition des cours de common law

Traditionnellement la Curia Regis suivait le roi dans ses déplacements.

Très vite, le système était inadapté avec l'ensemble des documents juridiques qui voyageaient, contraignant le voyage. Finally, on a l'installation de cours fixes avec la **Court of Exchequer** (finance de la Couronne), la **Court of King's bench** (litiges autres de la Couronne) et la **Court of Common Pleas** (litiges particuliers). **Parallèlement, on va maintenir une justice itinérante avec six circuits judiciaires qui permettaient aux juges londoniens de siéger en province.**

La Curia regis aura de plus en plus de succès ce qui est dû à ses avancées procédurales. **On voit apparaître le writ qui est une convocation du défendeur frappé du sceau du roi ce qui permettait d'attraper celui qui ne voulait pas aller au procès et de l'amener de force.** Cette concurrence entre les juridictions n'était pas totale car la juridiction royale était une juridiction d'exception car réservée à certains justiciables ou litiges. Pour accepter une affaire il fallait rentrer dans une action autorisée laquelle passait par le recours à ce writ qui était une forme d'entrée en action et convoquait le défendeur. Si on ne pouvait pas avoir de writ on allait vers les justices seigneuriales. Mais comme les cours royales étaient meilleures elles ont élargies leurs compétences en créant de nouveaux writs, de nouvelles autorisations d'aller devant le juge. Également, Henri II avait remplacé les preuves irrégulières comme l'ordalie par le pouvoir octroyé à un jury d'établir les faits par voie d'enquête. Cela entraînait une concurrence entre la justice royale et féodale à savoir où le destinataire devait comparaître.

La nature procédural de la common law est particulière. **Les cours royales qui, à l'origine, se concevaient comme des juridictions d'exception, n'appliquaient pas les coutumes préexistantes mais rendaient la justice du droit (juridiction d'exception).**

- **En conséquence, les solutions retenues sont apparues comme constituant un droit commun à l'ensemble du royaume (différent du droit territorial) mais est un droit de nature particulière.** Finally, les cours royales n'ont pas eu à l'origine pour objectif de créer un droit propre. Il s'agissait de manière pragmatique de rechercher s'il existait dans les techniques connues, une solution au litige donné (a remedy). Si il existait une solution, elle ouvrait l'action : on parle de « remedies precede rights ». C'est l'action qui donne le droit (et non pas un droit qui donne une action possible comme aujourd'hui). C'est un droit procédural : c'est l'action qui est à l'origine de tout.

C - L'apparition de l'Equity

On voit apparaître un temps de la rigidité de la common law : avec le système stricte du précédent, le revirement de jurisprudence était bloqué. La common law était du cas par cas. **Le droit des cours de common law se présentait comme étant rigide et avec un formalisme trop excessif.** De plus, cela a irrigué l'ensemble du droit britannique : le droit était trop rigide et non plus en accord avec l'époque. Parallèlement, le roi avait conservé le pouvoir de rendre lui-même la justice (droit de grâce : trace du pouvoir royal en matière judiciaire). **Au fil des années, les cours seigneuriales ont disparu et les cours royales étaient trop rigides :** de ce fait, **les justiciables se sont donc tournés directement devant le roi.** Il y avait une parcelle de justice retenue par le roi : **il a jugé en équité et non en common law.**

Ces demandes adressées directement à la couronne et **la pratique du jugement par équité du roi à fait naître l'Equity.** **Les demandes ont tellement augmentées qu'il a dû déléguer son pouvoir de juger au Lord Chancellor** (son ministre de la justice) **par un droit moins formaliste, fondé sur l'équité. L'Equity est la justice, ce qui est juste.** On a voulu faire une justice proche des personnes et qui se rapprochait d'elles.

Ce Lord Chancellor a également eu trop de demandes donc il a été mis en place la Court of Chancery en 1400. Finalement, **cette concurrence entre les Cours royales et la Cour du chancelier** ne fait que s'accroître avec une opposition entre droit du common law et droit de l'équité. On va donc encore se retrouver avec deux droits concourants. Au début ce n'était pas une vraie concurrence car il y avait une méfiance quand le Lord Chancellor appliquait l'Equity : on avait peur de la corruption et de l'arbitraire.

Le common law se veut être un droit séculier et technique par son formalisme. En devenant un vrai droit, **l'équité se voit administrer par des ecclésiastiques** car l'équité se présente comme un droit de conscience, de ce qui est juste qu'on appliquait in personam car on considérait que l'Equity concernait les personnes (rappel de l'injonction). Cette particularité est justifiée car l'équité doit être réelle, impartiale et appliquée par des personnes justes en gage de bonne foi (roi, ecclésiastique).

Finalement c'est une dérogation au droit de common : l'Equity écarte le common law. Confronté à certains litiges, le justifiable avait le choix entre les deux justices. L'avocat anglais cherchait donc à savoir quelle juridiction était la plus avantageuse car les règles ne sont pas les mêmes. Cette concurrence était en pratique exacerbée par la possibilité que s'était accordé le juge de l'Equity d'interdire à une partie un jugement obtenu de la common law de le mettre en exécution. Cette dualité de corpus de règles compliquait singulièrement la vie des justiciables.

D - The Supreme Court of Judicature

En **1873**, fut créé un ordre juridictionnel unique « **The Supreme Court of Judicature** ». **Elle est venue réunir les juridictions de common law et d'Equity** : on a donc fusionné leur régime et leur règle. **Les trois cours de Common law et la Court of Chancery vont être réunis dans une seule juridiction de première instance : the high court of justice.** Il y aura aussi une Court of Appeal

Sections II - L'organisation juridictionnelle contemporaine

Sous section 1 - Les juridictions

Les juridictions civiles s'organisent sous forme de trois degré de juridiction comme en France.

Le premier degré est la **County Courts** (depuis octobre 2010, il existe aussi la Patent County qui traite des litiges relatifs à la propriété intellectuelle). Il existe également la **High Court** qui a 27 centres en province.

Au second degré, c'est la **Court of Appeal**.

Ensuite, il existe la **Cour Suprême du royaume** qui, depuis 2009, a remplacé les Law Lords de la Chambre des Lords.

Les juridictions pénales ont en premier degré la **Magistrate Court** (ou juges de paix qui règlent 90% des affaires) ainsi que la **Crown court** (en premier et second degré). Elle peut donc être une juridiction de première instance et d'appel (pour les décisions des magistrates). Plus haut, il y a la **Court of Appeal pour recevoir les appel de la Crown Courts**

§1 : Des compétences concurrentes

En matière civile, il y a plusieurs compétences en France. En Angleterre, l'idée est qu'il y a une concurrence entre les juridictions qui ne choquent pas. Le demandeur choisit entre la County Court ou la High Court par exemple pour des contentieux relatifs au recouvrement de créances où on avait le choix entre les deux procédures. La County court était moins chère par exemple mais les juges étaient moins bons.

Il existe la même chose en matière pénale où certaines infractions peuvent être examinées soit par les **Magistrates Court** soit par la **Crown Court**. On dit que l'on peut faire juger des deux manières selon les « either way offences » et les « summary offences ».

§2 : Les juridictions spécialisées

Il y a l'existence de juridictions spécialisées pour régler les litiges du droit du travail depuis 1964:

-Elle est composée d'un juriste, d'un représentant des salariés et d'un représentant des employeurs. (contrairement a nous qui est seulement paritaire)

-L'action est enfermée dans un délai bref, les délai pour agir sont très courts contrairement a la France où s'est extrêmement long. (3 ou 6 mois).

-Il y a des voies de recours Employment Appeal tribunal, présidé par un juge de la High Court assisté de 2 ou 4 non-juristes ainsi que la Court of Appeal et de la Suprême Court.

§3 : Juges et jury

Le jury en droit américain on peut l'avoir en civil ou en pénal, mais en Angleterre c'est différent. C'est une institution très prestigieuse. Le jury a disparu il y a longtemps en matière civile mais il subsiste dans certaines affaires pénales. Au départ il était au coeur du système anglais mais il a reculé pour mettre en avant les juges.

Les juges :

-**Les circuit Judges** : Interviennent dans les country court et dans la cross court.

-Les **Recorders** sont à la fois juges et avocats, ils sont surtout avocats mais quelques semaines par an ils vont siéger comme juges.

-Les **district Judges** qui jugent à plein temps dans la county court.

-Les **magistrates** ne sont pas forcément des juristes et sont plus de 20 000. Ils travaillent bénévolement, ils sont nommés par le ministre de la justice après consultation des comités locaux. Ils font ça car ça les intéresse et que c'est utile pour la société.

Le jury : encore présent en matière pénale devant la Crown Court, sauf si le prévenu plaide coupable.

§4 : High court et court of appeal

Cette Cour comprends une centaine de juges nommés directement ou après deux ans en tant que juges de circuit.

La Cour d'appel a deux divisions :

- Criminal avec le Lord Chief Justice
- Civil avec le Master of the Rolls.

Existant depuis 1875, les juges de la Cour d'appel sont en faible nombre, 40 environ. Ils sont appelés les Lord Justices of Appeal et pour les femmes les Lady of Appeal.

§5 : L'appel

Il y'a un très faible nombre de juge en appel car il y a très peu d'appel, environ 1000 par an en matière civile **car l'appel est en principe soumis à autorisation** mais les chiffres sont en constante augmentation.

Cette autorisation est donnée soit par la cour d'appel soit par la décision du fond.

C'est atypique car la première instance dit ça quand un juge dont l'analyse n'est pas très sur. Elle est fondée soit sur les chances de succès soit sur l'intérêt de la question juridique soulevée. Cependant, on peut se demander si cette procédure d'autorisation n'est pas ce que rêve le droit français actuellement car il y'a beaucoup trop d'appel en France, avec les dernières reformes ont veut réduire le nombre d'appel, on cherche a décourager les parties.

§6 : The supreme court of the UK

Elle remplace la chambre des lords depuis 2009. Il y avait 12 lords qui étaient des juristes anoblies.

Fonction : c'est une juridiction d'appel et va examiner très peu d'affaire (50 par an) car **elle se réserve de sélectionner les affaires**. Elle connaît des décisions de la court d'appel d'Angleterre, également contre les décisions galloises et irlandaises parfois et peut même exceptionnellement connaître d'un appel dirigé contre une décision de la high court lorsque la question a une importance particulière, on appelle ça le leap frog cad le saut de la grenouille car on saute la cour d'appel. Dans les projets de reforme de notre cour de cassation, il y'a un projet de sélectionner les affaires qui l'intéressent...

§7 : Le statut social des juges anglais

C'est un statut prestigieux qui est lié à la **fonction**. La jurisprudence est une source directe du droit comme on a pu le voir avec l'injonction Mareva. C'est également dû à leur mode de **nomination** car devenir juge est le couronnement d'une carrière. On est d'abord avocat et on exerce cette profession durant des années, puis on évolue. Il faut gagner beaucoup d'argent car c'est considéré comme être bon et ensuite on devient juge car c'est l'aboutissement logique d'une carrière. De plus ils sont très bien payés. Les conséquences de ce

prestige sont que :

- - **Ils détiennent un large pouvoir d'appréciation** ce qui s'explique par la place de l'Equity. Cette part de subjectivité qui nous dérange, dérange beaucoup moins les anglais car ils ont une grande confiance en la personne du juge (car il est méritant).
- - **Un certain pragmatisme des solutions** où on ne veut pas théoriser le droit mais réfléchir aux solutions au cas par cas.
- - **Le pouvoir d'injonction.**

§8 : Magistrate

Ce sont des fonctions bénévoles qui les amènent à statuer tant au pénal qu'au civil. Les magistrats peuvent être nommés à partir de 18 ans et prendre leur retraite à 70 ans. Ils sont des bénévoles, et il y en a environ 23 000. Ils n'ont pas besoin de qualifications juridiques (ils sont assistés au tribunal par un conseiller juridique). Bien que non payé, ils peuvent réclamer des frais, généralement pour les déplacements à destination et en provenance du tribunal.

Les candidats doivent convaincre le Lord Chancellor qu'ils répondent à six critères : bonne moralité; compréhension et communication; conscience sociale; maturité et tempérament sain ; bon jugement et engagement et fiabilité. En raison de la nécessité de maintenir la confiance du public dans l'impartialité du pouvoir judiciaire, les personnes qui exercent certaines professions (par exemple, les agents de police) ne peuvent pas devenir magistrats. Les magistrats sont recrutés par des comités consultatifs locaux dans chaque région. Le recrutement a lieu à des moments différents d'une région à l'autre. Il est possible téléphoner au comité consultatif local pour savoir quand il recrutera et discuter de toute autre question que vous pourriez avoir.

Si on regarde l'histoire de nos thèmes judiciaires, le droit français a essayé de créer les juges de proximité qui ont été retiré. Aujourd'hui, on a ces chambres de proximité avec une justice proche et économique. Ces magistrats n'étaient pas professionnelles, il fallait une formation juridique : bénévoles, le problème était le temps. En Angleterre, la justice est très chère. Ils ont une qualité de justice car les petits litiges sont traités bénévolement par sens du service public.

Pour la **préparation et la formation**, avant de décider de postuler ou non, ils doivent se rendre dans un tribunal de première instance pour observer les magistrats séance au moins une fois (mais de préférence deux ou trois fois) lors de la session générale, dans les 12 mois précédant votre candidature. Une fois choisis, tous les magistrats prêtent le serment judiciaire - le même serment que celui prêté par les juges. Ils sont formés avant de commencer à entendre des affaires et tout au long de leur carrière de magistrat, et sont régulièrement évalués. Au **niveau du temps et de l'argent**, les magistrats doivent pouvoir consacrer au moins 26 demi-journées par an à siéger au tribunal. Les employeurs sont tenus par la loi d'accorder un congé raisonnable aux magistrats. Les magistrats ne sont pas payés pour leurs services. Cependant, de nombreux employeurs accordent des congés payés aux magistrats (personne de bonne moralité). Pour une perte de revenu, ils peuvent demander une allocation pour perte à un taux fixe et demander des indemnités de déplacement et de séjour.

La Cour des juges de la paix (Courts of magistrate) entend l'ensemble des preuves (en pénal) et décident de si le prévenu est coupable ou non. Le Ministère public (the prosecution) doit prouver la preuve sans doute

raisonnable ou « beyond reasonable doubt » (et non pas de l'intime conviction comme en droit français). À défaut, ils rendent un non-lieu. Ils sont trois : si les deux premiers ne se mettent pas d'accord, le président des trois décide. Il faut parfois juger à deux : ils devront se mettre d'accord. Ils peuvent entendre l'ensemble des « summary offences » dans leur compétence ou encore les « either way offences » divisé avec la Crown court si l'affaire est trop technique ou si la sanction est trop importante. The **Magistrates Clerk** est le conseiller juridique : c'est un équivalent d'un greffier. Il vérifie si toutes les règles de procédure sont suivies (présentation de preuve légale notamment). Si le prévenu n'est pas aidé par un avocat, il aidera le prévenu afin de permettre un procès équitable. **The Usher**, l'huissier, cherche à vérifier si tous les témoins sont présents et les fait jurer. **L'avocat du Ministère public** ou « prosecution solicitor » doit prouver trois choses devant la Cour : si une infraction a été commise, si c'est le prévenu qui l'a commise et si toutes les preuves ont respecté les règles de procédure. À défaut, le prévenu est acquitté. Cet avocat pose des questions à ses propres témoins : on parle de témoin juridique. Il ne peut poser des « leading questions » qui suggèrent la réponse. Il ne peut présenter que des preuves qui ont été rassemblées légalement. Si le prévenu produit des témoins, il va à son tour les interroger selon le processus de la « cross-examination ». **L'avocat de la défense** ou « defense solicitor » défend le prévenu et essaie de démontrer que les preuves du Ministère public n'ont pas été correctement requises. Ce n'est pas à la défense de gagner l'affaire mais au Ministère public.

Sous section 2 : Les avocats

Il existe deux catégories d'avocat anglais : **barristers et solicitors**.

§1 — Les solicitors

Ce sont des juristes. Ils conseillent, négocient, permettent la rédaction d'actes (comme les contrats, testaments, etc) et, depuis quelques années, ils peuvent représenter en justice. On voit un rapprochement récent avec les barristers. Historiquement, ils avaient le rôle de notaire. Ils peuvent plaider partout sauf en audience publique devant un juge de la Haute Cour ou un juge de la Cour d'appel, sauf si, à l'égard d'un avocat particulier, le Barreau a accordé à cet avocat une qualification des tribunaux supérieurs

§2 — Les barristers

A. La carrière

Historiquement, **ils ont toujours plaider**. Ils peuvent plaider devant toutes les Cours et pour toutes les affaires (« full right of audience in all cases and in all courts »). Il a une robe différente du solicitors. Il existe un « **junior barrister** » qui apprend le métier comme un assistant du barrister. Les meilleurs deviendront les « **Queen's counsel** » : c'est un niveau de fonction supérieure. **Il peut ensuite être nommé juge**.

B. L'organisation professionnelle

Il faut des études juridiques au préalable. En Angleterre, les avocats sont réglementés par le Bar Standards Board, qui est une division du General Council of the Bar. **Un avocat doit être membre d'une à quatre « Inns of Court » (quatre auberges de la Cour) qui formaient et réglementaient traditionnellement les avocats**. C'est lié à l'histoire car les étudiants juridiques, au Moyen-Âge, prenaient pension dans une auberge afin d'étudier. Il y a donc des relations privilégiées entre les juges et les barrister. Ils sont en effet de la même origine (Oxford, Cambridge, etc). Il en existe quatre différents : Lincoln's Inn ; Gray's Inn ; Inner Temple et Middle Temple.

Chapitre 2 - Le droit américain

C'est un droit classique occidental. Il est un droit spécifique car il est né de la tradition anglaise mais influencée par le système civiliste.

Section 1 : La formation du droit américain

Les États-Unis, en tant que colonie anglaise, se sont révoltés en 1775 (avec le général Lafayette). La guerre d'indépendance s'achevant en 1783 se chevauchant avec la Révolution française. La Constitution des USA est signée en 1789 où Georges Washington devient le premier président des USA.

§1 — The Bill of Rights (1791)

On va avoir une déclaration des droits fondamentaux en droit américain. Au départ, un petit groupe d'ancienne colonie sont devenues des États et ont cherché à se fédérer. Ils ont appelé les autres colonies pour rejoindre cette fédération. Ils hésitaient car ils avaient peur d'être dominés ou absorbés par la confédération. L'idée était de protéger les États entrants en protégeant le droit des individus en parallèle. Le but est de garantir le droit fondamental de la population américaine. La Constitution établit le gouvernement et le fédéralisme s'impose au gouvernement national, pour limiter le gouvernement fédéral.

Le 1^{er} amendement est la liberté de religion, d'expression et de la presse. Le 2^e amendement est le droit de garder et de porter des armes. Le 5^e amendement touche au droit de La Défense (droit de ne pas s'auto-incriminer par exemple, contre la double incrimination, droit d'avoir un procès équitable, etc). Le 6^e amendement traite du droit à un procès rapide pour l'accusé. On trouve la notion de « due process of law » comme notion de procès équitable qui sont les droits fondamentaux de l'individu.

§2 — L'influence essentielle du droit anglais

Le droit anglais est toujours présent avec le Judiciary Act (1789) car ce sont d'anciennes colonies anglaises : c'est un acte qui décide que le droit applicable aux USA est le droit de common law. Cependant, à partir de cette date, ils auront la possibilité de ne pas suivre Londres car ils sont indépendants. Finalement, on voit se former une influence aussi bien française qu'espagnole, qui sont des pays de droit civil. En effet, la nouvelle USA a acheté la Louisiane à la France en 1803, et la Floride à l'Espagne en 1821. Le Texas sera annexé en 1845, la côte ouest par le Mexique en 1848 et une partie du Sud achetée au Mexique en 1853.

§3 — Les traits essentiels du droit américain contemporain

Dans le système américain, il y a une forte influence du droit écrit et du droit jurisprudentiel avec la création prétorienne et la règle du précédent : ce sont les sources du droit américain. On a une absence de « federal general common law » : le common law est différent selon les États. Cela signifie que l'on va avoir, dans un système fédéral, du droit étatique et un droit fédéral. La plupart des branches du droit qui régissent les relations privées est un droit étatique. Cependant, il existe des travaux de synthèse de l'American Law

Institute permettant de résumer, de créer des lois synthétiques. On a une coexistence du droit fédéral et des droits des États (dépôt d'une marque).

Section 2 — L'État fédéral

Selon le Xe amendement de la Constitution, le pouvoir fédéral ne bénéficie que de compétences limitées énumérées par la Constitution. On retrouve l'idée de protection des États dans les Bills of Rights. Cela est similaire aux articles 34 et 37 de la Constitution française. La quasi-totalité des matières de droit privé relèvent de la compétence des États fédéraux à l'exception des procédures collectives et du droit de la propriété intellectuelle.

On a la mise en place d'un régime présidentiel garantissant une véritable séparation des pouvoirs (comme l'écrivait Montesquieu avec son œuvre « L'esprit des lois »). Le président ne dispose pas du pouvoir de dissoudre le Congrès et ce dernier ne peut pas renverser l'exécutif (différemment du régime parlementaire). Le pouvoir judiciaire fédéral est prédominant mais ils existent des pouvoirs judiciaires étatiques avec la même distinction au niveau des juridictions (Cour suprême des USA et Cour suprême californienne par exemple). Il restent cependant indépendants de l'exécutif et du législatif.

L'ordre juridictionnel fédéral s'articule entre la District Court qui applique le droit fédéral américain, la Court of appeal (12 circuits qui correspondent aux ressorts juridictionnels des 12 cours d'appel fédérales, survivance de l'influence britannique) et la Supreme Court. Chaque État a son exécutif, son législatif et son système judiciaire. Au dessus, on a la fédération avec un système national. Au sommet, il existe une cour suprême qui contrôle la conformité du droit des États à la Constitution mais notamment quand il s'agit de contrôler les opérations électorales et l'élection du Président.

L'article 1 de la Constitution dispose que « tous les pouvoirs législatifs accordés par cette Constitution seront attribués à un Congrès des EU, qui sera composé d'un Sénat et d'une Chambre des représentants. »

L'article 2 dispose que le pouvoir exécutif sera conféré à un président des EU d'Amérique. **L'article 3** explique que le pouvoir judiciaire des EU sera conféré à une Cour suprême.

Sous section 1 : Le pouvoir exécutif

A. La désignation des candidats

Le système américain favorise le bipartisme : les autres parties faussent la répartition mais ne prend pas la place des Républicains et des démocrates. Lors du Super Tuesday, un mardi de début de mars, l'année des élections, le Parti démocrate et le Parti républicain désignent leur candidat par un processus de **caucus** (comités électoraux rassemblant des milliers de militants politique d'un parti pour désigner les délégués à la convention. Cela provient d'un mot amérindien signifiant le rassemble des chefs de tribus) et d'élections primaires. Au terme de cette première étape qui permet de désigner les délégués, chacun des partis organise durant l'été qui précède l'élection présidentielle, une **convention nationale**. C'est lors de ces conventions que les délégués investissent officiellement ce que l'on nomme le **ticket**, à savoir le duo formé par le candidat à la présidence et celui à la vice-présidence. Il s'agit à la fois du dernier échelon de la campagne interne au parti et du début de la bataille pour la Maison-Blanche.

B. Les grands électeurs

À partir de la convention, les **presidential candidates ou grands électeurs tout juste désignés font campagne et se lancent dans un marathon fastidieux fait de rencontres**, de rallyes, débats télévisés et de confrontations avec les journalistes. Jusqu'au premier mardi de novembre, jour de l'Election Day, depuis 1845. C'est une date déterminée par le Congrès selon l'article 2 de la Constitution et jusqu'à présent jamais contestée même en temps de guerre et de crise sanitaire.

Les citoyens votent alors pour les 538 grands électeurs qui constituent un collège électoral en charge de désigner leur candidat. Ils ont un mandat impératif. Les États-Unis étant une fédération, chaque État possède ses propres grands électeurs, dont le nombre varie en fonction de sa démographie. En effet, ce nombre correspond à celui des membres élus au Congrès de Washington : deux sénateurs et un ensemble de députés proportionnel à la population de l'État. Tous les États n'ont donc pas le même poids.

Au sein d'un État, il suffit de la majorité simple pour remporter la totalité des grands électeurs : c'est la liste qui arrive en tête qui décroche toutes les voix. Lorsqu'un parti arrive en tête dans un État, tous ses grands électeurs sont élus, indépendamment du nombre de voix. C'est la **règle du winner-takes-all** (sauf Maine et Nebraska qui ont un peu de proportionnelle) Ainsi, certains présidents des États-Unis ont été élus sans avoir obtenu le plus grand nombre de voix dans le « vote populaire », ce qui est le cas de Donald Trump en 2016. À l'inverse d'autres ont perdu tout en ayant eu plus de voix, comme Al Gore en 2000. Le choix des grands électeurs est donc déterminant quant au scrutin final.

Pour certains États, l'issue est courue d'avance, car ils sont historiquement ancrés dans la mouvance d'un parti. Le Texas vote républicain depuis près de quarante ans, tandis que l'État de New York se revendique systématiquement démocrate. Il reste néanmoins une poignée d'États où la majorité peut basculer d'une élection à l'autre, c'est ce qu'on appelle les **swing states** ou États pivots. Au nombre de six (Pennsylvanie, Michigan, Wisconsin, Caroline du Nord, Arizona, Floride), c'est sur eux que repose principalement la dernière phase de la campagne présidentielle. Car l'enjeu est de taille. En 2016, contre toute attente, Donald Trump l'avait remporté sur Hilary Clinton grâce au basculement des swing states du côté républicain, parfois pour quelques milliers de voix.

C. L'élection présidentielle

Cet effet de levier se retrouve ici. **Les grands électeurs vont votés à une majorité de 270 sur 538 membres.** Parfois, il arrive que le nombre de voix populaires est différents de la majorité des grands électeurs. En 2000, le candidat républicain George Bush a remporté la majorité absolue des grands électeurs mais non celles des voies populaires.

D. Les pouvoirs du Président

Le Président est à la fois le chef de l'État et chef de gouvernement. Le vice-président a pour fonction de succéder au Président en cas de décès ou d'impeachment et les fonctions que lui laissent le Président. Finalement, le vice-Président a très peu de pouvoir. Cependant, il a des pouvoirs de plus en plus importants par la pratique. Le cabinet est le fruit de l'usage car il n'est pas prévu par la Constitution : il réunit 16 secrétaires qui sont nommés par le Sénat et sont à la tête d'un département.

Sous section 2 : Le pouvoir législatif

L'article 1er de la Constitution des États-Unis précise que **le Congrès est un parlement bicaméral composé du Sénat et de la Chambre des Représentants**. C'est un système avec un accord du Sénat et de la Chambre des représentants : ils sont égaux et à défaut, rien ne passe si ils ne sont pas d'accord.

L'article 1, section 8, détermine les pouvoirs du Congrès : établir et percevoir les impôts et taxes afin d'assurer une défense commune et le bien-être général, réglementer le commerce entre États et avec les pays étrangers, établir des lois uniformes en matière de faillite, réglementer la naturalisation, battre monnaie, établir et organiser le service postal, constituer une organisation judiciaire fédérale, assurer l'entretien de l'armée et déclarer la guerre et ratifier les traités.

A. Le Sénat

Le Sénat, véritable chambre fédérale, compte 100 membres (2 sénateurs par État) élus au scrutin majoritaire direct à un tour (il est à noter qu'en Géorgie et en Louisiane, la majorité absolue est requise) pour une durée de six ans. Le Sénat est renouvelable par tiers tous les deux ans. Le Vice-président des États-Unis, élu au suffrage universel, en même temps que le Président, est de droit Président du Sénat, mais il ne dispose pas du droit de vote, sauf en cas de partage égal des voix. Les sénateurs doivent donc élire un « Président pro tempore » dont le rôle est de suppléer le Vice-président, absorbé par ses fonctions exécutives. Le travail parlementaire est accompli au cours de la séance publique mais également au sein des 16 commissions permanentes du Sénat.

B. La Chambre des représentants

La Chambre des Représentants compte 435 membres (1 parlementaire représente environ 400 000 citoyens) **élus au scrutin majoritaire direct à un tour** (en Géorgie, en Louisiane et dans le district de Colombie la majorité absolue est requise). **La législature a une durée de deux ans.** Le Président de la Chambre des Représentants est élu par ses pairs à la majorité absolue lors du premier jour de session de chaque législature. La Chambre des Représentants est organisée en 18 commissions permanentes.

Toutes les années paires, les échéances électorales ponctuent la vie politique américaine. L'élection présidentielle est organisée en novembre tous les quatre ans. Le même jour, le vote des citoyens permet le renouvellement du Congrès (un tiers du Sénat et tous les sièges de la Chambre des représentants). Puis, à la moitié du mandat présidentiel (midterm elections), la Chambre des Représentants ainsi que le tiers du Sénat sont renouvelés.

L'impeachment est une procédure de mise en accusation inscrite dans l'article 2 de la Constitution (Nixon, Clinton et Trump). Elle permet de juger et éventuellement de destituer un président qui se serait rendu coupable de trahison, corruption ou de « crimes et délits majeurs », notion qui n'est pas définie précisément. La procédure peut aussi s'appliquer aux hauts fonctionnaires du gouvernement : Les vices présidents, les juges fédéraux et les membres des cabinets. Elle n'est pas limitée dans la durée, elle peut prendre quelques jours comme plusieurs mois. C'est la chambre des représentants qui décide d'enclencher le processus. Une enquête du comité judiciaire est faite et ensuite un vote est fait, la motion d'impeachment sera rejetée ou acceptée. Si une majorité simple vote pour l'adoption de la motion, un procès est donc ouvert devant le Sénat. Le 18 décembre 2019, la chambre des représentants vote pour l'acceptation de la motion d'impeachment contre Trump car elle est en majorité démocrate.

En principe, au moment de sa comparution devant le Sénat, l'accusé est suspendu de ses fonctions, pour juger le président, le Sénat n'est plus présidé par le vice-président, comme c'est habituellement le cas, mais par le président de la Cour suprême. Le procès ressemble à une procédure pénale habituelle, l'accusé est représenté par un ou plusieurs avocats. Si la majorité aux deux tiers des sénateurs juge que le président des Etats-Unis est coupable alors il est destitué et son vice-président le remplace immédiatement. Or le parti républicain a gardé la majorité au Sénat après les élections de mi-mandat donc il y a peu de chance de Trump soit destitué. Les démocrates disaient que c'était une nécessité morale pour eux d'essayer.

Sous-section 3 : Le pouvoir judiciaire

§1 - District Court

Il y'a une District Court au moins un par Etat , mais exception avec la Californie, le Texas et New York ont plusieurs district court. Elles sont **compétentes en matière civile et criminelle, toute la difficulté sera de savoir quels affaires relèvent de la juridiction étatique ou fédéral.**

- **Les juges sont nommés a vie par le président avec approbation du Sénat.** Aucune compétence juridique

A - Les compétences des districts courts (Jurisdiction)

Les cas de compétence :

Lorsque l'Etat fédéral est partie à une procédure, cela a automatiquement effet pour donner compétence aux juridictions fédérales.

Lorsque la demande est fondée sur une loi fédérale (constitution ou loi ordinaire ex PI) (Federal question)

Diversity :

B - La représentation

Les parties doivent en principe être représentées par un « **attorney** » :

Les attorneys sont l'équivalent de nos avocats, mais présentent la particularité de pouvoir avoir le statut d'avocat et être salariés dans une entreprise. Le système américain admet, à la différence de la France, les avocats salariés d'entreprise.

C - Le fonctionnement

Il y'a un jury y compris en matière civile. Le rôle clé des « district Courts » dans l'établissement des faits est d'abord d'établir les faits qui seront tenus pour acquis pour toute la suite de la procédure, y compris devant les autres cours. Elle s'explique par **la place importante que tiens le jury dans le procès américain.**

Le 7ème amendement confère à toute personne le droit d'être jugé par un jury. Cependant, les parties peuvent y renoncer (2/3 des affaires). Ils se prononcent sur des matières de fait.

D- Les autres cours fédérales

- Dans chaque ressort il y'a aussi The United bankruptcy court

- The Court Of International Trade
- United States Court of Federal Claims
 - Which has exclusive jurisdiction over most claims for money damages against the US and unlawful takings of private property by the federal government.

§2 - Circuit court of appeals

C'est un système fédéral, donc ce sont les Cour d'appel fédéral, c'est pour cela qu'on parle de « circuit ». C'est un reste de la terminologie anglaise avec l'ancienne Cour du roi. Il y'a douze cour fédérales d'appel, aussi appelées cour constitutionnelles qui statuent généralement a trois juge, par ailleurs il y'a moins de cour que d'Etat donc parfois il y'aura une cour pour plusieurs état .

A - Compétence

En principe un appel peut être interjeté contre les décisions rendues en matière civile ou criminelle devant une United States court of appeal in the fédéral judicial circuit in which the district court is local.

- certaines matières, comme par exemple, les brevets relèvent de la seule compétence de la United States court of appeal

D'autres appels ne peuvent être portés que devant la Cour suprême.

B - Fonctionnement

Elles ne statuent pas sur les faits qui sont tenus pour acquis des le premier degré, les faits sont uniquement le premier degré (donc pas de jury). **C'est une formation collégiale, audience facultative seulement si l'affaire paraît le mériter** (un tiers seulement). En France on veut developper ce système de sans audience avec la procédure écrite. Elles ne statuent pas sur les faits et l'audience est facultative.

§3 - La Cour suprême (apprendre)

A - Les membres

Il y'an neuf membre nommés a vie par le président sur approbation du Sénat. Il y'a une entrée de la Cour « The Honorable, the Chief Justice, and the associate Justices of the Suprême Court ... »

B - Competence

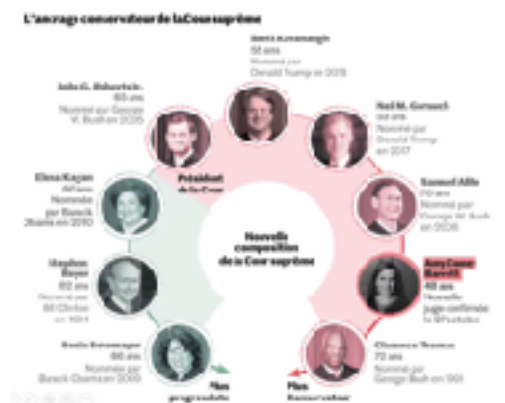
Voc. Juriscition Constitution (Art.III §2) : « *The judicial power shall extend to all cases, in Law and Equity, arising under this constitution, the law of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority (...)* »

Elle s'étends à toutes les affaires in law et Equity. **Sa compétence originelle est purement constitutionnelle. Elle a une compétence générale de cour constitutionnelle, elle est aussi cour suprême de l'ordre fédéral.** La Cour suprême avec ce Bill of Right a un domaine de contrôle juridictionnel extrêmement large (droit a l'avortement, liberté d'expression, mariage du même sexe, etc).

The judicial review (1803) est lorsque la Cour suprême s'est accordé le droit de regarder la Constitutionnalité.

Pour résumer, c'est une juridiction fédérale placée au sommet de la hiérarchie des tribunaux américains, connaissant des question de droit fédéral tout en ayant la fonction de juridiction constitutionnelle : c'est une « original jurisdiction ».

Ruth Bader Ginsburg débute sa carrière en défendant les droits des femmes et cofonde avec l'American Civil Liberties Union le Projet des droits des femmes en 1972. Tour à tour enseignante à l'Université de Columbia et chercheuse à l'Université de Stanford, elle devint professeur de droit à l'Université de Rutgers, puis à Columbia. En 1980, elle est nommée par le président Jimmy Carter juge à la Cour d'appel du circuit du District de Columbia. Sa nomination à la Cour suprême par Bill Clinton en 1993 vient couronner sa carrière de juge. Après Sandra Day O'Connor (1981-2006), elle est la seconde femme à détenir un siège à la Cour suprême. Opérée pour un cancer de pancréas en 2009, Ruth Bader Ginsburg demeura à son poste et continua de travailler jusqu'à son décès.



C - La sélection des affaires

La Cour suprême sélectionne des affaires vu qu'il n'y a que **9 juges**. 100/an sur 8000 choisit. La décision se prend à quatre voix sur neuf. Si elle accepte, elle délivre un « *Writ of certiorari* ». (mandat qui enjoint à la cour qui a jugé l'affaire au préalable de lui transmettre le dossier).

Les critères de sélection sont :

- Divergence de jp entre les cours d'appel fédérales ou les cours suprêmes de Etats,
- L'importance d'une question de droit fédéral
- Erreur d'une juridiction inférieure méritant une réparation.

Section III - Les Etats fédérés

Le principe est qu'ils ont un pouvoir souverain sur toutes les questions qui n'ont pas été transférées au pouvoir fédéral. Le pouvoir exécutif est exercé par un gouverneur élu au suffrage universel direct. Il y a également au sein de chaque État un pouvoir législatif et dispose de son propre ordre juridictionnel.

Les juridictions des États fédérés traitent la majeure partie des litiges, notamment de droit privé. Les procédures s'inspirent de la procédure fédérale d'une manière globale même si chaque État la sienne. Il y a des points communs, par exemple les juridictions de 1er degré sont seules compétentes pour établir les faits. Les CA jugent donc seulement le droit. Les CS se réservent le plus souvent les affaires dont elle doivent connaître.

§1 - les juges des Etats fédérés

A - L'élection des juges

L'originalité c'est qu'il y'a un **système d'élection**. Au moment de la révolution française on a tenté de mettre ça en place. Dans la plupart des Etats fédérés les juges sont élus au suffrage universel direct.

Trois grands système d'élection existant :

- Désignation des juges par les partis politiques
- Présentation libre, autrement dit sans investiture
- Le troisième dans lequel les juges sont d'abord nommés par le gouverneur, sur proposition d'une commission indépendante puis maintenu dans leur fonction par une élection

Des campagnes sont menés par les juges, et les juges vont indiquer leur tendance en matière criminelle, parfois ils peuvent prendre des distances avec leur programme qu'ils avaient émis. **Existe-il une véritable indépendance des élus ? Problème d'impartialité ?** On pourrait se poser la question.

B - Le statut et le fonctionnement

La durée des mandats est très variable, les juridictions du premier degré statuent a juge unique.

Il y'a généralement plusieurs niveaux de juridictions avec des dénominations qui varient d'un Etat a l'autre. Il pourra s'agir de *magistrate courts, de small claims court ou de district courts...*

Les Cour d'appel et Cour suprême statuent de manière collégiale (il faut se vérifier des noms de juridictions, car par exemple certains court suprême peuvent être de premier instance)

§2 - Les rapports entre le droit fédéral et les droits étatiques

Il y'a une suprématie du droit fédéral sur le droit étatiques par la possibilité offerte a la cour suprême fédérale de contrôler l'application du droit fédéral par les juridictions des Etats.

Deux conditions sont requises :

- Sauf exception, il doit s'agir d'un arrêt définitif d'une cour suprême
- La solution du litige doit dépendre d'une question de droit fédéral

Le droit américain est un droit extrêmement complexe, plus que le droit français.

Actualités: Un bras de fer est engagé entre Donald Trump et la justice américaine

(Source Huffington post)

- Un juge fédéral de Seattle a bloqué temporairement vendredi 3 février 2017 le décret anti-immigration du président américain visant sept pays à majorité musulmane.
- L'injonction temporaire du juge James Robart est valable sur l'ensemble du territoire américain. Elle doit permettre l'examen d'une plainte déposée lundi par le ministre de la Justice de l'État de Washington, Bob Ferguson. Cette plainte entend invalider des points clés du décret présidentiel, qui ferme les frontières des États-Unis aux réfugiés pendant quatre mois et aux ressortissants de sept pays à majorité musulmane (Iran, Irak, Libye, Somalie, Soudan, Syrie et Yémen) pendant trois mois. Les Syriens font l'objet d'une interdiction indéfinie.

(Source Huffington post)

- Dans sa plainte, le démocrate Bob Ferguson affirmait que l'interdiction décrétée par le président a fait à l'encontre des droits constitutionnels des immigrés et de leurs familles car elle visait particulièrement les musulmans.
- Entre temps, la Maison Blanche s'est aussi emparée du dossier. "Le ministre de la Justice entend déposer une injonction d'urgence pour faire appliquer le décret et annuler la décision du juge Robart, selon un communiqué."
- Le gouverneur de l'État de Washington Jay Inslee a lui aussi évoqué une "victoire éclatante" mais averti que la bataille pour son retrait n'était pas terminée. Un avis partagé par Bob Ferguson qui a dit sur la chaîne CNN, qu'il ne serait "pas surpris" si ce bras de fer se termine "à la Cour Suprême".

Section IV - La place du jury dans le droit américain

§1 - Grand et petit jury (apprendre)

Il existe deux types de jury :

Le grand jury qui est un jury d'accusation en droit pénal notamment. Il est prévu par le V^e amendement, il y'a eu un arrêt très important « *Hurtado v. California* » 1884 a dit qu'il n'était pas obligatoire.

Les petits jurys sont des jurys de jugement existe en matière criminelle et civil. En matière criminelle le petit jury va décider si le prévenu est coupable ou non. En matière civil, c'est lui qui va analyser les faits et qui va décider

En droit français en pénal, la victime peut se porter civil et elle peut aussi agir au civil.

Il peut y avoir des décalages entre petit jurys en matière criminelle et pénal. Dans une affaire médiatique, il y'avait eu un décalage entre le petit jury criminel qui avait relaxé et le petit jury civil qui avait sanctionné. C'est un système très particulier.

§2 - The grand jury (apprendre)

Ce sont des jurys qui sont pris dans le public et ils sont beaucoup. Il y a 23 jurés si c'est fédéral et entre 7 à 23 jurés pour les États s'il en existe un car ce n'est pas nécessairement obligé. **C'est un jury d'accusation donc son rôle est de décider si il existe suffisamment de charges et de preuves pour renvoyer l'inculpé devant le tribunal.**

En l'espèce c'est le **prosecutor qui décide de lancer les poursuites pénales et qui doit démontrer devant le grand jury qu'il y a suffisamment de soupçon** permettant de le renvoyer devant un tribunal. Devant les juridictions fédérales, le jury est obligatoire mais l'accusé peut y renoncer et demander à passer par une procédure allégée nommée procédure d'information. **Ce grand jury est là pour décider si il existe suffisamment de charge de preuves pour renvoyer l'inculpé devant le tribunal et il vient en quelque sorte vérifier l'analyse du procureur.** Cette institution est critiquée car on estime qu'elle ne respecte pas les règles du procès équitable.

Après les délibérations secrètes **le grand jury optera pour un true bill** (acte d'accusation) **soit pour un no bill** donc il ne renvoie pas devant le tribunal.

§3 - Petit (trial) jury

Le rôle du juge, il déterminera la loi applicable pendant que les jurés statueront sur les faits. Par exemple, le manuel qui intervient dans les district court, indique que le juge rappelle notamment au juré que l'accusé est présumé innocent et que la charge de la preuve de culpabilité repose sur le gouvernement (proving his guilty beyoung reasonable doubt)

A - Petit (trial) jury - criminal

En principe il y a 12 personnes. Il n'y a pas de procès devant le jury si le défendeur plaide coupable et qu'il admet avoir commis le crime. **Les juges diront au jury qu'elle est la loi applicable et le jury devra déterminer quelle est la vérité en se basant sur les éléments de faits et il devra déterminer si le prévenu/accusé est coupable ou non**

B - Le civil petit jury

Il y a des parties qui est le **plaintif (le demandeur) et the défendant (défendeur)**. Le demandeur a des preuves contre le défendeur. La demande s'appelle « the complaint ». les conclusions en défense (the answer). Les prétentions divergent sur des questions de fait et de droit (issues of fact and law). Avant la phase de jugement on va accueillir un panel de jury, ils doivent prêter serment et on doit les informer des cas qu'ils devront juger, des parties impliquées. Ils sont interrogés par les juges et par les avocats des parties dans le but de s'assurer de leur impartialité. Les jurys reconnus vont prêter serment solennellement.

The Eight Stages of Trial

Le civil petit jury – un exemple d'affaire civile devant a *federal district court*

□ The Eight Stages of Trial

- 1 – Opening statements
- 2 – Plaintiff calls witnesses and produces evidence to prove its case
- 3 – Defendant may call witnesses and produce evidence to disprove the plaintiffs case and to prove the defendants' claims
- 4 – Plaintiff may call rebuttal witnesses to disprove what was said by the defendant's witnesses
- 5 – Closing arguments are made by the lawyer on each side
- 6 – Le judge instructs or charges the jury as to the law
- 7- Le jury retires to deliberate
- 8 – The jury reaches its verdict

Direct examination :

Quelques caractéristiques : **ce fameux examen croisé les témoignages** « la cross examination ».

C'est un contre-interrogatoire est l'interrogation d'un témoin ou d'un accusé par l'avocat de la partie adverse.

Le juge peut appelée en cours d'audience a trancher des questions de droit particulières comme celles des objections en matière de témoignages. **C'est un incident soulevé devant la Cour dans le but de faire écarter un témoignage ou un autre moyen de preuve au motif qu'il aurait été produit en violation des règles relatives a la preuve ou tout autres règles.** Parfois on ne peut pas poser un certains types de questions.

Section V - Discovery

Procédure préalable au procès au cours de laquelle chaque partie peut exiger de son adversaire la production des éléments de preuve qu'elle va utiliser.

La qualité totalité des affaires civiles donnent lieu a un arrangement amiable après la procédure de Discovery. Notre système français notamment en procédure civile l'envie.

C'est un échange d'information légale permettant aux parties d'avoir connaissance des faits de l'espece.

§1 - Les documents échangés

A - La notion d'élément pertinent « relevant »

Le principe est que toutes informations peuvent être utilisé. Les exceptions sont les notions d'information privilégiées (relation avec le médecin, l'avocat, etc). En France, c'est pareil : on peut ordonner une preuve sauf motif légitime.

B - La forme des échanges

Cette procédure préalable au procès permet **d'échanger des preuves écrites ou littérales**. Cela permet aussi **l'échange des dépositions de témoins**. Cette déposition vont prendre la forme de témoignages écrits ou enregistré.

§2 - Le poids de la procédure fédérale

Aux US, on a des procédures étatiques et fédérales. La procédure de discovery existent dans toutes les procédures. La procédure fédérale de Discovery se trouve dans les règles de procédure fédérale et servent de modèle. **Elle repose sur le principe de la communication spontanée des pièces** (à posteriori, ce n'est pas possible). C'est une procédure critiquée. En effet, certains avocats américains expliquent que cette procédure est tout mais rien : c'est des milliers de dollars qui servent à maintenir un statut-quo en maintenant ceux qui ont le plus de preuve dans le favorable. Ce sont des milliers d'heures de juriste qui ont pour but de révéler le moins de preuves. Les meilleurs cerveaux de la génération cherchent à cacher les meilleurs éléments de preuve pour gagner l'affaire. Cela débouche à l'amiable cependant, d'où l'intérêt par les français. Elle trouve son origine chez les anglais mais ils ne l'ont pas retenu.

Focus droit anglais : Il est apparu au fil des années que la procédure de discovery génère des coûts très importants et allongeait considérablement la durée des procès. En Angleterre, ces difficultés ont été soulignées en Juin 1993 par le rapport Heilbron/Hodge à la suite duquel les Civil Procedure Rules ont été adoptées en vue de simplifier la procédure de discovery. Depuis leur entrée en vigueur le 26 Avril 1999, le terme de « discovery » n'est d'ailleurs plus utilisé mais a été remplacé par celui de « disclosure » et « inspection of documents ». En ayant à l'esprit la pratique française qui reste focalisée sur la seule production des éléments de preuves aptes à soutenir les prétentions des parties, la procédure de disclosure apparaît aujourd'hui comme très intéressante, en ce qu'elle garantit davantage d'égalité entre les parties, et abrège un procès en permettant l'élimination de certains points qui ne sont pas véritablement contestés. La procédure de disclosure (plus rationnelle) est d'une telle importance en droit anglais qu'elle serait susceptible de revêtir une signification constitutionnelle. Son objectif serait double: garantir l'exactitude d'une décision de justice au regard des faits et promouvoir une confiance dans le système procédural, afin qu'il soit considéré comme étant efficace et apte à résoudre les litiges.

§3 - Les critiques adressées au système de Discovery

« Discovery » n'est tout mais en réalité c'est des centaines de milliers de dollars qui sert à maintenir un statut quo qui préserve la partie Rice en information, c'est des milliers d'heure de travail de juriste qui ont pour objet que cette procédure de Discovery en révèle le moins possible. Les meilleurs cerveaux de leur génération trouve de nouveau moyen de manipuler les preuves pour les cacher. » Cameron Stracher, avocat. L'art de la procédure de Discovery, c'est en réalité une procédure qui vient de plus en plus tordu.

<https://blogs.parisnanterre.fr/content/une-proc%C3%A9dure-de-discovery-simplifi%C3%A9e-par-l%E2%80%99introduction-en-angleterre-des-%C2%AB-civil-procedure>

Ils sont passés d'un système de Discovery à plus un système de disclosure en droit anglais. Alors que dans le système français on se rapproche de la procédure de Discovery.

Section VI - L'interrogation des témoins

Cette interrogation relève des règles de preuves fédérales et étatiques. Celles-ci sont régies par les États mais la plupart ont pris pour modèle « *the federal rules of evidence* ». **La direct examination permet à l'avocat d'interroger les témoins qui sont favorables aux clients (sans leading questions).** Les questions peuvent faire l'objet d'une objection lors des leading question. La cross examination permet de contre examiner le témoin de l'adversaire (parfois violente).

§1 - Le direct examination

C'est la première phase d'interrogation au témoin.

Dans certains pays, elle est dénommée « examination-in-chief » (examination en premier). Elle est menée par l'avocat qui présente un témoin en faveur de son client. Elle sert à établir la preuve d'un ou de plusieurs faits avancés par l'avocat au soutien de la prétention de son client. **L'originalité de cette interrogation du témoin ami est l'interdiction des questions orientées.**

§2 - Les leading questions

Dans la phase de **la direct examination, les leading question sont interdites.** Ce sont en effet des questions qui suggèrent la réponse ou qui contiennent l'information que celui qui interroge cherche. **Elles risquent d'orienter, de fausser la réponse du témoin.**

Dans certains cas particuliers, il est aussi possible d'utiliser les leading questions à l'encontre d'un témoin en faveur de son client (friendly witness). Ce sera le cas lorsque celui qui est témoin doit être traité avec précaution comme un enfant. En revanche, dans la phase de cross examination; il est possible de poser des questions orientées car le témoin est réputé hostile (changement de camp en n'étant plus le friendly witness), de même lorsque l'avocat interroge un témoin hostile ou une partie adverse, il peut utiliser les leading questions (avec constatation du juge).

Il existe d'autres types de questions pouvant faire l'objet d'une objection. Ce sont des questions qui contiennent des affirmations implicites. L'objection peut aussi être fondée sur le fait que la question posée soit porte sur des faits qui ne sont pas dans le débat, soit qui n'ont pas été prouvés. Les étudiants anglais sont formés à une technique d'interrogation spécifique reposant sur la manipulation des mots.

§3 - La cross examination

C'est l'interrogation d'un témoin appelé par l'adversaire. Elle suit sa direct examination. Elle peut être suivie dans certains pays par une redirect-examination. Dans la plupart des pays de common law dont les US, le « cross examining attorney » n'a pas la possibilité de poser des questions qui n'ont pas de rapport avec des questions qui n'ont pas été évoquées dans la direct examination. C'est très formaliste dans la manière d'interroger. On parle d'examen croisé.

Section VII - Le stare decisis et les revirements de jurisprudence

C'est une expression latine signifiant que les décisions précédentes doivent être regardées « as precedent, according to the case law » (règle du précédent).

§1 - Le fondement du Stare decisis

L'idée est de s'appuyer sur ce qui a été décidé dans un but de sécurité juridique. Le poids donné au juge était facteur d'instabilité. Cela sert de base pour toutes les affaires similaires liées à la naissance de la common law. Cela a conduit également à des règles très rigides en refusant les revirements de jurisprudence. Dans une décision de 1988 dite « *Moradi-Shalal vs Fireman's Fund Ins companies* », on cherche la prévisibilité et la stabilité du droit. Cela irradie la totalité du droit.

Dans le système de common law pendant longtemps on a interdit le revirement de jurisprudence. On a besoin de sécurité juridique qui irrigue la totalité du droit

§2 - La portée de la règle

La règle du stare decisis a un rôle essentiel. Il y a deux aspects à ce principe : le premier tient dans le caractère impératif et obligatoire de certains precedents. Ce sont les binding precedents. Le second réside dans l'idée que les revirements (« to overturn a precedent ») doivent être exceptionnels. Le revirement est une atteinte à la règle du précédent (différent des systèmes de droit écrit).

A - Les différents types de précédents

Parmi les précédents, il convient de faire une distinction entre les Binding precedents et les Persuasive precedents.

- Les binding precedents (obligatoire) : les précédents de la cour compétente car une cour est tenue par ses propres précédents, par les cours supérieures. Les précédents des cours fédérales sont obligatoires pour les cours étatiques statuant sur une question de droit fédéral.
- -les persuasive precedents (aucun lien) : précédent émanant d'une cour inférieure (pas obligatoire), précédent émanant d'une cour étatique de même rang mais rattaché à un autre État. Finalement, les États s'inspirent entre eux. C'est comme des questions similaires dans différents États internationaux : on cherche à retenir les mêmes solutions pour un souci d'homogénéité.

Le vertical stare decisis est l'idée selon laquelle les juridictions inférieures sont tenues de suivre les precedents des cours supérieures. Le horizontal stare decisis est l'idée selon laquelle les juges sont tenus par les décisions de leur prédécesseur et par celles de ceux de juridiction de rang équivalent (formaliste).

B - La stare decisis et les revirements

Admis récemment au UK, ils sont plus fréquents aux US. Devant la US Supreme Court, le principe est appliqué avec souplesse. Pour changer une décision, il faut opérer à un revirement car on ne change ni les lois ni la Constitution. La règle du précédent correspond à une politique raisonnable, stratégie juridique car le plus important est que la règle de droit soit connue. C'est plus important une règle sécurisante que parfaite. Cependant, dans les cas qui impliquent l'application de la constitution fédérale, la Cour a choisi d'opérer à des revirements (affaire *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co* en 1932).

Section VIII - Le rôle politique de la Cour Suprême

Elle a une double fonction. Elle se situe au sommet de la hiérarchie des tribunaux américains. Elle est aussi une cour constitutionnelle. L'arrêt *Marbury vs Madison* (1803) permet à la Cour suprême d'accroître sa compétence avec l'intégration des Bills of rights (sorte de coup d'état judiciaire). Il y a peu d'affaires qui y passe chaque année car il y a un filtre. Elle juge très peu d'affaire (6 à 7%). Finalement, c'est un enjeu sociétal : elle est une Cour avec un réel pouvoir politique et juridique. Il y a actuellement un jeu de pression sur la question de l'avortement (sur la légalité des lois contre l'avortement de certains États).

La nomination des juges est aussi un enjeu politique avec la nomination : le prochain enjeu est la démission d'un juge républicain pour permettre plus de juge démocrate. Cela peut influencer sur des questions sensibles et sur la jurisprudence. Ce sont des portraits de personnes brillantes et juridiques : ce sont des personnes polyvalentes. Avant l'arrivée de Trump, il y eut le décès d'un juge de la Cour suprême donc il fallait le remplacer. Cependant, il y avait quatre juges conservateurs et quatre juges progressistes. Obama avait proposé un juge qui a été bloqué par le sénat car Trump venait proposer un juge très marqué conservateur. Ils ont attendu la fin du mandat pour préserver la partie républicaine. En 2017, il y a eu la nomination du nouveau juge, juriste et conservateur. Sa nomination a été compliquée car les démocrates avaient la majorité (loi modifiée pour faire perdre cette majorité). De ce fait, l'adoubement du juge Neil Gorsuch a été faite. En effet, il protège une conception stricte de l'interprétation de la Constitution (port normal de l'arme). On s'inquiète ainsi pour la légalité de l'avortement (par l'arrêt *Roe vs Wade* de 1973) mais également pour les droits des homosexuels et la question de l'Obamacare. Cela est amplifié avec la nouvelle arrivée de Barrett.

Les dispositions les plus sollicitées est la clause du « due process of law ». C'est le Ve amendement de la Constitution. Cette disposition a été interprétée largement comme une protection de toute personne faisant l'objet d'une décision défavorable à ses intérêts. Également, il y a la liberté d'expression ainsi que l'égalité devant la justice (clause d'égalité). Ce dernier, par le XIVe amendement, a été ajouté après la guerre de Sécession pour empêcher les États sudistes de rétablir indirectement l'esclavage.

§1 - Les étapes de la politique jurisprudentielle de la Cour suprême

Dans la première période (1803 - 1880), elle élargit son bloc de contrôle par la constitutionnalité du Bills of rights mais elle se restreint. La deuxième période est celle de 1880 à 1937 où la Cour opère à un anti-interventionnisme. La troisième période de 1937 à 1980 est celui du judicial activism (intégration scolaire avec une mixité et l'admission des discriminations positives). De ce fait, on assiste à une période plus contemporaine et plus modérée sur l'affirmative action : *The university of Michigan case* : dans cette université, on attribuait un certain nombre de point aux personnes qui rentraient dans une minorité sous-représentée. Ce n'était pas assez fin comme approche, comme ajustement pour achever une certaine diversité à l'université. Cette technique de discrimination positive était brutale. *The Seattle case* (June 2007) : des parents déménagent mais l'ancien proviseur refuse de laisser partir l'enfant par rapport au quota. La Cour a considéré que c'était excessif. L'idée émise par le président de la Cour, John Roberts, est que pour mettre un terme à la discrimination fondée sur la race, il faut arrêter de faire de la discrimination sur le fondement de la race (d'autres conditions comme la richesse ou les résultats). Les conséquences est la politisation de la Cour. En effet, Entre ces deux décisions, on a eu le départ d'un juriste réformiste et l'arrivée d'un conservateur (opposé aux discriminations positives). On peut se demander si on passe dans une nouvelle période avec les évolutions politiques/

[A.Montejo vs Louisiana \(2009\)](#)

C'est un revirement de jurisprudence qui a renversé *Michigan v Jackson* (1986), un arrêt sur les interrogatoires de police à la demande des démocrates. La jurisprudence *Michigan* permettait d'obtenir

l'annulation des aveux obtenus par la police quand le suspect avait demandé mais n'avait pas eu une assistance juridique. Elle a été abandonnée ce qui a été considéré comme un recul des droits de La Défense et au procès équitable par les libéraux.

B.District Attorney's Office vs Osborne (2009)

La cour a refusé d'accorder un droit constitutionnel aux personnes condamnées s'étant déclarées coupables. Les coupables voulaient obtenir un test ADN afin de les innocenter. Cette question est considérée comme relevant des législations étatiques.

C.Ricci vs Destefano (2009)

C'était une discrimination positive en matière d'évolution de carrière : des pompiers avaient passés un concours pour être promus. Ceux qui ont gagnés ont été invalidés car il n'y avait aucun noir qui avait gagné et seulement des blancs. La Cour suprême a considéré que la municipalité n'avait pas apportée la preuve de la légitimité d'une discrimination positive afin de redresser des inégalités de faits, favorisées par un traitement identique de tous les candidats.

D.Snyder vs Phelps (2011)

Il est décidé que le 1er amendement sur la liberté d'expression protège le droit de l'église conservatrice Westboro Baptist Church à organiser des manifestations homophobes lors d'enterrement de soldats.

E.Aff Roe vs Wale (1973)

Il est décidé que les lois contre l'avortement viole le XIVe amendement sur le droit au respect de la vie privée. C'est quelque chose qui est toujours en débat dû au mouvement anti avortement aux USA. Mais la JP est de plus en plus remise en cause et risque de basculer à tout moment. En 1992 ça a été évité à 1 voix près grâce à un juge qui changé d'avis au dernier moment. En 2003 une loi est passée pour raccourcir le délai pour procéder à un avortement ce qui était inconstitutionnel. En 2016 elle admet qu'on grignote le droit à l'avortement tout en considérant qu'il est toujours possible. On n'interdit pas l'avortement mais les conditions sont si fortes que c'est impossible d'y avoir recours dans certains États. Afin de défendre une loi anti-avortement adoptée en Louisiane, un nombre important de sénateurs et représentants du Congrès qui demandaient de revenir sur l'arrêt « Roe » et donc sur le droit à l'avortement des États-Unis. La CS a refusé d'examiner plusieurs affaires en lien avec l'avortement mais la nomination de la juge Barrett pourra modifier la position des juges.

F.District of Columbia vs Heller (2008)

C'est sur le port d'arme individuel. L'État de Columbia avait interdit le port d'arme individuel malgré le IIe amendement. Il y a eu un recours contre ce texte et la Cour s'est demandé si le droit d'être armé était un droit individuel ou collectif tel qu'il figure dans la Constitution. Une courte majorité vient dire que le IIe amendement établissait un droit individuel au port d'arme mais qu'il pouvait être réglementé et encadré et qu'il pouvait être interdit à certaines personnes (les gens ayant un casier, ayant des problèmes psychologiques), dans certains endroits et pour certains types d'armes à feu (armes de guerre). En 2010 elle a repris la même position dans un autre cas. En 2019 elle a accepté un nouveau cas mais ne l'a pas encore tranché.

G.Le mariage gay : l'évolution en deux temps

En 2014, la Cour suprême avait refusé d'examiner la question ce qui était surprenant. Des tribunaux étatiques avaient invalidé les législations étatiques interdisant les mariages homosexuels.

En 2015 elle est venue considérer que c'était un droit constitutionnel selon le XIVe amendement, ce qui rends le mariage homosexuel légal dans l'ensemble des USA. Mais on n'est pas à l'abri d'un changement même si la Cour suprême n'opère pas souvent des revirements

Partie 2 : Les systèmes orientaux

Chapitre 1 : Le droit chinois

Section 1 : L'histoire

La Chine communiste dans sa période la plus dure a rejeté le droit et le retour du droit intervient dans la Chine impériale.

Sous-section 1 : L'héritage impérial

Le point de départ est la doctrine de Maître Kong (551-479 avant JC). Le droit impérial apparaît à partir de la dynastie Tang vers 618.

§1 — Le confucianisme

A. Sa vie

La doctrine de maître Kong (Kong Qiu ou Confucius) est importante. La vie de Confucius est entre légende et vérité : il était conseiller des ducs de Lu, il a fini par être un ministre et a démissionné car il était en désaccord avec l'immortalité de ses maîtres. Il semble si l'on s'en tient à la légende que l'état voisin, inquiet de la puissance grandissante des Lu, lui ait envoyé 100 chevaux de valeurs et 80 belles danseuses. La jouissance de ces cadeaux aurait conduit le duc à négliger ses devoirs officiels pendant trois jours, provoquant la déception de Confucius. Vieux débat sur la place de la moralité dans la vie publique

B. Son oeuvre

Les classiques et les livres de confucianisme : certains auraient été écrits par lui et d'autres par ses disciples. Il s'agit de certains passages du livre des changements, du livre des documents historiques, des annales du printemps et de l'automne, mais cette version est démentie par les historiens modernes. C'est toute une doctrine. D'autres l'ont été par ses disciples : c'est notamment le cas des Analectes.

C. Le contenu de sa pensée

Le contenu de sa pensée est d'une grande modestie, il est celui qui transmet. Sa doctrine insiste sur l'importance de l'étude et de la morale. Il a vécu dans une époque de guerre féodale ce qui était dur pour les populations, il va appuyer la nécessité de retrouver la paix, pour cela il faut un ordre et il utilise un ordre divin pour le faire. L'un de ses enseignants le plus fameux et la règle d'or : traiter les autres comme vous voudriez qu'il vous traitent. À l'un de ces disciples qui lui demandait : « Existe-il un mort qui pourrait guider la vie d'une personne ? », il répondit « n'imposez pas aux autres, ce que vous ne choisiriez pas pour vous-même » (variante de la règle d'or). Son but aura été de restaurer un État unifié dans lequel l'accession aux pouvoirs se ferait sur la base du mérite. Il serait à l'origine de la mise en place de la règle du concours et non des relations et de la parenté : il met en avant le mérite et le travail. Les gouvernants doivent être vertueux et transmettre leurs vertus au peuple.

Il semble que le succès de la pensée de Maître Kong s'explique en partie par le fait qu'elle s'est inscrite dans la tradition chinoise antérieure. Il insiste sur la force des liens de la hiérarchie familiale. Il évoque notamment cinq relations fondamentales unissant un supérieur à un inférieur : le père et son fils, le mari et sa femme, le souverain et son sujet, le frère aîné et le cadet à laquelle il convient d'ajouter une relation d'égalité entre deux amis.

Le **li** correspond à l'ordre naturel des choses (différent du fa). Il est lié à trois aspects de la vie : les rites, les institutions politiques et sociales ainsi que la morale de tous les jours. Finalement, il s'agit d'un ordre moral naturel prenant pour modèle les règles éternelles de la terre et du ciel. Il vient établir un rapport entre la conduite individuelle des personnes et la mise en place d'une société idéale. C'est quelque chose de flexible comme un ensemble de vertu qu'il faut adapter aux différentes situations. Le li est, en même temps, basé sur la notion de réciprocité. Cette notion de réciprocité apparaît dans les relations hiérarchiques. En effet, l'inférieur doit obéir mais le supérieur doit le protéger et le traiter avec bonté pour trouver la bonne décision.

La **fa** est la loi fondée sur un système normatif externe fondé sur la punition. La pensée politique voit dans l'éthique un mode de gouvernance. Si le peuple est gouverné par la loi, la conduite des hommes sera imposée par la peur d'une punition, qui ne développera aucun sens moral mais ne cherchera qu'à éviter la punition. Mais si ils sont gouvernés par la vertu, leur conduite sera dictée par ce qui est juste et leur sentiment moral se développera.

D. L'influence de la pensée

La hiérarchie aussi doit être sous l'emprise du li. Le fa est un système normatif externe fondé sur la punition, c'est un pis-aller. C'est d'abord une pensée morale mais c'est aussi la doctrine officielle de l'État car elle favorise le pouvoir absolu de l'empereur mais sert aussi pour justifier l'absence de contrôle démocratique. L'équilibre du système se trouvait dans le sens du devoir imposé aux supérieurs et dans la recherche de l'harmonie qui devait dicter la conduite des uns et des autres. Le procès marque l'échec du Li et la rupture de l'harmonie alors que le règlement amiable est un retour à l'harmonie. Le légisme date du IV siècle avant JC qui sont venus contester une partie des principes de Confucius. Les légistes préconisaient un gouvernement par la loi qui est générale et abstraite donc en l'absence de privilèges en matière judiciaire ou pénale. Toutefois ils rejoignent Maître Kong en ce sens, qu'ils justifient aussi l'absolutisme du pouvoir du souverain.

<https://www.youtube.com/watch?v=RAwa2MRfFwo>

§2 — Le droit de la Chine impériale

L'histoire du droit chinois connu remonte seulement à l'époque Tang (618-906). Elle se caractérise par l'existence du code Tang. Le code Tang (624) servira de modèle pour les dynasties suivantes. Il se présente comme la synthèse du confucianisme et du légisme. La structure est originale. 500 articles et 12 sections. Chaque Code comportait une partie consacrée aux cinq peines, aux dix abominations et aux personnes privilégiés.

A - Les codes de la Chine impériale

Les Codes Tang, Ming, Qing se caractérisaient par un grand conservatisme lequel était le fruit de la doctrine de Confucius. Ils étaient donc quasi-sacrés.

Toutefois, ils se révélaient à bien des égards incomplet et archaïques. C'est la raison pour laquelle ils furent complétés, dans chaque dynastie par un droit secondaire.

Ce droit secondaire était constitué de commentaires officiels des codes, de textes complémentaires et de la jurisprudence codifiée. Par exemple, les 436 articles du Code Qing étaient complétés par 1900 dispositions de droit secondaire.

B - Le code Qing

Ce code était divisé en 7 parties. Il était extrêmement détaillé car le droit chinois reposait essentiellement sur un système d'interdictions assorties de sanctions. M. Cuniberti donne l'exemple des dettes. Ne pas payer sa dette exposait le débiteur à recevoir 10 coups de bambou, plus un coup par mois de retard au-delà du troisième mois. Ça rappelle le droit romain par exemple, donc on peut voir que c'est un droit archaïque.

C - Le droit pénal dans le Code Qing

L'aveu était essentiel, ce qui explique, sans le justifier bien sûr, l'usage de la torture. Il était basé sur l'idée traditionnelle selon laquelle la loi pénale doit avoir un fondement moral. Ce qui est la trace des enseignements de Confucius. Elle doit notamment avoir pour but de permettre au délinquant de réaliser sa faute. Une idée encore très présente dans la culture chinoise. Les crimes les plus graves devaient être rapportés à l'empereur et punis avec son accord.

D - La matière civile dans le Code Qing

Le droit civil n'est pas absent, mais il est pris en considération seulement dans ses aspects touchant à l'ordre social (famille, succession) et est traité selon une approche pénale. Le droit des contrats est en revanche le grand absent.

E -Le domaine privilégié du droit impérial

Le droit impérial est essentiellement du droit public en ce sens qu'il régit principalement l'action de l'administration. Ce trait du droit chinois se retrouve dans le statut du magistrat.

F - Le magistrat dans la Chine impériale

Il s'agit avant tout d'un fonctionnaire qui représente le pouvoir impérial dans un nombre important de domaines (défense de la population, conduite des cérémonies religieuses, accès à la fonction publique, supervision des travaux publics, maintien de l'ordre). Et bien évidemment il tranche les litiges.

Théoriquement, ils devaient rendre la justice en appliquant le Code, mais il semble que dans les matières civiles, ils en aient bien souvent tempéré la sévérité en encourageant la médiation ou en faisant prévaloir les coutumes locales moins sévères.

G - Le rôle des coutumes dans la Chine impériale

Le droit étatique étant principalement un droit public, un certain nombre de domaines sont régis par le droit coutumier. Il s'agit notamment du droit de la famille et du droit des relations commerciales.

H - Les modes non processuel de règlement des litiges

Les litiges relevant des matières coutumières relevaient en principe de la médiation. Celle-ci intervenait, selon la matière ou le contexte, soit au sein de la famille, soit du clan, soit du village.

L'intérêt était à la fois d'échapper au procès, synonyme du « fa » qui est mal vu et d'éviter les couts et risque de peine du procès officiel.

Sur le plan des métiers, il existait des corporations reconnues par le pouvoir impérial. Elles comprenaient des tribunaux qui jouaient le rôle de juridiction de première instance.

I - L'influence du confucianisme

Elle se trouve à la fois dans le droit substantiel et dans la mise en oeuvre des règles.

- Dans le droit substantiel, elle en explique certaines particularités. Par exemple, il était indiqué dans les codes que l'infraction commise par un inférieur au détriment d'un supérieur soit punie plus sévèrement, que celle commise par le supérieur au détriment de l'inférieur.
- Il était admis que les solutions de droit positif puissent être écartées lorsqu'elles apparaissent dans une affaire donnée aux enseignements du confucianisme.

Sous section II - La formation du droit moderne

§1 - La parenthèse républicaine



Au début du XXème siècle, un vent d'opposition souffle sur la Chine. Un certain nombre d'intellectuels et d'officiers militent en faveur de l'établissement d'une République. A la suite d'une série de révoltes, la République est proclamée en 1912, mais très vite, après l'addition de l'Empereur, le pouvoir est confisqué par un militaire commandant de l'armée nouvelle et ancien premier ministre de l'empereur. Celui-ci se déclare lui-même, empereur en 1915 mais meurt en 1916. La Chine est déchirée par les conflits que se livrent ceux qui l'ont désigné comme les seigneurs de la guerre qui se repartissent les débris de l'Empire.

Dans les années 1920, Sun Yat-Sen établit une base révolutionnaire dans le Sud de la Chine et s'emploie à réunifier la Chine, en s'alliant notamment avec les communistes.

Après sa mort en 1925, son successeur Chiang Kai-shek prend le contrôle de son parti, le parti national ou Kuomintang et parvient à reprendre au prix d'une campagne militaire à prendre le contrôle du sud et du centre de la Chine. Après avoir battu les seigneurs de la guerre, il s'allie avec eux pour chasser les communistes.

A - La longue marche

Ceux-ci reprirent un avantage au terme de la longue marche, organisée par Mao Tse-Tung. Entre temps, ils s'allièrent brièvement pour tenter de chasser les japonais qui, au cours de la deuxième guerre mondiale, avaient réussi à envahir la Chine (1937-1945).

En 1949, le parti communiste chinois était parvenu à reprendre le contrôle de la quasi-totalité du territoire, provoquant l'exil de Chiang et de son gouvernement à Taiwan.

B - Le droit dans tout cela

La dynastie Qing projetait une réforme de sa législation, mais les règles, élaborées dans cette perspective, n'avaient pas eu le temps d'être promulguées.

Ce fut donc le gouvernement républicain qui entre 1928 et 1935 opéra une grande réforme du droit chinois en prenant pour modèle le droit occidental, notamment le droit allemand, qui avait déjà largement influencé l'évolution du droit japonais.

La nouvelle législation, connue sous le nom des « Six lois », par référence aux 6 grandes matières abordées, s'étendait au droit commercial et au droit civil.

§2 - Le droit de la Chine communiste

Au fur et à mesure de son avancée dans le pays, le PCC instaurait un ordre juridique socialiste en adoptant des lois anti-impérialistes en matière de mariage, de travail, en droit des biens. Parallèlement, il établissait des tribunaux populaires.

A - L'instauration de la république populaire (1949-1957)

L'état du droit a été modifié par étape.

La propriété privée est grignotée progressivement. Beaucoup de grandes entreprises sont nationalisées, mais des parcelles de secteur privé demeurent quelques années encore, surtout dans le domaine industriel. En 1956, le phénomène est quasi-achevé, la propriété privée est presque réduite à néant en matière industrielle et la production agricole est en quasi-totalité organisée en coopérative.

Le droit adopté par le Kuomintang est abrogé et remplacé par un système juridique socialiste. **En 1954, une constitution sur le modèle soviétique est adoptée.** De nouveaux textes régissent de nombreux domaines (famille, pénal...)

Très vite cependant les règles de droit classiques sont supplantées par le concept de document normatif, emprunté aux juristes soviétiques. Il consacre la puissance de l'administration et donc du parti. Le parti se mêle de tout y compris de régler la vie privée des personnes.

En théorie, les litiges sont réglés par les comités de médiation dont la mission est de veiller à l'éducation du peuple et à la reconstruction nationale. En pratique, les personnes essayaient tout simplement de les éviter.

Les différends de type commerciaux étaient réglés directement par l'administration, la Chine ayant refusé la mise en place de cours d'arbitrage inspirées du modèle soviétique.

On met en place des comités de médiation qui veillent sur l'éducation du peuple et la construction nationale. Par exemple des documents normatifs, indiquaient des règles personnelles. La vie privée était régit par le parti. Il fallait donc passer par des commissions de médiation afin de traiter un litige. Ils sont sous la coupe du parti. On retrouve du système pyramidal de Confucius. Par la médiation, on cherche à reprendre l'idée de paix de Confucius mais les locaux connaissaient la conséquence de passer sur le comité de médiation (afin de rentrer dans la vie privée des habitants). Plus tard, il y avait une méfiance face à cette médiation. Les différends de type commerciaux étaient réglés directement par l'administration. La Chine ayant refusé la mise en place des cours d'arbitrage inspirées du modèle soviétique. Finalement, tout est centralisé par l'État mais il arrive que les litiges arrivent alors l'administration règle ces problèmes.

Les cent fleurs « et leurs épines » ?

Le Parti communiste a besoin de résoudre les rangs en lançant une campagne des Cents fleurs en 1956. L'objectif officiel des cent-fleurs est de laisser éclore cent fleurs et cent écoles de pensée. Il est donc demandé aux citoyens de s'exprimer sur le parti afin que celui-ci puisse s'améliorer (dans la logique de Confucius). Beaucoup tomberont dans le piège et critiqueront l'administration. En 1957, le parti se livre à une large et violente répression. Le parti vient dire que le droit ne peut pas être utilisé contre lui car c'est une pratique de la droite. Il s'efface donc totalement derrière les documents normatifs qui reflètent le pouvoir de fait du pouvoir communiste. Le droit devient synonyme de dérive droitiste : il s'efface totalement derrière les documents normatifs qui reflètent le pouvoir de fait du parti. C'est le début du système sans droit.

La révolution culturelle

Durant les années 60, Mao n'est plus le leader dans le parti. Il lance de Shanghai la grande révolution culturelle prolétarienne pour lutter contre l'évolution capitaliste et révisionniste du pays. Elle repose sur une purge qu'on fait avec les gardes rouges qui sont manipulables où ils entreprennent de traquer les révisionnistes dans les lycées, universités, administrations et facultés. C'est une époque de vandalisme culturel où même les fleurs sont arrachées car représentant le capitalisme même dans les jardins publics. Le président est dénoncé et emprisonné, il est déporté. Les facultés et les tribunaux sont fermés. Le droit est chassé de la république populaire de Chine.

La mort de Mao et le retour du droit

En 1976, il meurt et le président Deng Xiaoping revient. L'économie et le droit vont revenir, l'autarcie est abandonnée et la Chine va s'ouvrir aux investissements étrangers. En 1982, on adopte une nouvelle Constitution.

Section 2 : Les sources formelles du droit chinois

La nouvelle Constitution de 1982 est présente depuis la réforme de 1999. La Chine est comme un « état de droit » mais continue à consacrer la prééminence du Parti communiste fort et des doctrines socialistes. L'assemblée nationale du peuple est le pouvoir législatif suprême car elle adopte seulement les lois fondamentales. Les autres lois relèvent de la compétence du Comité permanent de l'assemblée. On est dans cette logique de droit premier et secondaire comme durant l'Empire. Le conseil des affaires de l'Etat est investi d'un pouvoir réglementaire propre et dérivé. Il peut déléguer son pouvoir à d'autres autorités administratives. Même si la Chine n'est pas une fédération, elle reste un territoire grand, les autorités locales ont des pouvoirs importants et édictent une

partie des normes juridique à tel point que le législateur national a dû en 2000 légiférer pour réduire leurs domaines de compétence. En effet, on voit des bras de fer entre Shanghai et Pékin. La Cour suprême s'est quasiment octroyée un pouvoir réglementaire à travers la production de normes interprétatives générales et abstraites. C'est un modèle impériale. Cependant, la jurisprudence n'est pas admise comme une source directe de droit. La Chine a pris comme au départ, le droit continental donc totalement écrit (ce qui commence à changer en cherchant tous les grands droits du monde comme le droit américain et britannique afin de mieux répondre à leur nécessité).

Section 3 : Quelques tendances du droit chinois contemporain

§1 — La Constitution

La Constitution de 1982 consacre de nouveaux principes qui marquent un infléchissement de l'idéologie. Elle fait l'objet de nombreuses révisions jusqu'en 2018 qui aboutissent à sa version actuelle. L'article 6 dispose le principe selon lequel « chacun donne en fonction de ses capacités et chacun reçoit en fonction de son travail ». L'article 13 admet la propriété privée de certains biens personnels et des entreprises privées, incluant les entreprises étrangères. En effet, il existe des classes sociales énormément riches contre d'autres très pauvres.

Les amendements

En 1988, des amendements autorisent la coexistence du secteur privé et du secteur étatique dans certains domaines. D'autres instituent des droits d'exploitation transmissibles sur les terres : ils ne sont pas propriétaires mais disposent de la terre. En 1993, l'État socialiste planifié laisse place à l'économie de marché socialiste : sans la main invisible. L'adhésion de la Chine à l'OMC a contribué à accélérer les mutations du droit chinois : cela entraîne des obligations juridiques et notamment en matière de brevet, de marque, etc. En effet, elle a dû changé sa législation pour rentrer dans les canons de l'OMC. De plus, il y a une mention des droits de l'Homme qui reste moindre (Ouïgours). En 2007, une nouvelle loi sur la propriété privée est entrée en vigueur. En 2018, un amendement de la Constitution abolit la limite du nombre de mandats d'un même président. L'amendement faut aussi entrer « la pensée de XI Jinping » dans la Constitution tout comme le rôle dirigeant du PCC.

§2 — Le droit civil

En 1986, on a une adoption des principes généraux du droit civil. Les articles 2 et 3 consacrent l'égalité des citoyens devant la loi. On voit l'esprit communiste du droit civil avec la protection des intérêts de l'État et des traces de Confucius avec le respect de l'équité, de l'honnêteté et de la fiabilité.

L'article 26 introduit les entreprises individuelles qui doivent être enregistrées pour exploiter des activités industrielles et commerciales. Les exploitants sont responsables de leurs biens personnels pour les dettes encourues en relation avec l'activité. L'article 30 permet à des individus de s'associer dans une entreprise par des apports en numéraire ou en nature.

Adoption de dispositions générales du droit civil

Le 15 mars 2017, lors de la cinquième session du 12^e congrès populaire, les députés ont adopté les dispositions générales du droit civil. Ce texte constitue la première étape vers la rédaction d'un code civil complet comprenant cinq tomes : la propriété, les contrats, la responsabilité civile, le mariage et la succession.

Cette adoption des dispositions générales constitue une étape majeure dans le processus de codification engagé par la République populaire de Chine. *Quels en sont les objectifs et comment a-t-il été élaboré ?*

Les objectifs sont avant tout politique. Il s'agit de promouvoir et renforcer la protection des droits des personnes mais aussi de participer à la construction d'un État de droit socialiste. Cela passe notamment par l'amélioration du fonctionnement du système juridique de l'économie socialiste de marché.

Pour ce qui est de son élaboration, le Comité des travaux législatifs de l'Assemblée Nationale populaire est chargé de rédiger les projets officiels. Il est assisté par cinq partenaires : la Cour populaire suprême, le Parquet populaire suprême, le bureau des affaires juridiques du Conseil des affaires d'État, la China Law Society et la CASS (institut de Droit). D'après les expériences précédentes, ce sont les deux derniers qui ont vraiment les moyens et l'expertise nécessaire pour présenter des avant-projets, rédigés par des comités d'experts composés essentiellement d'éminents universitaires.

L'adoption du Code civil

Le 28 mai 2020, l'assemblée Populaire nationale a adopté le premier Code civil chinois entré en vigueur au 1er janvier 2021. finalement, on cherche à rendre le droit civil chinois plus accessible et plus lisible. C'est la fin du régime jusqu'alors dispersé entre une dizaine de législations spéciales auxquelles s'ajoutaient de nombreux règlements administratifs et interprétations judiciaires. La matière va continuer à se développer, la Cour populaire suprême ayant annoncé son intention de présenter une interprétation judiciaire portant sur certaines questions à l'interprétation du droit civil.

Le droit économique

Cette démarche de développement vers l'économie de marché a permis, en plus de son adhésion à l'OMC, conduit à l'adoption de beaucoup de textes notamment sur les contrats économiques, d'autres impliquant des intérêts étrangers (pour différencier l'État des étrangers), sur les faillites, sur la comptabilité, etc. Amendée en 1993, la Constitution dit « l'État pratique une économie de marché socialiste, l'État adopte une législation économique et améliore le contrôle de l'économie. » Dans ce but, un système légal a été mis en place pour permettre une transition en douceur vers l'économie de marché socialiste et permettre le développement d'un marché libre et concurrentiel.

Le droit rural

Les terres agricoles sont la propriété des collectivités villageoises qui ont été confiées à des familles et les paysans vendent librement leurs récoltes. Les entreprises rurales ont dans leur grande majorité été transformées en coopératives ou en sociétés par actions et les parts ou actions ont été distribuées aux cadres et aux salariés comme en Russie.

L'apparition d'un droit économique

Dans les années 1990, de nombreux textes sont arrivés afin d'instaurer une économie de marché (3 000 lois, 3 000 règlements). Ils concernent le droit des sociétés, les investissements étrangers, le droit des contrats, le droit de la concurrence, la banque centrale, le droit du travail, la propriété intellectuelle et le droit de l'environnement. Le problème reste l'application.

Judiciarisation de la vie des affaires

Des procédures de recours administratifs ont été mis en place mais il semble que les entreprises hésitent à les utiliser. L'arbitrage est sollicité tant au niveau national qu'au niveau international.

Les difficultés

La privatisation sauvage des terres agricoles : alors que l'attachement du gouvernement chinois à la propriété collective des terres agricoles donnait le sentiment d'être l'un des rares principes communistes à survivre dans la Chine moderne, les transactions illégales sur les terres agricoles se multiplient. C'est ainsi par exemple que la presse chinoise fait état du recours massif par les municipalités à des faux titres de propriété revendus au privé et ayant servi de garantie à des milliards de yuan de prêts bancaires. Un certain nombre de communautés villageoises, proche de grandes villes, commercialisent elles-mêmes des projets résidentiels en donnant aux acheteurs des titres de propriété mineurs, illégaux en l'état de droit mais dont on espère la légalisation future.

Les expropriations de terres collectives semblent se multiplier : ceci ne va pas sans susciter des réactions de la part des paysans qui en sont les victimes. Ceux-ci, par les intermédiaires d'internet, protestent contre celles-ci en mettant en avant le fait que celles-ci, sous couvert d'un intérêt public, sont en réalité de nature privée. Une étude réalisée par une université américaine révèle que les autorités locales rachètent les terres en moyenne 43 fois moins cher que ce qu'elles les revendent aux promoteurs. À un moment, il y avait d'énormes manifestations. Le gouvernement a promis de réagir et de punir les actes illicites d'acquisitions foncières par la force.

La notion d'État de droit n'est pas parfaitement assimilée notamment par une partie de l'élite dirigeante : ce fut jusqu'en 2013, l'exemple du loagui (réduction par le travail) et qui a été officiellement supprimé. Les règles du parti jouent un rôle important sans qu'il s'agisse de règles de droit officielles. C'est le cas des relations entre employeur et employé ne sont pas faciles car il y a énormément de conflits (suicide, homicide, etc). C'est souvent lié à des salaires impayés.

§3 — L'effectivité du droit

A. Les modes alternatifs de règlement des litiges

1) La médiation

Il y a un manque de confiance dans les tribunaux qui explique qu'une grande partie des litiges soient réglés par la voie de la médiation. **La loi du 28 août 2010 sur la médiation se présente comme liée à la tradition chinoise pour encourager les citoyens à régler leur litige en dehors de tribunaux.** Il y avait 5 millions de médiateurs dans plus de 800 000 centres de médiations avec 97,2% de réussite.

Ces comités de médiation peuvent être mis en place par les collectivités territoriales pour régler les affaires civiles et les petites affaires pénales. Ils n'ont pas de pouvoir de coercition mais utilisent des arguments de raison et de persuasion. Ils ont une fonction pédagogique, ils familiarisent le public avec les textes de loi. Ils ne sont pas composés de juristes mais reçoivent l'aide d'assistants spécialisés.

2) La pétition

La pétition est un héritage impérial (= comme un placet sous l'Ancien régime face au roi) et est une manière de saisir une autorité d'un différend. Elles sont traitées par des organes spécialisés. Elles sont introduites par un groupe de personnes et se présentent comme un mode alternatif de règlement des différends. **En 2013, il y a eu une réforme des pétitions par un document politique émanant du parti qui a créé un cadre pour mieux les traiter et on a mis en place un système de pétition sur internet.** En effet, il est considéré que les autorités locales abusent du pouvoir qui est le leur. C'est l'exemple d'une pétition des chinois catholiques dénonçant la nomination des prélats pour le PCC : un accord a été trouvé entre le gouvernement chinois et le Vatican en décembre 2018.

B.L'organisation juridictionnelle

-La cour suprême : son président est nommé par l'assemblée populaire nationale. Les autres juges sont nommés par le comité permanent de l'assemblée (qui joue le rôle d'un exécutif et est en réalité la principale source de législation. Il y a environ 100 juges. Elle rends 3 000 à 4 000 décisions/an.

-Son organisation : le système est complexe avec quatre niveaux et maximum deux instances.

- —Les tribunaux populaires (3 000 avec 30 000 antennes locales)
- —Les tribunaux populaires intermédiaires : en appel du tribunal populaire et en première instance des infractions graves et civils importantes.
- —31 Hautes Cours : en appel des décisions des TPI et en première instance des litiges provinciaux.
- —Les Cour suprêmes : en appel des première instance des décisions de la Haute Cour. En première et dernière instance pour les litiges d'importance nationale.
- —Les juridictions spéciales notamment une juridiction militaire

Un aperçu de l'appli XI

Depuis le 1er janvier 2019, la propagande et la surveillance de masse ont franchi un nouveau palier en Chine. Grace à une initiative du département de la propagande du comité central du PPC, les chinois peuvent installer sur leur téléphone portable une nouvelle application que l'on peut traduire par « étudier pour rendre la Chine forte ». On retrouve la doctrine Confucius. Cela se fait également par une application qui notent les chinois sur leur comportement civil.

Chapitre 2 : Le droit islamique

Ce n'est pas un droit d'un pays à proprement parler. C'est un ensemble de règles de droit d'origine religieuse établies autour du Xe. Certains pays musulmans en ont fait leur loi nationale (en conformité avec ces grandes règles) tandis que d'autres, ce sont une influence (comme un droit secondaire). On va avoir un problème d'interprétation des règles avec les différents courants de pensées. Finalement, l'histoire de la pensée islamique est importante.

Section 1 : Histoire de la pensée islamique

Les liens entre le droit islamique et l'histoire de l'islam expliquent un certain nombre de particularité des systèmes juridiques liés à l'islam.

§1 — La vie du prophète

Il est né à la Mecque en 570 avant JC. Orphelin très jeune, il est élevé par un oncle. À 25 ans, il se marie avec une riche veuve de 25 ans son aîné. En 610, il va entendre la parole d'Allah qui lui demande d'être son messager (dieu de la religion musulmane). En 622, il va être persécuté et va s'enfuir au nord ce qui correspond à l'Hégire, le début du calendrier musulman. Il rentre dans cette période médinoise qui est important du point de vu juridique car c'est une groupe avec des coutumes différentes de Médine. Il mourra en 632 à la Mecque.

A. Les révélations

Du vivant de Mahomet les révélations sont transmises oralement (certains commencent à les noter). Elles sont classées en quatre grandes périodes : trois mecquoises et une médinoise. Les sourates de la période médinoise traitent de l'organisation de la société formée par les croyants ayant suivi Mahomet. Le coran n'est pas la source première de droit. Les traditions ou hadiths sont une autre source de la théologie et du

droit. Finalement, ce sont des règles transmises avec un contenu non présent dans le Coran : ce sont les réponses du prophète aux questions.

B. Sa famille est ses compagnons

Mahomet a été entouré de compagnons qui joueront un rôle essentiel dans la transmission des révélations. Après le décès de sa première épouse, Mahomet se remariera à plusieurs reprises (plusieurs épouses dont la plupart étaient évités de compagnons morts au combat). La plus marquante sur le plan juridique est sans doute Aïcha, la plus intéressée par les questions juridiques. Il n'aura que des filles (mariées à des amis qui sont Othman et Ali) et qui n'auront que deux petits-fils (Hassan et Hussein).

C. La succession de Mahomet

A la mort de son chef naturel, la communauté des croyants a été confrontée à la question de sa succession. Les quatre premiers Califes ont été choisis au sein de sa tribu d'origine les Kuraish. Il s'agit de ses deux beau-pères (Aboukerr et Omar) et de ses gendres (Othman et Ali). Ali prends le pouvoir après l'assassinat d'Othman. Ensuite, des divisions surgissent sur la manière dont il convient de désigner le chef de la communauté. On voit apparaître un schisme. Pour certains, il doit être élu par l'ensemble des membres de la communauté. Pour d'autres il doit s'agir d'un descendant de prophète. Pour ces derniers, les trois premiers Califes sont des usurpateurs. Les divisions sont exacerbées par une guerre civile entre trois factions :

- Les partisans **d'Ali**
- Les partisans du cousin **d'Othman** qui considèrent qu'Ali fonde son califat sur l'assassinat.
- La troisième faction approuvant la **mort d'Othman** mais accusait Ali d'être immoral.

§2 — Les schismes

À la fin du IXe, l'islam éclate en trois courants :

- **L'islam sunnite** : il affirme la légitimité des quatre premiers califes.
- **L'islam chiite** : les trois premiers qualifiés ont été des usurpateurs. La rupture entre les deux a été consommée durant la bataille de Kerbela en 680 où le fils cadet d'Ali meurt et est considéré comme un martyr. Il fait passer le culte des martyres comme symbole de la lutte contre l'injustice liée à sa mort.
- **Le Kharidjisme** : ce sont d'anciens partisans d'Ali entrés en opposition avec lui. Il est marginal désormais car s'est épanouie chez les berbères d'Afrique du Nord.

A. Les droits et les courants religieux

Les chiites et les sunnites accordent de l'importance à l'interprétation de la révélation divine, nécessaire pour se conformer au Coran. Les sunnites ont tendance à se référer pour l'interprétation du Coran aux quatre grandes écoles savantes du passé. Les chiites continuent à se donner le droit d'interpréter le Coran, et les Hadiths avec la même autorité que leurs prédécesseurs tout en réservant l'infailibilité aux imams supérieurs. La loi religieuse, la charia est en grande partie fondée sur les hadiths et les unités et les chiites divergent sur l'autorité à donner aux différents hadiths, leurs conceptions diffèrent sensiblement. En effet, ils donnent une autorité différentes à ces hadiths.

1) Le sunnisme

Il représente la majorité des musulmans. La dénomination vient de Sunna qui désigne la tradition islamique appliquée. C'est ici qu'on va découvrir les grandes écoles d'interprétation sunnites : les Hanafites, les Malékites ou Malakites, les Shafrites ou Chafrites et les Hanbalistes.

a. Les Hanafites

Cette école a été fondée par Abu Hanifa au VIIIe siècle et il a enseigné en Irak. Ce courant est présenté comme étant le moins rigide mais le plus ancien. Ceci s'explique par le fait que son fondateur ne retient que

17 hadiths et accorde en revanche une place importante au raisonnement et au jugement personnel lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui doit être fait. Ils sont surtout en Turquie et au Pakistan.

b. Les Malékites ou Malakites

Fondée par Malik ibn Anas au VIII^e siècle, originaire de Médine qui utilise plus les Hadiths que Hanifa. Il accorde une place au raisonnement tout en laissant une grande place à la coutume de Médine telle qu'elle était en vigueur au temps du prophète. Ils sont surtout en Afrique du Nord et au Soudan.

c. Les Shafiïtes ou Chaféïtes

École fondée par Al Shafi, il a été un disciple de Malik et d'un juriste hanafite et vécu principalement à la Mecque et à Médine. Il fonda une école à Bagdad dans laquelle se retrouve l'influence de ses maître qui réalise un compromis entre les deux courants de pensées précédents. Cela se retrouve dans le Golfe persique et en Indonésie.

d. Les Hanbalistes

Fondée par Handal à Bagdad au début du IX^e siècle. Disciple d'Al Shafi, il crée une école fondée sur les hadiths et retient une conception stricte du consensus des juristes qu'il limite aux compagnons du prophète. Cette interprétation littérale et stricte du Coran se retrouve en Arabie saoudite.

2) Le chiisme (= groupe de partisan)

C'est une branche minoritaire mais ils sont majoritaires en Iran, en Irak au sud du sous continent indien et peuvent représenter d'importantes minorités en Afghanistan, au Liban, en Asie centrale, en Turquie et un peu dans les États du Golfe. Elle se caractérise par une conception particulière de l'autorité religieuse liée à son origine : ceux qui croient en **l'Imamat d'Ali**. La succession revient à l'imam qui poursuit la réception de la révélation car il reçoit la parole divine avec une légitimité particulière. L'Imamat pour les chiites incarne à la fois le pouvoir temporel et spirituel inauguré par Ali et destiné à donner un guide de la révélation à la communauté. Il tire son autorité de Dieu et sa légitimité est liée à son héritage spirituel.

Toutefois, toutes les branches du chiisme ne s'accordent pas sur la ligne de succession. Il y a trois grands courants qui se divisent sur les nombres d'imams :

- Les duodécimains : considèrent qu'il y a 12 imams.
- Le zaydisme : ne reconnaît que 7 imams et rejette le dogme de l'imam caché.
- Les ismaéliens : sont divisés en plusieurs communautés dont les nizariites dont le chef spirituel est Naga Khan ou encore les Druzes en Syrie et au Liban qui sont membres d'une secte initiatique dérivée d'un courant ismaélien. La scission entre duodécimains et ismaéliens eut lieu à la mort du 6^e imam en 765 à nouveau sur une question de succession.

a. Le chiisme et le pouvoir politique

Un certain nombre de spécialistes disent que le chiisme est le seul courant religieux au sein de l'islam dont les textes fondamentaux font une nette distinction entre le politique et le religieux. Alors que la conception moderne du chiisme, à partir de l'exemple iranien, se focalise plutôt sur le pouvoir absolu du juriste théologien qui paraît être un des obstacles vers ce que nous considérons comme les droits fondamentaux (démocratie, droit des femmes).

Ceci s'explique par le fait que pour les douze imams, depuis l'occultation du douzième imam, les hommes sont libres par rapport au pouvoir temporel en place. Celle-ci permet une séparation entre le temporel et le spirituel. Mais la doctrine n'est pas figée car le 12^e imam est toujours présent et informe sa communauté de sa volonté au travers de théologiens « ouléma » qui peuvent interpréter ses signes.

Les autres membres de la communauté doivent se contenter d'une lecture littérale du Coran. En attendant le retour du 12^e imam aucun pouvoir n'est en principe légitime et la communauté doit se préparer à son retour.

b. Le chiisme et le droit

La question de l'Imamat d'Ali a une influence sur le droit en ce sens que les hadiths de narrateurs (dans la chaîne de témoignage) ne faisant pas partie de la famille du prophète peuvent être discutés. Les chiïtes considèrent la justice comme le deuxième fondement de la religion et donne un rôle à l'intellect humain qui doit faire la distinction instinctivement entre le bien et le mal.

§3 — Le droit classique islamique

C'est un droit religieux car sa source est dans la volonté divine. Il est infallible : il n'a pas à s'adapter aux évolutions de la société différemment des droits laïcs car il a une légitimité divine. Certains versets du Coran donnent à penser qu'il est complet. La marge d'interprétation joue alors un rôle essentiel (comme le voile) avec la divergence des courants et la question de la modernité.

- Le droit islamique **sunnite** admet trois ou quatre piliers et une méthode de raisonnement : le Coran, la tradition du prophète (Sunna), le consensus des savants et raisonnement par analogie. Les deux premières constituent la Charia qui sont les sources primaires de la volonté divine.
- Le **droit islamique chiïte** admet, lui, deux sources : le Coran et les manifestations des personnes guidées par Dieu (imam caché).

A. Le Coran comme source de droit

Il est divisé en 114 chapitres (Sourates) et énormément de versets. La version définitive a été établie sous le troisième calife Othman. L'ordre n'ayant pas été conservé, les sourates sont présentées en ordre décroissant par rapport à la révélation (ils sont présentés par thématique). Or les relations étant devenues de plus en plus longues de la vie du prophète, les plus récentes sont en premier. Certains versets sont difficiles à interpréter mais certains sont juridiques (comme la force obligatoire avec le consensualisme à la sourate II verset 172 ou contre la corruption des juges avec la sourate II verset 184).

Sourate II

Usure

267 « Ceux qui avalent le produit de l'usure se lèveront au jour de la résurrection comme celui que Satan a souillé de son contact. Et cela parce qu'ils disent : L'usure est la même chose que la vente. Dieu a permis la vente, il a interdit l'usure. Celui à qui parviendra cet avertissement du Seigneur et qui mettra un terme à cette iniquité obtiendra le pardon du passé; son affaire ne regardera plus que Dieu. Ceux qui retourneront à l'usure seront livrés au feu ou ils demeureront éternellement ». L'usure correspond au prêt à un taux d'intérêt trop élevé dans le droit moderne français. Ici, l'usure est employé dans le sens d'un prêt à intérêt. Le droit musulman, comme l'Eglise catholique à l'époque pointe un doigt accusateur sur le prêt à intérêt qui est répréhensible. Il existe des activités bancaires mais pas des prêts à intérêts, ce sont donc d'autres montages juridiques qui sont mis en place.

Sourate II

Délais de paiement

280 « Si votre débiteur éprouve de la gêne, attendez qu'il soit plus aisé. Si vous lui remettez sa dette, ce sera plus méritoire pour vous, si vous le savez ». Moralement il s'agit d'un devoir qui est mis à la charge du créancier.

La sunna et les hadiths

Ce sont des règles de vie qui découlent des paroles, actes et approbations du prophète dont on admet qu'elles ont été guidées par Allah, ce sont les hadiths :

Les juristes musulmans ont, en conséquence, rassemblé des témoignages sur sa vie pour en déduire des règles de droit. D'où les débats sur l'authenticité des témoignages. Toute règle de la Sunna prend la forme d'une Hadith. Chaque Hadith est divisée en deux parties : L'isnad qui expose la chaîne de la transmission du témoignage. Le matn qui en expose le contenu. Les hadiths n'ont pas tout la même valeur (authentiques, acceptables). Il existe une division entre les sunnites et les chiites qui tous deux ont des recueils dont les contenus différents (respectivement 9 et 4). En outre, chez les chiites, il existe de nombreux hadiths qui relatent non pas les actions et les paroles du prophète mais celle des imams.

Le consensus des savants - l'Idjma

La troisième source découle d'un consensus de la communauté des savants sur une règle. C'est l'Umma. La communauté des savants est devenue celle des juristes. Chez les sunnites, l'accord des quatre grands maîtres fait accéder leur proposition au statut de règle de droit.

La personnalisation de ses écoles a eu pour conséquence de figer les interprétations. C'est « la fermeture de la porte de l'effort de raisonnement ». Il semble même que l'Idjma ait débouché sur une interprétation définitive du Coran et de la Sunna. Ce qui conduit un auteur à indiquer que « théoriquement secondaire, l'idjma devient en pratique la source exclusive du droit musulman. » Toutefois, certains auteurs militent en faveur de la remise en cause de cette fermeture.

Remarque : l'islam chiite n'accorde pas la même place aux juristes. A partir du XVIII^e siècle l'islam a laissé se développer un véritable clergé en établissant une distinction entre les mollahs, juriste dont le rôle se limitait à appliquer les prescriptions claires et précises de la loi divine et une élite dont les avis s'imposent à toute une communauté. Ces juristes qualifiés ont la possibilité de revenir aux sources primaires de l'islam.

Exemple de Hadith :

Section II - Les applications moderne du droit islamique

A - L'Egypte

Depuis fort longtemps les puissances étrangères avaient obtenu de l'Egypte que les ressortissants soit jugés par des juridictions capitulaires ou consulaires appliquant leurs propres droits. En 1875 le gouvernement égyptien obtient que des juridictions mixtes connaissent des litiges entre un égyptien et un étranger. Afin de moderniser leur droit, des réformes ont été entreprises dès le début du XIX^e siècle.

§1 - La coexistence des droits

Le système judiciaire fut modernisé et des tribunaux nationaux furent installés afin de juger les litiges entre ressortissants égyptiens. Seules les questions de statut personnelles continuaient à relever de la compétence du cadi. Le nouvel ordre juridictionnel avait 4 niveaux (village, 8 tribunaux de première instance, 2 cours d'appel et une haute cour).

Le droit substantiel avait aussi été réformé. Des codes avaient été adoptés d'inspiration française. Certains avaient proposé que ces codes soient d'inspiration islamique, mais le modèle français l'emporta finalement, à l'exception du statut personnel, qui relevant des compétences des cadis, était régi par le droit islamique. Les cadis qui appliqueraient le droit de l'école de leur choix, furent tenus par ordre du pouvoir ottoman d'appliquer les analyses hanafites (première école). En 1875, un projet de code du statut personnel fut adopté. Il était d'inspiration hanéfite. Jamais promulgué, il inspira cependant les cadis.

L'indépendance

Des 1936, l'Égypte a amélioré son droit. Les codes précédemment adoptés n'étaient pas toujours d'une grande qualité. Le nouveau code qui devait être d'inspiration islamique s'inspira pourtant nettement des précédents. L'influence occidentale, et notamment française, l'emportant dans bien des domaines. Par exemple, la possibilité du prêt à intérêt a été maintenue ainsi que le contrat d'assurance.

Le statut personnel qui aurait dû être codifié ne l'a pas été, mais le législateur a pu, plusieurs reprises intervenir pour modifier le droit de la famille dans l'objectif notamment de mieux protéger le droit des femmes. Par exemple, le droit islamique hanéfite donne la possibilité au mari seul de sortir des liens du mariage. Deux lois de 1920 et 1929 donnèrent cette possibilité à l'époque, notamment en cas d'impossibilité objective de vie commune, puis de mésentente. Les formes les plus rapides de répudiations furent interdites. Ces lois furent reprises en 1985 et en 2000. La loi de 2000 dispose que dans le silence de la loi sur une question, le juge doit appliquer le droit de l'école hanéfite.

§2 - Le droit islamique et la Constitution

La constitution adoptée en 1971 prévoyait que l'Islam est religion d'Etat et que la Charia était une source principale de la législation. Ce texte fut suspendu lors de la chute d'Hosni Moubarak. Une déclaration constitutionnelle adoptée par référendum en mars 2011 permettait de maintenir certains principes de base en attendant un nouveau texte. Cette déclaration indiquait notamment en son article 2 que l'islam est la religion de l'Etat que « les principes de la charria islamique représentent la source principale de la législation ». Elle indique par ailleurs que l'Etat garantit la liberté de croyance et de la pratique religieuse et protège les autres libertés fondamentales. La constitution défendue par les islamistes au pouvoir a été adoptée en décembre 2012. On retrouve les mêmes principes, mais les opposants craignaient que certaines nouvelles dispositions conduisent à une interprétation plus rigoriste. Une nouvelle constitution a été adoptée le 15 janvier 2014. Elle succède à celle de 2012.

Les enjeux avant l'adoption de la Constitution de 2012

Parmi les questions clefs, celle de la place de l'islam et de l'armée et la question des femmes. Les coptes demandaient avoir des représentants au sein de l'assemblée constituante. L'armée souhaitait que la future constitution préserve une partie de ses privilèges et notamment l'absence de contrôle parlementaire de son budget.

La Constitution de 2014

Ce scrutin s'est déroulé à la suite de la destitution de Mohamed Morsi

Article 2 :

« L'islam est la religion d'Etat et l'arabe sa langue officielle. Les principes de la Charia islamique sont la source principale de la religion. »

§3 - La place du droit islamique dans l'Égypte contemporaine

L'islamisation des codes. En 1978 Une commission parlementaire est chargée de préparer l'islamisation des codes. En 1982, six nouveaux codes ont été adoptés par l'assemblée, mais en raison d'un changement de politique, ils n'ont jamais été promulgués. Le code civil interdisait notamment la perception des intérêts, mais faisait droit à l'assurance.

La place du droit islamique dans l'Egypte contemporaine

C'est une source secondaire du droit. En théorie dans le silence de la loi. En pratique : les juges utilisent souvent une double motivation, oriente les interprétations. La complète. Par exemple, la loi du 29 permet à la femme de demander le divorce en cas de maltraitance. Il peut aller jusqu'à considérer que l'impuissance est une maltraitance. Maintien des modes coutumiers de règlement des litiges notamment en matière de litiges familiaux avec souvent des solutions contra legem. Une solution qui se fonde sur le droit musulman mais qui dit le contraire de ce que dit la loi.

Une source fondamentale du droit. Cela résulte de l'actuelle constitution mais ce caractère n'avait pas de conséquence importante jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle dans une décision du 15 mai 1993 décide que la réforme de 1993 avait eu pour conséquence de lui permettre de contrôler la conformité des lois à la Sharia. Elle précisa en outre que la Sharia étant un corps de règle fixe, il ne lui appartiendrait pas de l'interpréter mais de l'appliquer. Les commentateurs en dessinent qu'elle reprenait ainsi la théorie de la fermeture des portes de l'effort.

En réalité, la Cour constitutionnelle a, jusqu'à présent fait preuve de la plus grande souplesse. Elle a limité de deux manières la portée de la décision de 1993. Elle a d'abord considéré que la réforme constitutionnelle ne pouvait pas avoir d'effet rétroactif = pas de contrôle des lois antérieures. L'examen des textes nouveaux à l'aune du droit islamique s'est jusqu'à présent généralement heurté selon la Cour à l'absence de référence claire de droit islamique sur les points soulevés, notamment en l'absence de consensus des juristes. C'est ainsi, par exemple qu'en 1995 la Cour a validé une loi interdisant le port du voile dans les écoles égyptiennes.

L'affaire du voile dans les écoles égyptiennes

En 1994 le ministre égyptien de l'Education a promulgué un arrêté le lentement scolaire dans les écoles publiques. Les jeunes filles devaient porter un uniforme (chemisier blanc et jupe d'une longueur appropriée). Il était aussi prévu que « *à la demande écrite de son tuteur, l'élève peut couvrir ses cheveux, pour autant qu'elle ne se couvre pas le visage* ». **Le texte interdisait donc l'usage du niqab qui couvre entièrement le visage. Certaines filles ont voulu contester cela.**

La haute cour a utilisé le raisonnement suivant « Aucun texte législatif ne peut contredire les règles de la Shari'a dont la filiation et la signification sont absolues dans la mesure où ce sont les seules règles à l'égard desquelles l'itihad (interprétation par l'effort) est interdit ». Elle considère en revanche qu' »il n'en va pas de même des règles découlant du raisonnement individuel dont soit la signification, soit les deux, ne sont pas absolues (...) Ces règles sont évolutives et changent avec le temps et le lieu » .Ceci conduit à distinguer entre les règles « absolues » et les « règles relatives » à la charria.

La Cour débute sa décision par une affirmation générale portant sur le statut de la femme : « l'islam a élevé le sort de la femme et il l'a incité à préserver sa nudité. Il lui a ordonné de voiler son corps contre la déchéance et la vulgarité pour que la femme transcende par elle-même tout ce qui l'avilit ou entache sa vie (...) Il ne lui appartiendrait pas également de manifester sa volonté dans le choix de son vêtement »

La Cour indique ensuite que le droit islamique ne contient pas de disposition absolue sur la notion de vêtement pudique de la femme et en déduit que l'itihad est alors autorisé. Le raisonnement n'est alors limité que par le Coran et elle cite le verset 31 de la 24ème sourate et le verset 59 de la 33ème. Elle en déduit que l'arrête se conforme aux principes fondamentaux de la Shari'a.

Chapitre 4 - Le droit comparé

Le notaire latin est-il un gatekeeper ? Quelques réflexions comparatives sur le rôle du notariat.

Le contexte : le notariat est une institution propre au pays de droit civil. Pour cette raison cette notion est généralement mal comprise par les juristes de Commonw Law qui lui reprochent de renchérir le cout des actes juridiques et de hausser le libre jeu du marché entre les différents acteurs du monde juridique. Elle a donc fait partie des professions réglementées placées dans l'oeil du cyclone.

I - Une réponse aux récentes crises économiques : la redécouverte du contrôle préventif de l'égalité

La crise économique américaine a relevé l'échec du libéralisme effréné et a conduit à réévaluer l'intervention du droit dans la réglementation de l'économie. Il y'a eu un développement de l'idée selon laquelle un contrôle a posteriori des comportements incorrects n'est pas suffisant et qu'il convient de mettre en place des techniques de prévention. (Quel est le cout de la prévention ?)

Des travaux entrepris grâce à la méthodologie de l'analyse économique du droit proposaient de confier les tâches de vérification de la légalité à des experts du secteur privé.

L'expression des gardiens du portail illustre le fait que ce contrôle de légalité subordonne l'accès au marché.

II - La stratégie de Gatekeeping selon la doctrine américaine

Point de départ : confier le contrôle de légalité préalable à des sujets privés dans l'objectif d'économiser les couts d'institution publiques. Il y'a l'apparition d'une problématique : celle de l'équilibre entre l'intérêt égoïste de l'opérateur qu'il incite à être accommodant avec son client et les facteurs qui doivent l'inciter à réaliser correctement son devoir de contrôle.

Traditionnellement il était admis que le maintien d'une bonne réputation de professionnels suffisait à réaliser cet équilibre, mais quelques affaires ont démontré que cela n'était pas toujours le cas. Le développement d'une autre stratégie fondée sur un système de responsabilité à charge suppose des devoirs et des sanctions. Cette nouvelle stratégie a développé des effets pervers comme une augmentation des couts, un risque de trop grande frilosité du professionnel ou la transformation de son intervention en assurance si sa responsabilité devait être systématiquement engagée.

III- Un modèle fort de prévention

Plutôt que d'imposer un régime de responsabilité, un autre courant propose d'instituer une réglementation précise de la conduite de l'opérateur en imposant de procéder à des contrôles selon des conditions et des modalités fixées par la loi. Ce qui impose la mise en place de normes, de standards minimums de qualité à travers des licences ou des examens d'aptitude, des guides de bonnes pratiques et des réglementations de type déontologique. Cette évolution qui rapproche des modèles notariaux a été critiquée aux USA comme générant des couts inutiles. Ces discussions ont débouchées sur des études comparatives.

Rappel des résultats des études comparatistes : "Les contrôles préventifs effectués par le notaire de civil law ne sont pas moins efficaces ni plus onéreux que ceux de common law". Les contrôles effectués par le notaire sont source de certitude juridique. Il présente notamment les avantages suivants : économie des couts de transaction pour les personnes privées, avantages pour les tiers qui sont mieux informés et utilité pour l'État grâce à la réduction des contentieux.

La neutralité active et l'impartialité du notaire de Civil Law rééquilibre les relations juridiques entre les parties économiquement fortes les parties économiquement faibles et pour un tarif fixé par la loi. Le notaire exerce aussi une activité de gatekeeper puisqu'il doit rejeter les actes contraires à la loi, à l'ordre public et aux bonnes

mœurs et il doit effectuer les contrôles nécessaires pour garantir efficacité validité et exactitude des opérations. Ces avantages justifient la force probatoire renforcée des actes des notaires et leur caractère exécutoire. Leur monopole se justifie par leur mission de service public

IV- La vulnérabilité des systèmes de common law

-Les effets négatifs de l'absence de culture de la prévention dans les systèmes anglo-saxons ont été mis en lumière à travers des dommages économiques causés aux USA et au Canada par la recrudescence d'un certain nombre d'infractions telles que les vols d'identité. Les fraudes sociétaires et les fraudes immobilières incluant des falsifications des certificats des propriétés immobilières et des fraudes hypothétiques. Celles-ci sont liées à la **carence des contrôles préalables des publications dans les fichiers publics et à l'utilisation de procédures informatiques peu sûres.**

-A l'opposé, dans les systèmes de civil law les droits immobiliers circulent avec une sécurité presque totale **rendant inutile le recours aux formes d'assurances de plus en plus fréquentes aux USA.**

V- Le rôle du notariat latin au delà du Gatekeeper.

« Au vu de tout ce qui est examiné. Il est clair que le notaire latin s'insère dans la définition de base de la stratégie de Gatekeeper. »

Il se présente comme un sujet privé » situé en position de neutralité par rapport aux parties impliquées dans les transactions, doué d'une capacité réelle de contrôle sur la légalité des opérations.

-Mais il en va du bien au delà de la logique de la doctrine américaine « il constitue une réponse » institutionnelle au problème puisque l'intérêt public devient une priorité essentielle qui justifie sa qualité d'officier public exerçant une fonction déléguée de l'Etat ».

-Il permet à l'état d'économiser les coûts du service public.

Conclusion :

Il serait opportun de mettre l'accent sur son impartialité qui le rend assimilable à la figure du juge et dont dérive son rôle de consultant juridique au dessus des parties. Afin de garantir au notariat un avenir trop souvent mis en doute il est donc fondamental de préserver et de développer les caractéristiques qui qualifient le mieux son rôle et rend difficilement imaginable de le remplacer par d'autres figures professionnelles.

PARTIE 3 : Le droit de la mode et du design : Aperçu du droit comparé

Chapitre 1 : Les signes distinctifs

Le besoin de protection est nécessaire pour les entreprises et les consommateurs. La marque va être une garantie de qualité.

La marque en droit français :

- Un dépôt.
- Un registre.

La marque en droit américain :

- Les marques de common law.
- Les registres fédéraux.
- Secondary meaning : les marque vont obtenir un caractère distinctif

Il va falloir un dépôt, on doit déposer la marque en France.

Le droit américain étant un droit de fédération d'Etat, il faut se demander de quelle juridiction ça relève, si c'est fédéral ou étatique. La propriété intellectuelle comme la marque rentre dans le cadre du droit fédéral

des marques. Mais à côté il y a aussi des droits étatiques. **La marque pourra avoir une protection qui va valoir sur tout le territoire ou une juste sur un Etat, le prix changera entre ces deux types de protection.**

Il y a ainsi des marques de common law qui dans la plus part des états vont être accordés sur la base d'un simple usage.

Ce qui créer la marque c'est l'usage, le fait d'utiliser un signe distinctif va faire naître un droit de marque mais si on arrête de l'utiliser pendant 5 ans elle ne nous appartiendra plus.

Désormais on a admis qu'on peut avoir déposé sans avoir utilisé avant grâce à des accords internationaux.

Il y a deux registres en droit américain :

- Un qui donne une protection renforcée.
- Un qui donne une protection moins solide.

La marque doit obtenir son secondary meaning, elle doit être reconnue pour passer de la protection moins solide à la protection renforcée.

Section 1 : Généralités sur les marques

Article L.711-1 : La marque de produits ou de services est un signe servant à distinguer les produits ou les services d'une personne physique ou morale de ceux d'autres personnes physiques ou morales.

En droit américain il y a : **Les marques de commerce (trademark)** et **les marques de services** : **Le but est de protéger un signe distinctif.**

En droit français et européen : La marque est subordonnée à l'enregistrement qui délivre une protection, par contre les marques notoires seront respectées même si elles ne sont pas enregistrés, ce sera par autre chose que le droit des marques. Hors marque c'est de la concurrence déloyale, dans ce cas on pourra l'attaquer

En droit américain : le R et le TM.

- *Common law trademark* : C'est lié à la zone géographique, la marque sera protégée même si elle n'est pas déposée.

Les marques enregistrées auprès de l'office d'enregistrement auront le symbole R. Mais le TM vient dire que la marque est protégée mais pas déposée.

Le registre est le plus sûr pour être protégé.

Section 2 : La notion de trade dress

Ça n'existe pas en France mais qu'aux Etats-unis. C'est un type de marque juridique qui s'étend à la configuration, au design, au packaging des produits, des magasins, les uniformes et les costumes etc. Egalement l'ambiance qui est protégée par la propriété intellectuelle. Il peut être protégé en étant enregistré ou par le droit de common law juste grâce à l'usage.

Section 3 : L'affaire Louboutin

Des semelles rouges peuvent-elles être un signe distinctif permettant d'être protégé?

Office européen des marques (avant OHMI) : Louboutin avait voulu déposer ses semelles rouges en tant que marque européenne. Mais ce sera refusé car ce ne sera pas considéré comme étant un signe distinctif. Ils vont former un recours à l'intérieur de cet office qui donne tort à la juriste l'ayant refusé. En effet ces semelles ont un caractère distinctif. La CJUE en 2018 a fini par donner une réponse après 7 ans de procès où il sera dit que Louboutin a l'exclusivité des semelles rouges sur les talons.

En Suisse ils ont refusés par contre.

Aux Etats-Unis, ils vont enregistrer la marque en 2008. Il y aura le procès YSL Vs Louboutin où la Cour a pris une solution nuancée : Elle a ordonné que l'on modifie les conditions de dépôt de la marque. La marque ne permet que de protéger les semelles laquées rouges qui contraste avec la couleur du haut de la chaussure. YSL dit qu'ils utilisaient les semelles rouges avant eux. De plus ils vont dire que les semelles de leurs chaussures ne va être qu'un ornement et pas un moyen de distinction.

Admet que c soit un signe distinctif mais ce ne doit pas bloquer la création des autres.

La Cour en 2012 considère que les semelles rouges est un signe distinctif mais que YSL peut continuer à utiliser le rouge pour des chaussures entièrement rouges.

Louboutin a été enregistré en Chine mais il a considéré que les semelles rouges manquaient de distinctivité donc non.

Donc ils vont essayer de reposer la marque mais l'office va demander une vérification. Une autre décision dira qu'une seule couleur particulière appliquée dans une position peut être enregistrée comme une marque. Mais l'office doit encore accepter ou refuser.

Chapitre 2 : Le droit des dessins et des modèles

Section 1 : Les dessins modèles et les patents design

En France : c'est de la **propriété industrielle avec les brevets, les marques**, les dessins et modèles exigence d'enregistrement au près de l'institut national de la propriété industrielle.

Pour les américains : On parle de **patents design** (dessin et model) , c'est les dessins et modèles, **agres par l'Etat**.

→ Permet de protéger la forme d'un téléphone, d'une bouteille de parfum pour protéger le dessin et modelé.

Section 2 : Apple VS Samsung

En août 2011, il y avait 17 litiges devant 7 pays et ça n'a fait qu'augmenter avec le temps ainsi que les sommes en jeu. Ils ont été tranchés différemment selon les pays. Cette affaire a pris fin par une solution à l'amiable en 2018.

Chapitre 3 : Le droit d'auteur

Droit français :

- **Principe très accueillant pour la protection.** Elle ne fait pas la différence entre l'art et l'art pur.
- Evolution récente de la JP : Aujourd'hui que les modèles sont protégés par les dessins modèles, alors le principe de droit d'auteur est moins accueillant qu'avant.
- **Il faut que la création soit originale pour être protégée.**

→ On s'attache au fait que l'objet soit original

Droit américain :

- Exclusion des créations utilitaires, **il veut juste protéger l'art pur.**
- Separability : C'est la création qui peut être séparée de la fonction utilitaire : Une broderie, un imprimé de tissu.
- T-shirt dress

Question de la protection des parfums, peut il être protégé? Un parfum peut être original. Mais la C.cass va refuser d'admettre sa protection par le droit d'auteur. Mais ça a été admis par d'autres pays.

La même question s'est posée pour un fromage aux pays bas et en France, ça relevait de la CJUE, elle dit non sur l'odeur et dit qu'elle doit réunir deux conditions : refléter la personnalité de l'auteur, il faut que ce soit une création intellectuelle. Il faut aussi qu'elle soit appréciable avec précision et objectivité.

Pour protéger un flacon de parfum :

- **Droit français :**

- Le flacon : **On peut le déposer en tant que marque tridimensionnelle donc on aura une protection qui dure tant qu'on l'utilise et qu'on la paye.** On peut avoir une protection par un dessin et modèle : 5x5.
 - Par le droit d'auteur c'est difficile, il faut qu'il soit original, on peut le déposer et on aura pas de dépôt à déposer également.
- La fragrance : Pas de droit d'auteur. En cas de vol on peut agir en concurrence déloyale.

- **Droit américain :**

- Le flacon : **Une marque avec ou sans dépôt, un patent design, mais on ne pourra pas avoir de protection pour le droit d'auteur car c'est utilitaire.**