

Droit privé comparé.

Introduction générale.

Citation d'un grand professeur contemporain : Madame FAUVART CAUSSON qui a eu l'occasion de définir le comparatiste et de le comparer à un aventurier.

Une autre de ces collègues, Madame Orassia Mauriat*, le droit comparé pousse à la subversion.

Le doyen CARBONIER indiquait lui que le droit comparé pousse à la passion du droit.

Lorsque l'on fait du droit comparé on est obligé de bien connaître les droits étrangers étudiés, mais cela permet également de bien mieux connaître les règles de notre système juridique.

La réserve héréditaire est une partie de l'héritage qui bénéficie aux héritiers. En droit français on ne peut déshériter ses enfants. Dans les pays de Common Law ce dispositif n'existe pas, il est dès lors possible de déshériter ses enfants. Dans 98% des cas en Angleterre lorsqu'un père décède, cela va dans la plupart des cas aux enfants. Si en France l'on supprime cette règle de la réserve héréditaire cela ne va pas nécessairement influencer les comportements.

Le comparatiste est obligé de se poser la question est pourquoi cela ne marcherait pas chez nous ?

L'esprit comparatiste permet également des exportations comme par exemple : la stipulation pour autrui est une notion française qui a été exportée en Angleterre.

I/. Définition du droit comparé.

Le droit comparé consiste comme son nom l'indique à comparer les droits. Mais précisément le droit comparé ce n'est pas simplement l'évocation de règles étrangères, c'est l'étape supplémentaire qui est la comparaison.

Le droit comparé se définit également par ce que cela n'est pas, par exemple ce n'est pas du DIP. En revanche, le droit comparé est l'étape qui suit le DIP.

Le droit comparé n'est pas non plus de la sociologie juridique, cette matière est l'étude des sociétés pour et à travers le droit. Pourtant pour expliquer une règle juridique il y a besoin de connaître le bas culturel des règles de droit pour comparer.

II/. Les intérêts à faire du droit comparé.

Le droit comparé pour le juriste cela semble important car c'est l'étape qui va suivre le DIP. Cela peut servir dans le milieu professionnel, de même intellectuellement cela enrichit la capacité à raisonner. Le droit comparé permet d'améliorer chaque droit interne et cette amélioration repose sur un échange. Il y a des domaines du droit où on cherche une amélioration du droit et une unification du droit, particulièrement le cas en droit européen. Si l'on connaît des droits étrangers l'on est plus à même de proposer un instrument qui sera uniformisé sur la base de droits étrangers.

III/. Les difficultés à faire du droit comparé.

Il y en a de nombreuses mais ce qui est complexe est évidemment l'accès aux sources. L'autre difficulté est celle de la barrière de la langue. De même il y a la barrière de la logique de chaque pays. **Dès lors il ne faut pas être francocentré.**

IV/. Comment compare-t-on ?

L'on peut comparer les règles entre elles par domaine : *mariage, contrat, responsabilité délictuelle* et l'on compare à l'étranger. Cette méthode est assez efficace pour donner de la connaissance mais il est aussi imparfait.

L'autre technique intéressante mais complexe c'est de prendre des cas pratiques. On donne le même cas pratique à tout le monde et chacun répond avec le droit de son pays. À l'issue de la séance il y a des solutions qui vont être totalement opposées, d'autres qui seront identiques mais avec une justification et un raisonnement totalement différent. C'est de cette manière que l'on peut voir les différences avec les droits de chaque pays.

V/. Repères historiques.

Le droit comparé n'est pas une activité récente. L'étude des droits étrangers a toujours été très utilisée, soit pour faire le *commerce international*, soit pour *améliorer son propre droit*. Il y a un comparatiste, **PLATON** comparait les règles qui s'appliquaient aux cités grecques avec celles qui s'appliquaient aux cités romaines.

Un autre comparatiste, **ARISTOTE** néanmoins il était dans l'optique de découvrir le ou les règles universelles.

La fameuse loi des 12 tables, **5ème siècle avant J.C**, a été inspiré par des comparatistes qui ont étudiés les lois grecques.

Au Moyen-Age de nombreux travaux ont été réalisés et plus tard il y a eu un très grand comparatiste, **MONTESQUIEU**. Il s'est beaucoup inspiré de ce qu'il a vu en Europe.

CONCLUSION

Le droit comparé est une façon de voyager dans beaucoup de pays à travers l'histoire et à travers des cultures. Bien souvent, **droit, histoire, culture, sociologie** sont des **domaines intrinsèquement liés et cela apparaît nécessairement en droit comparé.**

Partie 1 : Aspects de droit chinois et de droit anglais.

Chapitre 1 : Le droit chinois.

Section 1 : Droit des personnes et de la famille.

I/. Droit des personnes.

Le **droit chinois actuel** est le **fruit d'une convergence entre plusieurs systèmes de droits**, ils ont **emprunté des règles au droit continental** : l'on va retrouver des **influences françaises / allemandes** et de **common law**. Ce n'est pas qu'un droit de compromis, c'est aussi un **droit qui est propre à la culture chinoise** car c'est un droit qui ne peut se comprendre qu'à travers la **culture du li**.

Les règles qui ont été emprunté en Chine sont appliquées avec les principes de la vie chinoise notamment **l'importance de la médiation, importance de ne pas faire perdre la face à l'autre.**

Le droit privé chinois à l'heure actuelle est régi par une multitude de lois qui dépendent de domaines. Il n'y a pas donc **pas de code civil ou de commerce en Chine**. Ce système des codes en général ne sont pas du tout répandu dans le monde entier. **Le Code civil chinois devrait sortir au printemps**. En plus de tous ces textes thématiques, il y a également en droit chinois un corps de règles qui s'appellent :

Les principes généraux du droit civil et qui vont venir se sur ajouter à ces lois spécifiques. Ces principes ont été promulgués en **1987** et ont été **refondus** en **2017**. Ces principes sont **instructifs pour le droit des personnes**, et ce que l'on peut constater est que le droit des personnes chinois distinguent comme en France selon les personnes physiques ou morales.

A) Personnes physiques.

1. Les droits de la personne physique

Depuis la réforme de 2017 **les principes généraux de droit civil** ne parlent plus de citoyen mais ont recours à l'expression moins politique de « **personnes physiques** ». Les principes généraux du droit civil reconnaissent **plusieurs droits individuels à la personne physique** :

Liberté	Dignité
Vie	Santé
Réputation	Honneur
Vie privée	Liberté du mariage
Protection du corps	Le nom de l'identité
Protection de la personne via la protection intellectuelle à savoir que l'on protège la personne physique pour ses inventions / dessins / et même pour inventions de plantes	Protection de données personnelles (tribunal compétent pour les problèmes entre entreprises par internet)

2. La capacité de la personne physique.

À l'instar du droit français la personne physique, est titulaire de droit mais **également de devoirs** qui varient à la fois selon son âge mais également selon ses capacités physiques et mentales.

En principe la majorité civile est fixée à **18 ans**, mais là encore à l'instar du droit français eu égard à la possibilité **d'émancipation**, le mineur qui a + de 16 ans et qui vit de son travail peut tout à fait être considéré comme majeur. A contrario, l'incapable est le mineur, ou la personne atteinte de troubles mentaux ou physiques qui l'empêche de faire des actes.

S'agissant des mineurs, le droit chinois opère une distinction :

- Si l'enfant de + de 10 ans peut faire des actes de la vie courante.
- Bien entendu – de 10 ans, l'enfant doit être représenté par un tuteur.

Une modification a été opérée en **2017** et le mineur entre 10 et 18 ans peut recevoir seul des successions et des libéralités.

Une dernière chose assez caractéristique du droit chinois : un **adulte** peut désigner la personne qui s'occupera d'elle plus tard juridiquement, une sorte de tuteur. Vraisemblablement cela est fait pour *anticiper le vieillissement de la population* chinoise dans un contexte où le renouvellement des générations est compliqué. Ce tuteur **peut s'agir d'une personne physique** mais il peut également s'agir d'une **personne morale** et ainsi les principes généraux du droit civils en **2017** ont allongé la liste des personnes morales pouvant occuper cette fonction : *hôpitaux, école, association d'handicapé, association de protection des femmes.*

Inversement, en 2017, un mécanisme a été supprimé : la responsabilité de l'employeur à l'égard des employés en difficultés ou leurs enfants dans la difficulté.

Le droit chinois reconnaît au fœtus la capacité juridique à bénéficier d'une donation ou d'une succession à condition qu'il naisse vivant.

B) Personnes morales.

1. Classification tripartite.

Depuis 2017, le droit chinois applique une **classification tripartite des personnes morales.**

Personne morales à <u>but lucratif.</u>
--

Ce sont essentiellement les sociétés au sens du droit des sociétés, qui répartissent le profit entre les actionnaires et les investisseurs. Les formalités ont été allégées de façon à favoriser l'activité économique.

Personnes morales <u>sans but lucratif.</u>
--

Personnes qui travaillent en relation avec la sphère publique, avec les servitudes.

Personnes morales <u>spéciales.</u>
--

Derrière cette expression, l'on trouve l'Etat et les collectivités publiques.

Ces personnes morales sont dotés de la **personnalité juridique :**

- Le droit chinois connaît donc la notion de personnalité juridique et personnalité morale

distincte des personnes physiques qui les composent.

Il est également possible en droit chinois de rencontrer des **regroupements qui n'ont pas la personnalité juridique** (c'est également le cas en droit français, entreprises qui ne sont pas encore immatriculés) c'est également le cas d'**entreprises qui reposent sur des partenariats**, puisque ces **partenariats ne disposent pas de la personnalité morale**. Le droit chinois adopte une attitude assez nuancée par rapport à la capacité sans personnalité morale :

- Tout d'abord ces groupements sans personnalité morale **peuvent faire des actes juridiques mais in fine ce seront les fondateurs de ce groupement qui seront tenus pour responsable** des dettes naissant de ces actes.
- En outre ces groupements sans personnalité morale **reçoivent la même protection que ces sociétés ou des entités publiques**, et notamment depuis **2017** elles peuvent se prévaloir d'une protection à l'égard de leur nom commercial, de leur réputation et leur honneur.

2. Les pouvoirs d'une personne morale.

Une personne morale **ne peut agir que par l'intermédiaire d'une personne physique**. La plupart du temps les actes qui sont pris le sont conformément à l'intérêt de la personne morale.

En revanche : la question se pose de savoir ce qu'il en est lorsqu'une personne physique prétend de manière fausse, agir au nom de la personne morale. C'est le cas lorsque la personne physique va utiliser des tampons et des lettres à entêtes. **En droit chinois, la réponse est la protection du tiers**, la société sera engagée par l'acte de ce faux représentant dès lors que le tiers avait des raisons de croire à cette réalité.

Il apparaît que le pouvoir chinois ait trouvé un **équilibre** entre **d'un côté** l'économie planifiée et dirigée de manière typique du communisme et **de l'autre côté** l'économie de marché notamment en lien avec les entreprises étrangères. **C'est un paradoxe fascinant de l'économie chinoise**. Dans ce cas là en **2016** le pouvoir chinois a facilité les démarches administratives notamment pour la conclusion de partenariat entre des acteurs économiques chinois et des acteurs étrangers.

II/. Droit de la famille

A) Le couple.

Là encore il y a 2 temps qui intéressent le juriste : le **mariage** et le **divorce**.

1. Le mariage.

Le mariage en droit chinois peut se présenter comme étant l'union d'un **homme** et d'une **femme**. Il n'y a **pas de mariage homosexuel** à l'heure actuelle dans la législation chinoise. Hormis le mariage le droit chinois ne connaît pas juridiquement d'autres types d'unions (*PACS, concubinage*).

Ceci étant, il faut nuancer le **concubinage** (union de fait), puisque cela a longtemps existé dans la tradition chinoise et a perduré dans les régimes politiques. Ainsi il se trouve que le **droit chinois prend en compte le concubinage non adultérin antérieur à 1994**. Le concubinage adultérin est très mal vu en Chine à tel point que **l'épouse bafouée peut saisir le juge pour faire cesser la situation**.

Il y a même une profession en Chine qui consiste à convaincre les maîtresses de quitter le mari ou l'épouse infidèle.

- **En 1931** le mariage chinois a connu une profonde modification notamment sous l'influence des principes soviétiques : *la situation de concubinage est officiellement interdite, interdiction de la polygamie, interdiction des mariages forcés, suppression des dotes et instauration du divorce*.
- **La 2nd rupture dans l'histoire du mariage a lieu en 1950** ; il est proclamé l'égalité entre l'homme et la femme dans le couple. Interdiction du mariage avec des mineurs, et de certains mariages incestueux. Proclamation que le couple doit participer à la société nouvelle.
- **À l'heure actuelle le mariage est régi par une loi de 1980** ainsi que par **une loi de 1991** et cette loi de 1991 sera modifiée 10 ans plus tard en **2001** afin de mettre l'accent sur la protection des femmes et des vulnérables et notamment tente de lutter contre les violences conjugales, contre les addictions (jeux / alcools), lutte contre de l'abandon de famille et l'organisation frauduleuse d'insolvabilité. En **2012** la loi augmente l'âge minimal pour le mariage des garçons.

a. Conditions de formation des mariages.

Comme dans tous les pays du monde il y a des **conditions de fonds** et de **formes**.

Conditions de fonds :

– Age :

Homme : 22 ans // Femme : 20 ans.

Le droit chinois admet une certaine tolérance notamment en raison de particularité régionale ou ethnique, par exemple au Tibet ou dans des régions frontalières de la Mongolie, habitude différente avec des âges différents et le droit chinois admet que ces coutumes restent en place.

– **Monogamie :**

Cette exigence s'applique tant aux hommes qu'aux femmes. En cas de bigamie, il s'agit d'un délit.

– **Différence de sexe.**

– **Exogamie :**

Il est **interdit de se marier avec un membre de sa famille**. En **1950** le législateur chinois a interdit le mariage entre un père et sa fille ainsi qu'entre frères et sœurs. En **1980**, la prohibition de l'inceste a été étendue entre collatéraux jusqu'au 3ème degré inclus. Cette prohibition concerne également la filiation adoptive.

– **Etat de santé :**

Là encore les choses ont évolué. En **1950** le législateur chinois était très strict et **interdisait aux personnes handicapés ou malade de se marier lorsque l'état de santé du fiancé risque de rendre le mariage inopportun** → si la personne ne pouvait consommer le mariage ou ne pouvait procréer.

En **1980**, la loi s'est assouplie et c'est désormais **le médecin a qui il revient de déterminer si la personne peut ou non se marier**.

S'agissant des MST, le législateur chinois par 2 lois à souhaiter lutter contre ce fléau (**1989 et 1994**), derrière cette lutte l'idée était également de protéger les femmes et les bébés. Les personnes atteintes de MST doivent repousser le mariage pendant le traitement ou temps qu'elles sont contagieuses. Néanmoins il n'y a pas d'obligations d'examens nuptiales.

– **Consentement :**

Il fallut lutter contre les mariages forcés, ou les mariages où l'un des époux étaient absents.

Ces conditions de fonds sont naturellement sanctionnées par **la nullité du mariage en cas de non respect**. Il y a une distinction assez similaire au droit français entre nullité absolue et nullité relative.

➤ **Nullité absolue :** âge, monogamie, inceste, santé.

Tout intéressé peut saisir le juge pour demander l'annulation du mariage et en principe il n'y a pas de régularisation possible. Néanmoins, l'annulation du mariage ne peut plus être prononcée si l'empêchement a disparu.

➤ **Nullité relative :** les causes correspondent aux autres conditions à savoir essentiellement le consentement et ici les choses sont légèrement plus simples puisque la nullité relative ne peut être demandée **que par l'époux victime** et cette demande peut être déposée devant le juge ou

devant le conseil administratif

Si la nullité absolue ou relative est prononcée ;

S'il y a des enfants le droit chinois appliquera **le mécanisme de la putativité** (on considèrera les enfants comme légitimes).

S'agissant des relations entre époux, il faudra répartir les biens qui ont été éventuellement acquis pendant le mariage. Chacun des époux reprend ses biens propres et les biens acquis pendant le mariage sont répartis en 2. En cas de difficultés à répartir les biens le juge peut tout à fait moduler cette répartition notamment en favorisant l'époux victime de la situation. Bien entendu chacun des époux perd la vocation successorale de l'autre sauf une petite exception.

Conditions de formes

Le droit chinois n'avance aucune formalité particulière contrairement au droit français. Il **n'y a pas de publicité préalable au mariage**, il n'y a **pas besoin de recourir à la présence de témoins**, les fiancés ne prononcent aucune formule sacramentelle, la seule chose qui compte c'est que **les époux soient tous les deux présents devant l'autorité administrative qui célèbre le mariage**, là encore pour lutter contre les mariages forcés. Il faut également que **le mariage soit enregistré dans les fichiers de l'administration**.

b. Les effets entre les époux.

Tout aussi traditionnellement on peut distinguer les **effets personnels entre les époux** et d'autre part les **effets patrimoniaux**.

Effets personnels entre époux

Ils sont assez classiques et très révélateurs de la civilisation chinoise et de son évolution. Ainsi en **1950** il est inscrit que **les époux sont égaux dans le mariage**. La loi ajoute que **les époux doivent être loyaux**. En **1980** la loi déclare que **l'épouse peut désormais garder son nom patronymique malgré le mariage** et cette solution est une réponse à une tradition bien ancrée à savoir que quand une femme se mariait elle perdait son nom de jeune fille mais elle perdait également son prénom. La loi continue à prôner l'égalité, par exemple **le logement familial doit être choisi à égalité par l'homme et la femme**. **Les femmes ont le droit de travailler**. 2 problématiques importante en Chine :

- Il faut prendre soin des parents vieillissant des époux et il n'est pas rare qu'ils vivent tous dans la même maison.

La loi proclame également que les époux sont tenus à **une vie commune à la fidélité, à l'assistance et**

au respect. La loi ajoute que la famille toute entière doit être bienveillante et participer à l'harmonie et à l'égalité de tous ses membres.

Effets patrimoniaux entre les époux

Le système chinois présente des similitudes avec le système français.

Le droit des régimes matrimoniaux permet de répartir les biens que les époux ont avant le mariage, et qu'ils vont acquérir pendant le mariage. Donc **il faut déterminer ce qui appartient à qui, et qui peut faire quoi sur les biens**. Si les époux divorcent, ou lorsque l'un d'eux décède, il est important de savoir à qui appartient les biens.

En France comme en Chine, il y a tout d'abord un **socle commun à tous les époux :**

- ✓ **Le régime primaire :** Dans ce régime primaire il y a une règle qui pose **la solidarité entre époux pour les dépenses nécessaires au ménage**. En droit chinois, cette règle existe aussi, de sorte que concrètement, chaque époux peut engager tout seul les ressources du couple, et chacun en sera solidairement tenu.

Ensuite, il existe un second corps de règles qui varie selon le choix des parties. Soit les époux optent pour un **régime dit de communauté**. Soit ils optent pour un **régime de séparation de biens**. Comme en droit français, le **droit chinois propose un régime matrimonial par défaut**. Si les époux n'ont pas opté pour autre chose, c'est un **régime dit légal de communauté** qui s'applique.

Le régime de communauté fonctionne **selon 3 masses :**

Les biens propres de <i>Monsieur</i>	Les biens propres de <i>Madame</i>	<i>Biens communs</i> aux 2 époux.
--------------------------------------	------------------------------------	-----------------------------------

Chaque époux peut utiliser les biens de ce panier commun. Lors du partage de ces biens, chaque époux récupère ses biens propres et les biens communs sont divisés en 2 sauf exception.

D'où l'importance de savoir ce qu'il y a dans les propres et les biens communs.

La loi chinoise définit la masse commune comme comportant : tout ce qui relève des **salaires**, **pensions de retraite**, et **tout autre revenu tiré de l'exploitation**, de la **production de droits d'auteur et de brevet**. Il y a aussi les biens reçus par **donation ou succession pendant le mariage**, **sauf disposition contraire du testament ou de la donation**. Tombent également dans les biens communs les **plus-value réalisées grâce aux biens propres**.

La loi chinoise définit la masse propre des époux : les biens acquis avant le mariage, les biens qui auraient été reçus par donation ou testament s'ils doivent rester propres, les biens propres par nature

+ indemnités personnelles perçues par l'époux...

Le droit chinois est libéral et admet parfaitement que les époux puissent déroger à ce mécanisme, en faisant varier le curseur. On peut ainsi aller d'un extrême à l'autre. Les époux peuvent opter pour la communauté universelle, ou alors pour la séparation de biens.

2. Le divorce.

a. Les conditions du divorce.

Il peut être **prononcé par l'autorité administrative ou judiciaire.**

Administrative :

Il est prononcé par l'autorité administrative lorsqu'il s'agit d'un **divorce par consentement mutuel**. Pour cela, les **époux doivent être d'accord sur le principe du divorce, mais aussi sur ses conséquences**. Ce divorce n'est possible **que si les époux y consentent librement**, ils doivent aussi être **pleinement capables juridiquement**. Il faut que les époux soient **tous les deux de nationalité chinoise** : → s'il s'agit d'un mariage bi-national, il faudra passer par le juge. Le divorce ira vite, puisque c'est l'autorité compétente pour l'enregistrement du mariage qui enregistrera le divorce.

Judiciaire :

En revanche, le divorce est nécessairement judiciaire **dans 4 cas :**

Absence de consentement mutuel.	Un des époux n'est pas juridiquement capable.
Absence d'accord sur les effets du divorce.	Mariage entre 2 chinois célébré à l'étranger.

2 remarques :

- **Les militaires bénéficient d'un régime particulier qui les protègent**, et ainsi, le juge ne peut pas prononcer le divorce, lorsqu'un militaire le refuse (*sauf faute grave de la part du militaire, notamment des violences conjugales*).
- **Les femmes enceintes sont aussi protégées** : lorsqu'une femme est enceinte, son mari ne peut pas demander le divorce. Il doit attendre 1 an après l'accouchement pour demander le divorce, ou attendre 6 mois après l'IVG.

Le droit chinois essaie également de réconcilier les époux par le biais de processus de médiation. La médiation peut être menée par une association, mais elle peut aussi l'être par un comité de quartier,

par le village ou alors par le travail. En France, les médiateurs sont des professionnels du droit neutres etc.

b. Les effets du divorce.

Ils sont à la fois d'ordre personnel et d'ordre patrimonial

Personnel :

Le prononcé du divorce entraîne la disparition du lien conjugal de sorte que les époux peuvent se remarier. Ils ne sont plus liés par le devoir de fidélité etc.

Patrimoniaux :

Le devoir d'assistance et de secours disparaît. Chacun perd la vocation successorale de l'autre, il faut procéder à la liquidation du régime matrimonial. L'un des époux peut également demander des dommages-intérêts compensant tous les efforts et les sacrifices consentis pendant le mariage alors que l'on se retrouve démuné par le prononcé du divorce. Ces dommages-intérêts ne correspondent pas à une prestation compensatoire, puisqu'il ne s'agit pas de maintenir le niveau de vie, mais de récompenser les efforts pendant le mariage. On peut donc cumuler avec une autre catégorie de dommages-intérêts, ce que l'on peut obtenir en réparation de divers préjudices, notamment pour préjudice moral, notamment si le divorce est prononcé en cas de relation adultère, ou dans un cadre de violence familiale. Enfin, il est également possible pour l'époux se trouvant dans une situation de grand besoin, d'obtenir une aide financière de la part de son ex conjoint qui aurait des revenus solides. Enfin, s'agissant des enfants, l'ex-époux qui n'a pas la garde doit verser une pension alimentaire.

B) La relation enfant-parent en droit chinois.

La relation parent-enfant est au cœur du droit chinois de la famille. C'est une relation qui est verticale, importante dans la culture chinoise, tout comme dans l'esprit confucéen.

1. Les devoirs des uns envers les autres.

Cette relation est bilatérale, elle va dans les 2 sens. Les parents sont redevables d'un certain nombre de devoirs à l'égard de leurs enfants. On énumère 4 séries de devoir :

- devoir d'entretenir ses enfants
- devoir de les éduquer

- devoir de les protéger
- devoir de responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur

Inversement, les enfants doivent prendre soin de leurs parents. C'est même une obligation constitutionnelle lorsqu'un enfant travaille, gagne de l'argent, **il doit s'occuper de ses parents qui sont dans le besoin.** Dans la culture chinoise, cette obligation se traduit par une *dimension pécuniaire, matérielle*, mais également des *attentions non-pécuniaires*, et donc l'enfant doit consacrer un peu de temps pour rendre visite à ses parents etc. Cette relation verticale parents-enfants **s'étend également aux relations grands-parents petits enfants**, voire arrière grands parents. Les grands-parents doivent également s'occuper de leurs petits enfants mineurs s'ils sont orphelins ou sans ressources. L'inverse est vrai également.

Ces obligations existent aussi de manière horizontale : les frères et sœurs doivent également s'occuper de la fratrie mineure, mais aussi de la fratrie majeure qui serait dans le besoin. => place importante accordée à la solidarité familiale

2. L'adoption.

Il y a des conditions concernant l'adoptant et d'autres concernant l'adopté.

L'adoptant :

En principe, il ne doit pas avoir d'enfant, ou 1 seul enfant. Il doit **prouver sa capacité à pouvoir élever un enfant.** **Il ne doit pas être atteint d'une maladie rendant l'adoption inopportune.** Il doit **avoir plus de 30 ans** ; il ne peut adopter qu'un seul enfant sauf si l'enfant adopté est orphelin ou handicapé. **Si l'adoptant est marié, le conjoint doit participer au processus d'adoption.** Si l'adoptant est un homme et qu'il adopte une petite fille, il doit y avoir 40 ans d'écart entre eux.

L'adopté :

Il peut être un orphelin de père et de mère, enfant abandonné, ou il est également possible d'adopter un enfant dont les parents seraient vivants mais qui ne peuvent s'en occuper pour des raisons matérielles ou de santé. L'adoption concerne les enfants de – de 14 ans, si l'enfant a + de 10 ans, il doit consentir à son adoption.

Effets de l'adoption :

L'enfant adopté intègre la famille de l'adoptant à part entière, il est dit pleinement légitime. **Il n'y a alors plus aucun lien avec la famille d'origine.** S'agissant du nom, c'est à l'adoptant de prendre la décision, soit de transmettre son nom à l'enfant, soit au contraire de lui laisser son nom d'origine.

Est-il possible de remettre en cause une adoption ? Oui, dans 2 hypothèses :

- Par consentement mutuel entre l'adoptant et l'adopté.

- Si l'adopté est majeur, les 2 parties sont pleinement capables, si l'adopté est mineur, l'autorité administrative agira pour son compte.
- Le cas de mauvais traitement par l'adoptant : cette demande doit être portée devant l'autorité administrative s'il n'y a pas de contentieux, le cas échéant il faut aller devant le juge.

II/. Successions et libéralités.

A) Successions.

Il s'agit d'**une loi de 1985**, qui régit ces successions qui est très importante parce qu'elle tire les conséquences de la reconnaissance du droit de propriété privée pour certains biens en Chine. La loi de 1985 proclame aussi une parfaite **égalité entre les hommes et les femmes** du point de vue **héréditaire**.

La loi de 1985 énumère les biens dont on peut hériter : 7 types de biens :

- revenus, maisons, économies, objets du quotidien, arbres forestiers, troupeaux, volailles, objets culturels, livres, moyens de productions légalement acquis par le défunt, droits résultants ou attachés aux droits d'auteurs et au brevet, tout autre propriété licite.

La loi détermine qui peut hériter, et dans quelles proportions.

C'est **l'article 10 de la loi de 1985** qui énumère les héritiers potentiels. **Le droit chinois regroupe les héritiers selon 2 ordres** : 1^{er} = conjoint, enfants, parents // 2^{ème} = frères et sœurs, grands parents. Les héritiers prioritaires sont ceux du 1^{er} ordre. Ceux du 2^{ème} ordre ne peuvent prétendre à la succession que s'il n'y a plus personne dans le 1^{er} ordre. Au sein de chaque ordre, **la répartition se fait en principe à parts égales**. S'il y a un conjoint et 2 enfants, chacun prend 1/3, si un conjoint est prédécédé, ses enfants prennent sa part par subrogation.

Ce qui est intéressant en droit chinois c'est que **la loi de 1985 a une conception très extensive de la notion d'enfant, et de la notion de parent, mais également de la notion de frères et sœurs**.

- **Enfant** : enfant légitimes, illégitimes, adoptés, enfants du conjoint que le défunt a entretenu.
- **Parents** : parents biologiques, adoptifs, beau père / belle mère qui a entretenu ou qui était entretenu par le défunt.
- **Frères et sœurs** : germain, consanguins, utérins, adoptifs.

La loi englobe également les enfants du beau-père et de la belle-mère s'ils ont tenu financièrement le défunt ou s'ils ont été financièrement soutenu par lui. Dans la même logique, **l'article 12 de la loi de**

1985 inclue dans le premier ordre les belles filles (brus) et les gendres s'ils peuvent prouver qu'ils ont contribué de manière prédominante dans la prise en charge de leurs beaux parents.

En principe, les biens se répartissent en parts égales, d'abord au sein du 1er ordre.

Mais il y a des aménagements :

- Il faut tenir compte de celui ou de ceux qui sont dans une plus grande difficulté financière, notamment pour des raisons de santé. Dans ce cas là, celui qui est en difficulté reçoit une part plus importante.
- Celui qui est venu en aide financièrement au défunt doit recevoir une part plus importante.
- Le droit chinois sanctionne l'héritier qui aurait pu venir en aide au défunt et qui ne l'a pas fait.
- Les héritiers, une fois identifiés et déterminés, peuvent s'entendre entre eux, pour organiser différemment la répartition des biens.
- Enfin, le défunt peut également par testament modifier la répartition des biens ou la qualité d'héritier en ajoutant quelqu'un etc.

L'acceptation de la succession en Chine se fait à concurrence de l'actif net. En effet, en droit chinois, l'héritier est protégé et ne peut pas être tenu au-delà des forces de la succession. Autrement dit, l'héritier qui reçoit la succession n'est pas tenu de l'excédent du passif, il peut seulement perdre la totalité de l'actif successoral. Les dettes ne passent pas sur la tête des héritiers.

L'article 15 de la loi de 1985 prévoit qu'en cas de difficultés entre héritiers, relatives au partage, les problèmes devront être réglés dans un esprit de compréhension mutuelle et d'arrangement mutuel ainsi que dans un esprit d'amitié et d'unité.

B) Libéralités.

Les libéralités sont des actes juridiques à titre gratuit à savoir les testaments et donations.

Le testament est un acte juridique unilatéral ayant pour objet la répartition des biens après la mort, alors que la donation est un contrat unilatéral qui a pour objet le transfert de propriété à titre gratuit de son vivant.

1. Le testament chinois.

Le testament est assez rare dans la pratique chinoise. 5 types de testaments :

- Testament notarié.
- Testament olographe : écrit par le testateur signé et daté par lui.
- Testament qui est écrit par un représentant, mandataire en présence d'au moins 1 témoin.

- Testament oral, il faut l'enregistrer avec 2 témoins.
- Testament d'urgence qui peut alors être recueilli oralement sans enregistrement. Si jamais le cas d'urgence a disparu et le testateur reprend sa pleine capacité, ce testament sera nul.

En cas de conflits de testaments ? 2 règles doivent se combiner pour trancher le conflit :

- C'est le plus récent des testaments qui doit primer
- Le type de testament : un testament notarié primera toujours sur les autres types de testaments. Cette pyramide doit être respectée.

La question se pose de savoir si le testament peut totalement déshériter un héritier ? En principe il n'existe pas en droit chinois de part réservataire comme on le connaît en droit français. Néanmoins, il y a 2 hypothèses dans lesquelles une part de la succession sera nécessairement transmise à un héritier :

- **Article 28 :** une part de la succession reviendra à l'enfant à naître s'il naît.
- **Article 19 :** héritier qui ne peut travailler ou qui n'a pas de sources de revenus.

Convention de pension alimentaire et de legs :

Le testateur qui dans son testament transmet post-mortem tout ou partie de ses biens à une personne qui de son vivant l'a soutenu financièrement en lui procurant des aliments. Ce testament particulier suppose que le légataire s'engage à s'occuper du testateur toute sa vie funérailles incluses.

Cet acte a une valeur juridique supérieure aux règles de dévolution successorale. En revanche ce type d'actes ne peut pas concerner des héritiers qui seraient déjà obligés par la loi à s'occuper du défunt pour une logique que l'on peut traduire en France comme un défaut de cause.

Hypothèse de déchéance de la qualité d'héritier.

4 hypothèses qui concernent tant l'héritier que le légataire :

- Cas de l'abandon ou de la maltraitance grave contre le défunt.
- Destruction ou de modification frauduleuse du testament.
- Meurtre d'un descendant ou du défunt.
- Tue un autre héritier lors d'une bagarre pour obtenir les biens successoraux.

Prescription de l'action successorale : toute personne qui a intérêt à agir peut contester le partage dans les 2 ans de la connaissance de la violation de ses droits mais dans une limite maximale de 20 ans à compter de l'ouverture de la succession.

2. La donation.

La donation en droit chinois est un contrat à l'instar du droit français, entre **donateur** et le **donataire**. Quand c'est un contrat le droit chinois ne la régit pas dans le droit de succession, c'est la **loi sur les contrats de 1990** qui regroupe à la fois le droit commun du contrat mais également les contrats spéciaux. Parmi ces contrats spéciaux il y a la donation, le prêt d'argent, le contrat de travail...

La donation est régie par plusieurs articles : 185 et suivants de la loi de 1999 et ce premier article définit la donation comme étant un **contrat unilatéral à titre gratuit et translatif de propriété**. Comme c'est un contrat, **le donataire doit consentir expressément à la donation**.

- Le cœur de ce contrat est le transfert de propriété de sorte que tant que le transfert n'a pas eu lieu le donateur peut changer d'avis et révoquer la donation.

Le donataire n'a donc aucune action contre le donateur pour se plaindre de la chose donnée. Cette règle on l'a retrouve en droit français par un adage à cheval donné on ne regarde pas les dents.

En revanche, si la chose donnée, a été abimée ou a été perdue par le comportement intentionnel ou par la négligence flagrante du donateur alors **le donataire peut demander des dommages et intérêts**. De la même manière **l'article 191**, si le donateur omet intentionnellement de révéler au donataire l'existence d'un défaut ou s'il lui garanti sciemment qu'il n'y a pas de défauts et que finalement le défaut provoque un dommage au donataire, alors celui-ci pourra réclamer des dommages et intérêts.

Dans quel cas le donateur peut-il révoquer la donation ?

L'article 192 énumère **3 situations dans lesquelles le donateur peut remettre en cause la donation et récupérer le bien**.

- Si le donataire a sérieusement blessé le donateur ou un membre de sa famille proche,
- Si le donataire a manqué à un de ces devoirs d'assistance à l'égard du donateur.
- Si le donataire n'a pas exécuté l'une des obligations qui a pu être stipulé dans la donation.

Le délai d'action est de **1 an à compter de la connaissance de l'événement**. Si la révocation prospère il faut procéder aux restitutions et notamment par le mécanisme de la rétroactivité, le bien donné retourne dans le patrimoine du donateur.

Section 2 : Droit des contrats et de la responsabilité.

I/. Le contrat en droit chinois.

Les règles régissant le contrat de droit commun et les contrats spéciaux est **une loi de 1999**. Parmi les **contrats spéciaux** l'on peut citer la *vente*, le *prêt*, le *contrat d'entreprise*, le *contrat de travail*, le *contrat de courtage*, le *transport*, *contrat de fournitures d'électricité eau gaz et chauffage*.

➤ A cette loi de 1999, doivent s'ajouter les **Principes généraux du droit civil**.

Il y a donc un avant / après 1999 et ainsi l'on peut citer un texte législatif de **1950** qui traite véritablement pour la 1ère fois d'un type de contrat très particulier, ce sont les **contrats qui sont passés à l'époque entre les institutions gouvernementales et les coopératives**. Ce type de contrat est fondamental pour mettre en place une économie planifiée.

En 1950 l'idée c'est que le contrat est un contrat au service d'une économie d'état. C'est un instrument économique parmi d'autres, un instrument de planification politiques. Autonomie de la volonté, consentement libre et éclairé, il n'y a pas de préoccupation à l'époque.

Dans les années 1950, l'économie a pris un virage un peu libéral et il était nécessaire d'encadrer certains contrats nécessaires aux affaires et il a fallu légiférer sur toute une succession de contrats très particuliers : *les contrats sur les produits miniers*, *les contrats technologiques*, *commerciaux* et *agricoles*, les *contrats avec des partenaires étrangers*. Dans les années **1950**, il n'y a pas de législation sur les contrats entre personnes physiques et privées. On part du principe que ça n'est pas vraiment nécessaire : le rapport à la propriété privée est très distant. Le contrat purement privé est inutile. Au pire si des contrats conclus entre personnes privées on leur applique les PGDC.

Les années 1990 arrivent et la sociologie juridique change : la propriété privée est reconnue petit à petit. On assiste à l'émergence d'une classe moyenne, et **on découvre que le droit des contrats entre personnes physiques devient nécessaire**. Ce qui existe est soit insuffisant, soit totalement déconnecté de la réalité. La **loi de 1999** est donc créée et elle comporte **428 articles** distinguant droits communs et droits spéciaux.

A) Le droit commun du contrat.

1. Généralités.

Les premiers articles de la loi de 1999 énumèrent une série de principes directeurs concernant les contrats et **l'article 2** donne une **définition du contrat** : **le contrat est un accord entre personnes physiques, personnes morales ou tout autre organisation considérée à égalité dans le but d'établir ou**

de modifier leur relation impliquant des droits civils et des obligations pour elles.

Il est intéressant de constater que la loi de 1999 énumère un certain nombre de principes directeurs que l'on pourrait retrouver pareillement en droit français.

- 1er principe directeur : **égalité entre les contractants.**

Ainsi classiquement pour le juriste français l'on trouve proclamé un premier principe directeur qui est l'égalité entre les contractants à l'article 3. Ce principe se retrouve tout au long de la loi, par exemple c'est ce qui fonde le pouvoir du juge de rétablir l'égalité entre les parties si l'une d'elle s'est engagée de manière défavorable. C'est également ce qui explique que le juge puisse adapter le contrat si les circonstances changent et impactent le contrat.

- 2ème principe directeur : **liberté contractuelle.**

Proclamée à l'article 4. En effet les parties doivent contracter volontairement.

- 3ème principe directeur : **force obligatoire des conventions.**

Le contrat fait la loi des parties.

- 4ème principe directeur : **bonne foi.**

Les parties doivent être de bonne foi tant au stade de l'exécution du contrat qu'au stade précontractuel. Cette loi de 1999 en Chine est un compromis entre le droit continental mais également des principes de common law. Or en common law la bonne foi précontractuelle est quasiment inconnue et inappliquée. Ici le droit chinois concernant la bonne foi a plutôt penché pour le droit continental.

- 5ème principe directeur : **les conventions doivent respecter l'ordre public.**

Suivant l'article 1er de la loi de 1999, il est proclamé que le contrat a notamment pour finalité de maintenir l'ordre socio-économique et de promouvoir le processus de modernisation socialiste. Principe particulier du droit chinois est proclamé non pas par la loi de 1999 mais proclamé par les principes généraux de 2017 à savoir que le contrat doit participer au respect de l'environnement.

2. Formation.

La formation du contrat soulève 2 problématiques.

L'échange des consentements.	La validité du contrat.
------------------------------	-------------------------

L'échange des consentements.

Cela s'opère par l'échange d'un offre et d'une acceptation. Ce mécanisme de l'offre acceptée est d'ailleurs un mécanisme que l'on retrouve dans le monde entier pour former un contrat. Cette loi de 1999 détaille tous les aspects de l'offre et de l'acceptation.

X L'offre.

Elle est définie par la loi de 1999 comme étant une manifestation unilatérale de volonté destinée à conclure un contrat. C'est donc pour cette raison que l'offre doit être **ferme** et **précise** comme en droit français. Par conséquent le droit chinois distingue l'offre de contrat de l'étape précédente que sont les **pourparlers**. Comme en droit français, il s'agit d'une discussion libre sans aucune intention de conclure le contrat à ce stade. Mais en droit chinois il n'est pas tout facile de distinguer si l'on est en présence d'une offre ou de pourparlers. Alors la loi de 1999 donne des exemples de ce qui constitue plutôt des pourparlers :

- Ainsi lorsqu'un client demande le prix d'un produit et que le vendeur lui répond, il ne s'agit pas d'une offre de vente ni d'une offre d'achat il s'agit de pourparlers.
- De la même manière la loi de 1999 précise également que les catalogues, les publicités ne sont pas des offres mais encore une fois des pourparlers.

En revanche la loi de 1999 en son **article 15** permet une requalification des pourparlers en offre si jamais celui qui émet la publicité ou le catalogue donne suffisamment de détails sur son produit et à visiblement l'intention de conclure un contrat.

L'offre en droit chinois est soumise à la théorie de la réception, c'est à dire qu'elle n'est susceptible d'être acceptée qu'une fois que le destinataire l'a reçue. Concrètement l'offre peut se matérialiser soit de manière *implicite* soit *express*, par *écrit* ou par *oral*, mais il peut s'agir également d'une offre résultant du comportement de l'offrant et par exemple en droit chinois un client qui fait la queue à la caisse avec les produits dans les bras est en position d'offrant de ses produits. Le vendeur lui corrélativement se trouve dans une position d'acceptant. De la même manière lorsqu'un taxi est garé en attente d'un client, en principe la situation s'analyse : le client est celui qui fait l'offre de transport et le chauffeur de taxi est celui qui accepte l'offre ou non.

- offre par comportement, influence de la common law.

L'offre prend fin dans plusieurs situations.

- Si l'acceptant la refuse : l'offre est caduque.
- Si l'acceptation n'a pas eu lieu dans le délai imparti.

- Si l'acceptant fait une contre offre
- Si l'offrant la retire avant qu'elle ne parvienne au destinataire.
- Si l'offrant la retire alors qu'elle est parvenue au destinataire mais que celui-ci ne l'a pas encore acceptée. Néanmoins, la révocation n'est pas possible dans 2 situations :
 - Si un délai figure dans l'offre.
 - Si le destinataire avait des raisons de croire que l'offre serait irrévocable et qu'il a commencé soit l'exécution du contrat, soit les préparatifs.

X L'acceptation.

Doit avoir lieu dans le délai imparti, le cas échéant et s'il y a un délai il commence à courir à compter de la réception de l'offre.

En revanche, le délai d'acceptation commence à courir à compter du caché de la poste si l'offre a été envoyée par courrier postal. Ce qui compte concernant le délai, c'est que l'acceptation soit envoyée par l'acceptant dans le délai et donc ici c'est la *théorie de l'émission qui compte*.

En revanche, la conclusion du contrat ne se fait pas au jour de l'envoi de l'acceptation, mais au jour de la réception par l'offrant. Le silence gardé par l'acceptant ne vaut jamais acceptation tacite.

La loi de 1999 impose un devoir de transparence et de loyauté aux parties pendant les négociations, et ainsi, si l'une des parties engage des négociations en faisant faussement croire à la conclusion d'un contrat alors cette partie engage sa responsabilité. De la même manière si une partie négocie de mauvaise foi, ou si cette partie cache des informations importantes pour la conclusion du contrat, là aussi c'est un cas de responsabilité.

Le droit chinois des contrats peut sanctionner la mauvaise formation d'un contrat par la nullité. L'on distingue la nullité qui serait absolue et la nullité qui se rapprocherait de la nullité relative.

- Nullité absolue. 5 hypothèses énumérées par l'article 52.

- Si le contrat a été conclu par violence ou tromperies dans le but de porter atteinte aux intérêts de l'Etat.
- En cas de collusion frauduleuse destinée à porter atteinte à l'Etat, à une collectivité ou à un tiers.
- Si le contrat a été conclu apparemment dans un but licite mais pour en réalité dissimuler un but illégitime.
- En cas d'atteintes à l'intérêt public.
- En cas de non respect de formalités administratives obligatoire ou plus généralement en cas de non respect de disposition impérative.

- **Nullité relative.**

Conception particulière de la nullité relative, certains défauts du contrats peuvent aboutir à la nullité relative du contrat, cela signifie que face à un tel défaut, l'une des parties peut demander au juge ou à un arbitre de remettre en cause le contrat ou même de l'adapter pour supprimer les défauts. Ce qui est intéressant c'est que le défaut de nullité relative ne rend pas le contrat inexistant il est simplement mal formé. Soit le juge procède à l'anéantissement du contrat et derrière ce prononcé il s'agit pour le demandeur de révoquer le contrat. L'initiative repose sur le demandeur.

Possibilité de sauver le contrat et le juge adapte le contrat en supprimant les dispositions abusives qu'il contenait.

Les hypothèses où on bascule en nullité relative, par exemple le consentement dans le cas où une partie a commis une erreur, ou victime d'un dol ou d'une violence, ou si l'une ds parties a commis une pratique déloyale.

Validité du contrat.

3 remarques pour conclure :

- **Le droit chinois admet des validités en suspension.** *Par exemple* il arrive qu'un contrat pour être valablement formé requiert l'autorisation d'un conseil d'administration de société, ou requiert l'autorisation d'un tuteur ou même suppose que le vendeur soit propriétaire de la chose et donc au moment que le contrat est conclu peut être que ce qui est requis n'est pas satisfait. Dans ces hypothèses le droit chinois considère que le contrat n'est pas pour autant nul, mais sa validité est suspendue jusqu'à la réalisation de l'élément requis.
- **Le droit chinois comme en droit français n'annule par forcément tout un contrat**, il est tout à fait possible d'annuler une ou plusieurs clauses. **La loi de 1999** énumère certaines clauses interdites, par exemple, dans un contrat standard est interdite une *clause totalement exonératoire de responsabilité au profit de celui qui a rédigé le contrat.*
- **Les parties doivent être de bonne foi**, ce qui signifie que les parties peuvent engager leur responsabilité et être débiteur de dommages intérêts lorsqu'elles ont été malhonnête dans la formation du contrat.

3. Effets.

3 aspects peuvent être envisagées.

Exécution du contrat	Modification du contrat	Solution en cas d'inexécution
----------------------	-------------------------	-------------------------------

a. L'exécution du contrat.

Le contrat en droit chinois est soumis à la **force obligatoire des conventions** cela signifie qu'il faut **exécuter le contrat conformément à ce qui a été négocié**. Possibilité d'ajouter comme en droit français des devoirs aux parties. Notamment en droit chinois, il y a des obligations supplémentaires qui s'imposent aux parties et qui découlent de la nature du contrat, de sa finalité, des usages commerciaux ainsi que de la bonne foi.

Inversement **si les parties n'ont pas convenu de certains délais dans leur contrat**, **la loi prévoit des dispositions supplétives**. **Par exemple** : si le prix ou la qualité des marchandises n'ont pas été précisé ou si cela n'est pas clair, possibilité de se référer au marché ou aux habitudes que les parties ont prises ensemble. De la même manière si les parties n'ont pas indiqué le lieu d'exécution du contrat, la loi propose différents lieux, s'il s'agit d'une obligation monétaire comme le paiement d'un prix, le paiement doit se faire au domicile du créancier. S'il s'agit d'une obligation portant sur un immeuble, alors logiquement l'exécution se fait là où se trouve l'immeuble. Si rien n'a été prévu pour le délai d'exécution, en principe c'est au débiteur de déterminer quand il veut s'exécuter.

Le créancier a le droit d'amorcer la demande d'exécution mais dans ce cas là il faut laisser un temps raisonnable au débiteur.

Hypothèse d'exécution dans le temps. Est ce que le débiteur peut jouir d'un droit à l'exécution anticipée ? Non. Néanmoins le principe de bonne foi le créancier ne semble pas pouvoir le refuser si cela ne lui pose aucun préjudice.

b. Modification du contrat.

1ère hypothèse : possibilité de procéder à une **modification conventionnelle du contrat**.

2ème hypothèse : possibilité de **modifier unilatéralement le contrat** dans 2 hypothèses qui se rapprochent :

- en cas d'évènement de **force majeure**
- en cas **d'imprévision**, le débiteur qui n'est plus en mesure d'exécuter le contrat (force majeure, ou en cas d'un changement de circonstance imprévision) il peut modifier le contrat de façon à tenter de le sauver.

c. L'inexécution du contrat et ses remèdes.

Il y a plusieurs remèdes proposées par la **loi de 1999** et qui sont plus ou moins classique :

Rupture du contrat :

La rupture du contrat avec un processus de rétroactivité et donc de restitution.

L'article 92 de la loi fait allusion au maintien de l'obligation d'information, d'assistance, de confidentialité. Ce ne sont là que des exemples parce que plus généralement **la loi indique que subsiste au contrat toutes les obligations découlant de la bonne foi et des usages.**

Exécution forcée :

Cela est classique pour le juriste français, en revanche cela ne l'est pas pour le juriste anglais. L'exécution forcée *sauf si c'est trop coûteux* ou *sauf si c'est impossible* par exemple parce que c'est une prestation personnelle. Le créancier s'il opte pour l'exécution forcée doit **laisser au débiteur un délai raisonnable pour s'exécuter**

Exception d'inexécution :

Par anticipation, ce que l'on appelle l'exceptio timoris, **fondée sur la peur de ne pas pouvoir exécuter le contrat** (équivalent au 1220 Cciv fcs).

- Plusieurs hypothèses : le débiteur a perdu tout soutien auprès de la banque, le débiteur voit son activité se détériorer, le débiteur a organisé son insolvabilité, le débiteur n'a plus les moyens d'exécuter sa prestation, le créancier risque de ne pas pouvoir exécuter correctement car il a besoin de la coopération du débiteur qui ne la lui fournit pas.

Ce remède **repose sur l'initiative du créancier qui a peur que le contrat ne soit pas exécuté à l'avenir.**

À l'heure où il met en œuvre cette sanction il n'y a absolument pas d'inexécution avérée. Bien souvent, l'obligation n'est d'ailleurs pas exigible de la part du débiteur. Cela signifie que le créancier peut prendre un risque en suspendant le contrat notamment s'il fait une erreur d'appréciation.

- Le créancier qui éventuellement aurait mal apprécié la situation engage potentiellement sa responsabilité contractuelle.

Pour éviter de se retrouver dans cette situation le droit chinois propose une solution intermédiaire, il est possible au créancier, à un stade intermédiaire avant de suspendre véritablement le contrat, **d'informer le débiteur de la possible suspension** dans un délai rapide et **c'est à ce moment-là au débiteur de procurer au créancier un certain nombre de garanties.** Ce système de garanties est inspirée du droit international et notamment des principes unidroit que l'on retrouve également en droit américain et en droit anglais. En revanche on peut regretter que cela n'ait pas été prévu par la réforme de 2016.

Responsabilité : cela peut se cumuler avec les solutions précédentes.

La responsabilité **permet au créancier d'obtenir des dommages et intérêts.** Il s'agit classiquement d'une

responsabilité contractuelle car le droit chinois connaît cette distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

Le droit chinois connaît une **véritable profusion de lois spéciales** qui peuvent souvent interférer avec les domaines du contrat ; *droit de la consommation, loi sur la construction, loi sur la sécurité alimentaire*. De sorte que le créancier peut tout à fait être aussi bien voire mieux protégé que par une loi spéciale que par la loi des contrats.

Si le créancier se fonde sur le droit commun des contrats et qu'il engage la responsabilité contractuelle de son partenaire, il est soumis à une obligation que l'on ne connaît pas encore en droit français, le créancier est soumis à une obligation, **celle de minimiser son dommage**. Et cela est une obligation inspirée des Pays de common law.

Le droit chinois connaît les **clauses pénales** comme le droit français et de la même manière le juge pourra augmenter ou diminuer le montant par rapport au préjudice si c'est manifestement disproportionné. Étonnant parce que les anglais refusent la clause pénale.

B) La vente.

La vente en droit chinois est régie par la loi sur les contrats et elle compte **une 40aine d'articles**, cela va des **articles 130 à 175**.

1. Transfert de propriété et transfert de risques.

Transfert de propriété.

La vente opère un transfert de propriété, caractéristique en droit chinois de la vente comme en droit français. Il s'agit d'un **contrat translatif de propriété**. La contrepartie de ce transfert de propriété est une **somme d'argent** ce qui distingue la vente de *l'échange*. En revanche contrairement au droit français, le transfert de la propriété du vendeur vers l'acquéreur s'effectue non pas lors de l'échange des consentements, **mais lors de la livraison du bien**, c'est à dire à la remise de la chose, matériellement, à l'acquéreur ; **typique du droit allemand**.

Par conséquent, le vendeur sauf clause contraire **reste propriétaire des choses malgré la signature du contrat, voir malgré le paiement anticipé par l'acquéreur**. Tout aussi logiquement le vendeur reste propriétaire des fruits que la chose a éventuellement produit jusqu'à la livraison.

Le droit chinois prend soin de prévoir la validité d'une clause connue en droit français : **clause de**

réserve de propriété de façon à ce que le vendeur reste propriétaire de la chose malgré la livraison, notamment pour pallier la défaillance du débiteur lors du paiement.

Deux autres questions posées sur le transfert de propriété :

Que se passe-t-il si le vendeur livre d'autres marchandises que celles prévues par le contrat ou s'il en livre plus que ce qui a été commandé ?

La loi y répond, dans ce cas de figure l'acheteur doit refuser ce qui n'est pas conforme au contrat, à défaut il devra les payer. C'est pour cela que lorsque l'on procède à une vente soumise au droit chinois il est important de prévoir pour l'acquéreur un délai d'inspection de la marchandise lors de la livraison.

L'article 137 de la loi s'est penché sur la vente de logiciels qui pourrait contenir des droits de propriétés intellectuels et donc la question s'est posée ; en cas d'achats d'un logiciel l'acheteur se voit également transmettre les droits de propriété intellectuel sur ce logiciel ?

Le droit chinois considère qu'à moins que les parties en aient convenu différemment ou que la loi en dispose autrement, l'achat d'un logiciel ne s'accompagne pas du transfert des droits de PI.

Transfert des risques.

Le transfert des risques consiste à savoir qui va supporter la perte de la chose si jamais la chose est détruite ou abîmée. Celui sur qui va peser les risques est celui qui va devoir s'assurer en amont. Tout à fait classiquement en droit chinois, **le transfert des risques suit le transfert de la propriété**.

Logiquement en droit chinois les risques passent à l'acheteur lors de la livraison.

Néanmoins le droit chinois prend soin de prévoir des exceptions à ce principe :

- **Tout d'abord les parties peuvent parfaitement prévoir que le transfert des risques aura lieu à un autre moment de la livraison**. Cela signifie que les parties peuvent déconnecter le transfert de propriété du moment des transferts des risques. Pareillement déconnection du moment de la livraison du moment du transfert des risques.
- Si le bien est confié à un transporteur, les risques peuvent immédiatement être transférés à l'acheteur. Ce n'est pas d'ordre public, les parties peuvent stipuler une clause contraire.

Que se passe-t-il si l'acquéreur est de mauvaise foi et s'arrange pour que la livraison des marchandises ne puissent avoir lieu ? Le droit chinois apporte une réponse simple et efficace, si l'acquéreur refuse de prendre possession de la marchandise en raison de sa mauvaise foi, **les risques passent automatiquement à cet acquéreur dès la notification par le vendeur de l'impossibilité de livrer**.

Que se passe-t-il si le vendeur, voir le transporteur délivre la chose mais pas les documents de livraison ? Il y a t-il un impact sur les risques ?

La loi précise que si le bon de livraison n'est pas remis à l'acheteur, mais qu'en revanche la livraison a bien eu lieu, les risques passent sur la tête de l'acheteur, en revanche le vendeur lui engage sa responsabilité pour ne pas avoir donné le bon de livraison.

2. L'inexécution de la vente.

Solutions offertes à l'acheteur en cas de défaillance du vendeur.

L'acheteur jouit de 2 garanties en droit chinois, qui rappelle les garanties que nous connaissons en droit français, il y a d'une part la garantie d'éviction et d'autre part la garantie de conformité.

Garantie d'éviction.	Garantie de conformité.
Offerte à l'acheteur contre l'impossibilité qu'il aurait de jouir de la chose en raison d'un fait imputable au vendeur	L'acquéreur est garanti sur la chose livrée qui ne correspond à la qualité qui a été stipulée dans le contrat. → cela s'étend à l'emballage.

Là encore l'acheteur un peu à l'instar du droit français jouit d'un certain délai pour agir, qui est selon les hypothèses, soit un **délai de 2 ans**, soit un **délai raisonnable**, soit le **délai contractuellement prévu et qui est nécessairement plus long**.

Solution offertes au vendeur contre l'acheteur indélicat.

Premier remède qui concerne la vente à crédit.

Concrètement l'acheteur n'a pas besoin au comptant le prix, **il bénéficie d'un échelonnement des paiements**. Dans cette hypothèse-là, si l'acquéreur manque de payer 20€ du prix ou plus, lorsque la dette est exigible, alors il est sanctionné par la déchéance de l'échelonnement et **le solde du prix est alors immédiatement exigible**.

Par ailleurs, la loi sur les contrats ne prévoient pas d'autres remèdes particuliers en cas de non paiement du prix, elle permet juste d'inclure une clause de réserve de propriété auquel il faut penser,

et il faut en fait compléter ce dispositif un peu pauvre pour le vendeur avec la loi sur les garanties.

II/. La responsabilité délictuelle chinoise.

La première véritable loi sur la responsabilité délictuelle remonte à **1930**, puis une 2nd loi à a été promulgué en **1949** et cette *loi était une sorte de copié collé des règles soviétiques en la matière.*

En outre, comme en droit du contrat, en matière de responsabilité le droit chinois a empilé, compilé, toute sorte de lois sectorielles signifiant qu'il y avait des lois sur les produits défectueux, loi sur les accidents de la route, sur la protection de l'environnement, sur la pollution de l'eau, mer...

Il faut attendre une **loi de 2009** (vigueur en 2010) pour revenir à une certaine rationalisation de toutes ces règles. Cette loi regroupe beaucoup d'articles qui traitent à la fois du régime de la responsabilité, puis articles traitant domaines par domaines, les hypothèses de responsabilité.

A) La responsabilité pour faute

1. Responsabilité pour faute prouvée.

Cela rappelle le dispositif français de *l'article 1240* à savoir qu'il faut **prouver une faute, prouver le dommage et un lien de causalité entre faute et dommage**. La **loi de 2009** énumère un peu partout dans ces articles des **hypothèses d'une telle responsabilité pour faute prouvée** :

Par exemple : hypothèse de la responsabilité d'une *compagnie de transport* qui accueille du public et qui ne prend pas les mesures nécessaires pour éviter un dommage. C'est donc une hypothèse de responsabilité pour faute prouvée.

L'organisateur d'un événement où le *responsable d'un magasin* qui n'aurait pas prit les mesures de sécurité nécessaire peuvent également voir leur responsabilité engagée. Il faut encore une fois ici que la victime prouve la commission d'une faute.

Observation : les PGDC de 2017 ont introduit une responsabilité spéciale, là aussi pour faute pour un préjudice très spécifique en cas d'**atteintes à l'honneur ou à la réputation des héros et martyrs chinois**.

2. Responsabilité pour faute présumée.

Cette fois-ci la victime bénéficie à son profit, d'une présomption de faute commise par le défendeur.

Cette présomption s'applique dans des circonstances particulières.

- **Par exemple** : si un enfant ou un incapable est blessé à l'école ou dans une institution, l'école ou l'institution sont présumés avoir commis une faute.

En matière médicale, lorsqu'un patient est blessé lors d'un traitement, ou d'une opération, l'hôpital est présumé avoir commis une faute dans diverses situations, par exemple : si l'hôpital n'a pas respecté les règles de l'art pour faire le diagnostic, ou alors si l'hôpital a dissimulé des informations ou refusé de fournir au patient son dossier médical, ou alors si l'hôpital a falsifié ou fait disparaître le dossier médical → présomption d'avoir commis une faute.

- Il s'agit d'une **présomption simple de faute** et comme toute présomption simple on peut apporter la preuve contraire.

B) La responsabilité sans faute.

Là encore la loi de 2009 éparpille plusieurs hypothèses de responsabilité sans faute. Ce sont des responsabilités de pleins droits.

- Tuteur pour les dommages causés par l'incapable.
- L'employeur pour les dommages causés par son employé.
- Entreprises ayant des activités dangereuses et qui ont pollué ou contaminé l'environnement.
- Les propriétaires ou gardien d'animaux domestiques ou d'animaux dangereux.
- Les propriétaires ou gardien d'objet qui tombent sur le passage publics et qui l'obstrue.
- Conducteur motorisé au profit de la victime non motorisée. Si la victime non motorisée est fautive, il y aura une diminution proportionnelle des dommages et intérêts.

C) La responsabilité du fait des produits défectueux.

Cette responsabilité présente de nombreux points communs avec le dispositif français, lui-même issu des règles européennes.

Concernant les conditions relative à cette responsabilité, la loi exige que la victime ait subi un dommage, soit un **dommage physique**, soit un **dommage matériel**. La loi permet également à cette victime de se contenter d'un **risque** de dommage. Il s'agit d'une responsabilité pesant sur les **fabricants** et les **producteurs**, c'est une **responsabilité de plein droit**, donc sans faute.

- En revanche, s'agissant d'autres débiteurs ou d'autres défendeurs et particulièrement les

vendeurs, distributeurs, ou même transporteur quand à eux leur responsabilité est fondée ou doit être fondée sur une faute.

Autre condition, un dommage ou un risque de dommages : la question s'est posée de savoir si l'on pouvait obtenir l'indemnisation du dommage causé au produit défectueux lui-même. S'agissant des dommages causés par le produit défectueux à d'autres biens de la victime, il n'y a pas de difficulté, mais le questionnement se pose comme en droit européen si on peut obtenir l'indemnisation de la perte du bien défectueux lui-même.

➤ La loi ne tranche pas cette question et les jurisprudences sont pour longtemps divergentes.

S'agissant des autres types de dommages, la victime peut tout à fait obtenir l'indemnisation de son dommage physique ainsi que des dommages qui y sont associés : les remboursements des frais médicaux, l'indemnisation de la perte de salaire et également indemnisation possible au profit de la famille qui elle-même pourrait souffrir de la perte de soutien financier de la victime.

Indemnisation également en cas de décès de la victime et indemnisation des dommages psychologique.

Dommages et intérêts punitifs notamment lorsque le producteur ou le fabricant a adopté un comportement malhonnête comme par exemple lorsqu'il avait connaissance du défaut et que ce défaut a entraîné des dommages physiques et un décès. Doivent également être prise en compte, tant le profit malhonnête réalisé par le producteur que son poids financier.

De la même manière, les juges apprécieront selon la durée du comportement : plus le produit défectueux aura été mit en circulation longtemps, plus le producteur sera lourdement condamné.

Les juges vérifieront également **l'intention de dissimuler le défaut ou pas**.

Les juges seront également attentifs à la réaction que le producteur a adopté éventuellement face aux inquiétudes des consommateurs ou des autorités publiques.

Les juges seront également sensible pour prononcer les dommages et intérêts punitifs, à l'impact que ce défaut aura sur la société chinoise :

exemple : scandale du lait infantile.

La responsabilité du producteur à l'instar du droit européen sera écartée s'il peut prouver que le bien n'a pas été mit en circulation, ou que ce bien n'avait pas de défaut et enfin s'il peut invoquer le risque de développement.

Le risque de développement se connaît en droit européen à savoir que si le producteur peut prouver

que lors de la mise en circulation il ne pouvait pas avoir connaissance de ce défaut en raison de l'Etat des avancées scientifiques et techniques, il est exonéré.

Section 3 : Droit chinois des biens.

Le droit des biens soulèvent en droit chinois nécessairement la question du droit de propriété.

Comment concevoir un droit de propriété privée dans un système communiste.

Incontestablement le droit de propriété ne peut pas en tant que tel être reconnu dans un système communiste et différentes raisons sont régulièrement énumérées pour le justifier :

- L'absence de droit de propriété est nécessaire pour protéger l'Etat ou encore pour protéger les citoyens mais également pour protéger le développement harmonieux de l'économie socialiste.

Néanmoins, il apparaît que la propriété privée est devenue utile, donc nécessaire et ainsi a côté de la reconnaissance de la propriété publique, ou a côté de la reconnaissance de la propriété des collectivités il est apparu nécessaire de reconnaître à part entière la propriété privée à tel point qu'elle a même été consacrée dans la Constitution en 2004.

Le droit de propriété a été définie dès les années 1980 dans les PGDC de l'époque et cette définition rappelle beaucoup celle que l'on rencontre dans différents pays du monde : ainsi le droit de propriété en Chine se définit comme **le droit de posséder un bien, le droit de l'utiliser, le droit d'en tirer profit et enfin le droit d'en disposer.**

En d'autres termes le droit chinois développe ici ce que l'on connaît depuis le droit romain ; l'usus / fructus / abusus.

Par une **loi de 2007**, la loi des biens connaît un tournant important parce que le pouvoir politique comprend que dans une société qui devient une société de consommation ou émerge une classe moyenne, il devient fondamental de faire une place aux biens et à la propriété de manière plus élaborée. Dans cette loi sont évoquées des problématiques du droit des biens, à savoir :

- Enumération de droits réels
- Relation entre voisins
- Copropriété
- L'usufruit et le droit d'usage
- La possession

- La propriété
- Les sûretés réelles

I/. La propriété et la jouissance.

A) La propriété.

Propriété privée consacrée par la constitution en **2004** et **loi en 2007**, elle est reconnue de différentes manières / degrés.

- **Propriété mobilière.**

Aucune difficulté, la pleine propriété privée est tout à fait possible.

- **Propriété immobilière**

Reconnaissance subtile car en principe en Chine **l'on ne peut pas être propriétaire du sol à titre privé** car **le sol est censé appartenir exclusivement tantôt à l'Etat, tantôt aux collectivités publiques** : *les champs, forêts, mines, lacs...* Néanmoins il est possible d'être propriétaire de sa maison ou de son appartement mais sans pouvoir pour autant être propriétaire du terrain sur lequel ils sont construit. Il va donc falloir inventer un système permettant de construire sans être propriétaire du sol.

La loi de 2007 connaît de nombreux aménagements du droit de propriété à travers la copropriété mais également à travers les servitudes légales : notamment pour permettre l'accès à l'eau et à l'électricité. L'indivision est également connue en droit chinois, et il y a 2 types d'indivisions :

- **Indivision avec ou sans cote part** : la responsabilité est assez proche de certaines sociétés notamment de personnes. À l'égard des tiers, les indivisaires sont solidairement responsables. En revanche, entre eux, leur contribution s'opère proportionnellement à leur cote part.

B) L'usufruit et l'usage.

Le droit chinois distingue 2 types d'usufruit :

- L'usufruit **général** consistant à user / à tirer profit de la chose et qui s'exerce tant sur un immeuble que sur un meuble.
- L'usufruit **spécial** que l'on rencontre dans le but de construire sur un terrain.

La durée de cet usufruit dépend de la finalité de la construction.

Par exemple ; si l'on veut construire une maison d'habitation, l'usufruit peut durer jusqu'à 70 ans. Cette durée étant calculée plus largement que la durée de vie de la personne qui construit.

Si l'on veut mener une activité industrielle en revanche, l'usufruit durera 50 ans.

Si l'on veut construire un magasin ou un supermarché, l'usufruit durera 40 ans.

L'on rencontre d'autres types d'usufruit notamment au profit de paysans, d'agriculteurs qui veulent exploiter des champs et également usufruit pour l'exploitation minière.

Il y a un usufruit particulier qui permet à celui qui jouit d'un terrain de l'améliorer en tirant profit d'un terrain voisin. Cet usufruitier peut bénéficier s'il le demande d'un système de servitude sur un terrain voisin, s'il établi qu'il a besoin de ce fonds voisin pour améliorer l'exploitation de son premier fond. Cela passe techniquement par une servitude qui va faire l'objet d'un contrat écrit, et cette servitude sur le fond voisin étant un accessoire de l'usufruit du fond dominant, la servitude aura la même durée que l'usufruit.

II/. Les sûretés réelles.

Le droit des sûretés chinois s'articule autour de deux lois :

Loi de 2007 sur les droits réels	Loi de 1995 consacrée aux garanties
----------------------------------	-------------------------------------

Les sûretés personnelles sont des garanties données par une personne.

Les sûretés réelles passent à travers d'un bien.

Le droit chinois connaît des **sûretés** tant **mobilières** qu'**immobilières**. Le droit chinois fait clairement la distinction entre les sûretés qui entraînent une dépossession du débiteur ou du constituant et d'autre part les sûretés qui ne s'accompagnent pas de cette dépossession.

L'enjeu est important car il y a des sûretés qui s'accompagnent d'une dépossession, cela signifie que la possession est transférée au créancier. Non seulement le créancier aura l'avantage de pouvoir contrôler l'état du bien, et notamment faire en sorte que le bien ne se détériore pas, et l'autre avantage, le créancier peut utiliser la chose, voir en récupérer les fruits.

L'inconvénient est que le débiteur n'a plus la possession du bien ; il ne peut plus en retirer les fruits ce qui pourrait l'aider à éponger sa dette, dans le cadre d'un loyer par exemple.

Le droit chinois connaît également ces mécanismes alors qu'ils ont conçu le droit de propriété privé récemment par rapport au système français.

Partie 1 : Aspects de droit chinois et de droit anglais.

Chapitre 2 : Le droit anglais.

Il n'est pas certain que le droit anglais existe, c'est à dire que la difficulté du droit anglais est une expression par commodité mais qui est erronée. Le droit anglais stricto sensu s'applique à la seule Angleterre et ce n'est donc pas le Royaume-Uni.

Section 1 : Le droit de la famille.

I/. Couple.

Le droit anglais distingue comme en France **2 types d'unions**, d'une part les **unions légales** et d'autre part les **unions de fait**.

A) Unions légales.

Le droit anglais reconnaît deux unions légales :

- **Mariage**
- **Partenariat** : ressemble au PACS, instauré en 2004 pour les couples homosexuels.

Les conditions de formations de l'un et de l'autres sont assez proche et les causes de dissolution sont également proche.

1. Formation de ces unions.

Le **mariage** est le plus ancien historiquement, puisque les conditions de formation du mariage sont celles édictées par une **loi de 1973**. Elles aboutissent comme en droit français en cas de non respect soit à une **nullité absolue / relative**.

- **Nullité absolue** : ce sont les mêmes hypothèses que pour le partenariat.

→ Bigamie ou polygamie.

→ Endogamie

→ Non respect de l'âge et précisément si l'un des époux à moins de 16 ans.

Depuis **2013** la différence de sexe n'est plus une condition de validité du mariage, depuis l'instauration du mariage homosexuel en Angleterre.

En revanche, pour le partenariat, le partenariat à l'heure actuelle en droit anglais est interdit aux couples hétérosexuels, mais un arrêt rendu par la Cour Suprême a considéré que c'était **discriminatoire**. Une loi devrait modifier cela pour décembre prochain mais il semblerait que cela prenne du retard avec le Brexit.

- **Nullité relative :**

La loi de 1973 énumère les hypothèses ;

→ **La non consommation du mariage par incapacité ou par refus de l'un des époux**, mais cela ne peut pas émaner du demandeur. Cela peut être à la fois antérieur au mariage ou même postérieur.

Il semblerait que cela ne s'applique pas au mariage homosexuel.

→ **L'absence de consentement ; troubles mentaux, violences, erreurs.**

La question s'est posée de savoir s'il fallait une intention matrimoniale lorsque l'on se marie. En droit anglais, **il n'y a absolument pas nécessité d'intention matrimoniale**, possibilité de se marier ouvertement pour un motif totalement déconnecté des sentiments. **Affaire de 2003** : un délinquant accusé de meurtre a eu l'idée d'épouser le témoin car l'épouse ne peut pas témoigner contre son mari. Le procureur a essayé de faire casser le mariage, le juge a refusé.

→ **L'un des époux est atteint d'une maladie sexuellement transmissible.**

→ **L'épouse enceinte d'un autre.**

→ **En cas de certificat de reconnaissance de genre.** Procédure particulière en matière de changement de sexe.

Quelle est la différence en droit anglais entre une nullité absolue et nullité relative ?

S'agissant de la nullité absolue il n'est pas nécessaire de recourir au juge pour la prononcer, elle est de plein droit. En revanche pour une nullité relative il faudra saisir le juge qui la prononcera si les conditions sont réunies.

N'importe quel plaideur qui a un intérêt peut demander la nullité absolue alors que pour la nullité relative seul l'époux victime peut la demander.

Concernant les enfants du couple : en présence d'une **nullité absolue les enfants ne bénéficient pas de la putativité** → **les enfants sont considérés comme illégitimes.** **Ceci étant** les juridictions atténuent la rigueur de cette solution et notamment les juges peuvent trouver une sorte d'échappatoire en

conférant la putativité malgré la nullité absolue si les époux peuvent prouver qu'ils étaient de bonne foi et qu'ils pensaient que le mariage était valable.

Les obstacles éventuels au prononcé de l'annulation.

Il y a des **fins de non recevoir à la demande d'annulation.**

Une première hypothèse de fin de non recevoir est celle de la **ratification ou approbation.** Comme en droit français l'époux victime de la situation en connaissance de la cause de nullité continue à se comporter comme un époux normal, dans ce cas de figure on considère que par son comportement il ratifie la situation potentiellement nulle.

La prescription est de 3 ans à compté de la connaissance ou de la cessation du problème. Sauf certains cas de figures. Enfin, c'est la connaissance de cause lors du mariage, c'est à dire si l'époux victime ignorait pourra demander l'annulation.

La procédure de mariage similaire à la procédure de partenariat peuvent être **célébrés civilement ou religieusement.** En droit français seul le mariage civil porte des effets juridiques.

En **Angleterre**, mariage religieux ou mariage civil, emportent des effets de droits. Il y a des formalités préalables de publicités et également **des délais minimums à respecter avant de se marier** et par exemple hypothèses dans lesquelles le mariage a compté des publicités ne pourra pas être prononcé avant l'expiration d'un délai de 70 jours lorsque le procureur a des doutes sur la sincérité du mariage. Pour le mariage religieux celui-ci doit être prononcé par les autorités religieuses compétentes. Pour aider les fiancés dans leur recherche d'autorités religieuses compétentes : listes d'établissements agréés.

- Le mariage religieux prononcé fera l'objet d'une inscription à l'état civil par l'autorité religieuse qui y a procédé.

Le mariage comme le partenariat suppose la **présence de 2 témoins pour vérifier la véracité du consentement et ainsi le prononcé de quelques paroles solennelles** (pas exigé pour le partenariat).

Une fois que les partenaires sont liés par le partenariat, quelles sont les conséquences patrimoniales ?

Les époux comme les partenaires se doivent sur le plan patrimonial aide et assistance pendant toute la durée du mariage.

Les époux ou les partenaires bénéficient d'une vocation successorale chacun pouvant donc hériter l'un de l'autre.

S'agissant du fonctionnement du régime matrimonial : le droit anglais **ne connaît pas le droit des régimes matrimoniaux**. Concrètement pendant le mariage **chaque époux reste propriétaire de ses propres biens** et il n'y a pas le mécanisme de la cogestion comme l'on trouve en droit français. De la même manière il n'y a pas de mécanismes de solidarités, des dettes ménagères.

Les règles de répartition des biens des époux se compliquent grandement au stade de la dissolution de l'union que ce soit à la suite d'un décès ou à la suite d'un divorce.

2. Dissolution de ces unions.

a. Les causes de dissolution.

➤ Le divorce.

Pour ce qui concerne l'Angleterre et le Pays de Galles, **loi de 1973** qui régit le divorce et il y a 2 séries de conditions qui **doivent être réunies cumulativement :**

- Il n'est pas possible de demander le divorce si l'on s'est marié depuis – de 1 an.

Introduction d'une demande de séparation.

- Il faut que le lien marital soit irrémédiablement rompu par l'un des 5 cas qui va suivre :
 - **L'adultère :** la première cause et une cause en elle-même. Défini par la loi de 1973 comme *étant une relation sexuelle avec l'autre sexe*. Par conséquent la loi de 1973 n'a pas été toilettée avec l'instauration du mariage homosexuel. L'adultère homosexuel ne constitue pas pour le moment un adultère, mais cela pose un problème avec la CEDH .
 - **Le mauvais comportement ne permettant plus de vivre ensemble.** L'adultère homosexuel peut rentrer ici. *Les juges apprécient et ne peuvent admettre que des demandes raisonnables et qu'ils apprécient in concreto* et non pas in abstracto.

Le comportement intolérable peut justifier même en cas d'un état de santé.

Si l'époux victime a supporté ce comportement intolérable pendant plus de 6 mois alors cet époux victime ne peut plus demander le divorce. Il faudra attendre une nouvelle période de comportement intolérable.

- **Abandon sans le consentement de l'autre**, sans aucune raison dans l'optique évitante de mettre fin au mariage et cela pendant plus de 2 ans.

Cas de figure de la personne qui quitte le domicile sans donner aucune nouvelle.

- **Séparation depuis plus de 2 ans avec consentement de l'autre.** Situation admise pour les

deux.

- *Séparation de plus de 5 ans sans consentement de l'autre.*

Il n'y a pratiquement pas de référence au divorce par consentement mutuel. Celui qui s'en rapproche c'est le cas 4. Le divorce par consentement mutuel existe officiellement en Grande Bretagne mais la loi de 1996 n'a jamais reçue application.

Si l'on veut divorcer d'un conjoint qui souffre de troubles mentaux c'est tout à fait possible. En revanche la difficulté est que cet époux risque de ne pas pouvoir consentir au divorce. Ce conjoint doit être représenté au cours de la procédure, cette personne qui le représente n'est pas appelé un tuteur il s'appelle « *un ami pour le contentieux* ».

➤ **Rupture du partenariat.**

De la même manière que pour le divorce.

- L'expiration du délai de 1 an avant de rompre le partenariat.
- Même mécanisme que pour le divorce il faut reprocher un comportement à son époux qui rentre dans l'une des 4 catégories :
 - Comportement inadmissible.
 - Abandon depuis plus de 2 ans sans bonne raison...
 - Séparation depuis plus de 2 ans avec consentement de l'autre.
 - Séparation depuis plus de 5 ans sans consentement.

L'adultère ne figure pas comme cause indépendante de rupture du partenariat, mais l'adultère dans le partenariat peut rentrer dans la catégorie du comportement inadmissible.

b. Conséquences.

Il faut observer qu'en droit anglais **les parties ont de large pouvoir pour organiser les conséquences patrimoniales de leur rupture.** Le recours au juge est potentiellement aux avocats n'est indispensable que si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord toute seule. Si tel est le cas, le juge tranchera à la fois la répartition des biens et toutes les compensations financières. Pour cela il se fonde sur la loi de 1973 et qui énumère à **l'article 25 un certains nombres de critères.**

- **Durée du mariage :** plus un mariage a duré et plus l'époux qui est abandonné touchera beaucoup.

Dans une *affaire Miller prononcée en 2006* le juge a appliqué ce critère de la durée du mariage et en l'espèce quand le couple divorce ils sont mariés depuis 2 ans et demi. Or le mari durant le mariage avait gagné 17 millions de pounds, pactole sur lequel l'époux comptait en parti. Le juge précise qu'elle n'avait pas pu s'habituer à la richesse.

- *L'âge des époux.* Plus les époux sont jeunes et plus ils vont rebondir et moins grand sont les besoins. Inversement.
- *La capacité à recevoir des revenus dans l'avenir.*
- *Les dépenses de la vie courante.*
- *L'étude du niveau de vie des époux pendant leur mariage.*

En 2011 K c. L : couple marié qui vivait très modestement, or il se révèle que l'épouse est la riche héritière d'un millionnaire et que le mari réclame la moitié de ses revenus.

Le juge le déboute au motif qu'il n'a jamais vécu dans la richesse et dans le luxe avec son épouse donc il continuera après le divorce.

- *Le rôle qui a été tenu par chaque époux pendant le mariage.*

Arrêt White en 2000 : une épouse réclamait une compensation assez élevée parce qu'elle avait abandonné sa carrière professionnelle pour s'occuper des enfants et elle lui avait même prêtée de l'argent pour qu'il lance son entreprise. Sans sa mise de départ son mari n'aurait jamais fait fortune. Effectivement le juge a estimé qu'elle méritait tout à fait d'avoir une partie des profits.

- *Le comportement de l'un des époux à l'égard de l'autre.*

Affaire H c. H en 2006 : une épouse a pu obtenir une compensation supplémentaire parce que son mari a tenté de l'assassiner devant les enfants.

- *Les charges que l'un des époux doit supporter dans sa vie quotidienne.*

Un époux qui doit entretenir une seconde famille supporte des charges qui justifient une part plus importante. L'état de santé de l'un des époux et en l'occurrence un homme était handicapé et il s'est vu attribuer par son épouse 5 millions de pounds afin de faire face à ses traitements médicaux : en l'espèce l'épouse qui a dû payer cette somme d'argent, qui était en bonne santé, s'est retrouvée à vivre avec l'équivalent des allocations sociales.

La perte de chance pour l'un des époux de prétendre à une pension d'état en cas de prononcé du divorce.

Comment s'opèrent les compensations octroyées à l'un des époux ?

- Forme d'un capital.
- Forme de rente : pouvant être soit viagère, soit définie sur un certain temps.

Il peut encore s'agir d'attribution de biens en nature.

Cas très particulier typiquement anglais des **accords pré-nuptiaux ou post-nuptiaux**. C'est à dire concrètement que les accords conclus par les époux : **soit avant le prononcé du mariage, soit après la dissolution de ce mariage**. La difficulté ici soulevée par le droit anglais est classique s'agissant du droit des contrats :

- en droit anglais seul les contrats synallagmatiques sauf exception sont envisageables et surtout, les accords qui sont passés entre membre d'une même famille et a fortiori au sein du couple, ne sont normalement pas des contrats.

Lorsque deux époux concluent un contrat pour organiser la gestion patrimoniale de la famille ou a fortiori pour envisager la répartition des biens, **cet accord ne peut pas être soumis en justice**. Cela n'a pas plus de valeur qu'une promesse publicitaire.

Les accords pré-nuptiaux sont monnaies courantes en Angleterre mais ils n'ont en tant que tel pas de valeurs juridiques. Comme la common law est très subtile, dans un passé très lointain a reconnu que des accords post-nuptiaux puissent recevoir application. Il s'agissait de les concevoir comme des exceptions.

Néanmoins en **2010**, la **Cour suprême anglaise** a adopté une position relativement différente et désormais les **accords entourant la gestion et la répartition des biens des époux ne sont plus présumés être sans valeur juridique**. Ils l'ont pas forcément ipso facto une valeur juridique mais contrairement aux décisions antérieures on ne peut plus affirmer que ce ne sont plus des contrats, ils peuvent être des contrats. Concrètement le juge peut donc se pencher sur ce type d'accord et il est notamment fortement incité à vérifier que cet accord ne constitue pas l'expression d'un époux ou d'un ex époux dominant sur l'autre. Le juge doit vérifier que les effets de cet accord ne sont pas injustes ni pour l'autre époux ni pour les enfants, on l'invite également à vérifier qu'il n'y a pas eu de pressions exercées sur l'autre époux, ou qu'il n'y a pas eu de dol ou fraude.

D'ailleurs afin de consolider cette valeur juridique les époux sont fortement incités à recueillir lorsqu'ils établissent cet accord des avis juridiques indépendant et séparés.

B) Le concubinage.

Le concubinage en droit anglais n'existe pas en tant que tel puisqu'il **n'y a pas de reconnaissances de cette union par le droit**. Néanmoins **il existe un certain nombre de dispositions qui accordent des**

droits ou imposent des devoirs au concubin.

S'agissant des lois :

- Loi relative au bail qui permet au concubin survivant de poursuivre le bail qui pourtant avait été conclu par le seul concubin décédé.

Cela s'applique tant aux relations hétéro et homo. Homo depuis 2004.

- Loi relatives aux violences conjugales étant également le dispositif au concubin.

Des lois tirent donc les conséquences de cette situation de fait.

S'agissant de la jurisprudence :

Elle a eu l'occasion de se prononcer sur différents domaines. Par exemple :

- **En cas de séparation**, la jurisprudence a été amenée à considérer qu'à l'issue du concubinage, chaque époux reprenait ses biens et le juge n'avait absolument pas à intervenir.
- Il peut y avoir des contentieux relatifs **au droit de propriété sur un bien**.

Donc dispute entre concubins pour savoir qui est propriétaire de la maison familiale : dans ce cas de figure *le juge est compétent pour intervenir parce que c'est un problème de droit des biens*. Le fait que les concubins aient entretenu une relation sentimentale et peut être également parents d'enfants communs, vient troubler le caractère purement de droit des biens qui doit être envisagé. Lorsqu'un couple s'installe dans une maison, il peut s'agir de monsieur qui est propriétaire d'un appartement et qui propose à madame de s'y installer, il y vivent une vingtaine d'années et ils se séparent. Or madame a vendu son logement et a utilisé cet argent pour l'amélioration du logement.

Comme il n'y a pas de lois, ni de structures juridiques pour entourer le concubinage, **la jurisprudence est obligée d'appliquer à cette relation des mécanismes déjà éprouvés quand il faut trancher notamment un problème de droit des biens**. Notamment la jurisprudence applique un premier mécanisme assez connu :

TRUST.

Pour faire simple, le trust peut être excessivement compliqué, le trust est protéiforme, il présente une multitude de facettes. Le mot trust est simple et unique signifiant confiance, mais à la fois l'application et l'utilisation ainsi que ses conditions sont multiples.

Le trust permet de partager la propriété du logement familial au profit du concubin, qui pourtant n'en est pas le propriétaire officiel.

La concubine, pourra réclamer la moitié de l'appartement à 2 conditions cumulatives :

→ si elle a participé d'une manière ou d'une autre au financement de l'appartement.

Soit en étant coemprunteur à la banque (*elle n'apparaît pas sur le titre de propriété*), soit il est possible de prouver qu'elle a vendu son propre appartement et que cet argent a été réemployé pour l'achat.

La question s'est posée de savoir si cette première condition était remplie lorsque le concubin(e) s'est chargée d'un certains nombres de factures du quotidien ? Est-ce que cela participe indirectement du financement de la maison ?

Monsieur achète l'appartement familial et pour cela il a contracté un emprunt et rembourse des mensualités de 800€. Madame au lieu de prendre un emprunt avec lui, participe au dépense du ménage.

- La jurisprudence a estimé que si la concubine participe au dépense ménagère, même si le montant est équivalent ne constitue pas une participation au financement de logement familial.

→ s'il était évidant pour les deux qu'elle en serait également propriétaire.

Ce mécanisme du trust est un **mécanisme inventé par la jurisprudence et c'est un trust constructif.**

C'est **un trust qui ne résulte pas de la volonté expresse des parties.** C'est le juge qui à partir de ces 2 conditions déduit qu'il y a un trust.

Dans un trust anglais au lieu de diviser la propriété en 3 parts, on le divise dans l'autre sens, et donc il y a 2 propriétaires mais qui ne sont pas propriétaires de la même façon du bien ; **il y a le trustee et l'autre le bénéficiaire.** Ils n'ont pas les mêmes prérogatives sur le bien. Ils sont propriétaire du même bien pas de la même façon, le trustee, propriétaire légal il exerce le droit de propriété.

Le second propriétaire, le bénéficiaire a la propriété en équité et n'a que les avantages, il va percevoir une partie des loyers si les biens sont loués.

Le trust, deux propriétaires différents mais sur la même chose.

Dans le concubinage, le juge précise que vous n'y aviez pas pensé, mais un trust s'est créé entre vous, malgré vous. Le propriétaire initial est propriétaire légal, mais la concubine est bénéficiaire.

– **L'estoppel.**

Cela vient d'un vieux mot français consistant à dire que l'on se stoppe de faire quelque chose, interdiction de se contredire. Ce principe de non contradiction c'est également le principe de cohérence.

Appliqué au concubinage, lorsque le concubin pleinement propriétaire, laisse croire à l'autre qu'il est déjà ou qui le sera également propriétaire, et que l'autre agit à ce moment-là à son détriment alors le mécanisme de l'estoppel impose de corriger cette injustice.

S'agissant du contrat de concubinage : **cela n'a pas de valeurs juridiques.**

Pour les concubin un accord passé entre eux est parfaitement valable car des concubins par définitions sont censés être deux étrangers l'un par rapport à l'autre. Ils ne sont ni des partenaires ni des époux.

Cet accord passé entre concubins peut certes revêtir une force exécutoire mais encore faut-il que cet accord respecte l'ordre public.

II/. Relations parents-enfants.

Le droit anglais fonctionne de manière habituelle par rapport à d'autres pays.

Par exemple, l'autorité parentale est exercée sur l'enfant a **égalité entre les parents**. Selon le type de parentalité le mécanisme peut varier :

- **Couple marié** : l'autorité parentale est confiée à la mère qui accouché ainsi qu'à son mari s'il est mentionné sur l'acte de naissance.
- **Parentalité naturelle** : la filiation et l'autorité parentale s'exerce conformément aux personnes ayant reconnu l'enfant.
- **Filiation adoptive** : l'autorité s'exercera conformément aux documents d'adoptions.
- **Insémination** : documents qui entourent cela qui déterminera les aspects de la filiation et de l'autorité.

Ce lien entre filiation et autorité n'est pas un lien unique, il peut y avoir un parent qui bien qu'ayant que sa filiation établie n'exerce plus son autorité parentale sur l'enfant et inversement il peut y avoir des proches dans la famille de l'enfant qui exerce l'autorité parentale sans avoir de filiation.

La question des mesures que les parents peuvent prendre à l'égard de l'enfant : le choix de la résidence, le choix de l'école, choix en matière de santé, d'activité.

Toutes ces mesures prises par les parents à l'égard de l'enfant doivent **être prise en concertation avec les 2 parents quels que soient le type d'organisation**. Si les parents ne parviennent pas à s'entendre le juge sera amené à prendre des mesures et le critère central qui préside à la décision du juge **est l'intérêt supérieur de l'enfant**. Cet intérêt supérieur est prévu par une loi de protection des enfants votée en **1989** et modifiée en **2014**. La difficulté est évidemment pour un juge de déterminer ce qui relève de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'on peut citer de nombreuses jurisprudences qui ont pu parfois étonner et par exemple dans une affaire jugée en 2012 un juge anglais a considéré qu'il était contraire à l'intérêt de l'enfant que l'on envoie une photo de lui à son père incarcéré.

Est-ce qu'un parent peut exiger de rencontrer et de voir régulièrement l'enfant alors qu'il ne vit plus avec l'autre parent. En **2001**, un juge a considéré qu'un père connu pour violence conjugale dans son passé pouvait parfaitement être autorisé à avoir son enfant dans un contexte particulier, encadré, au

motif que l'enfant avait tout intérêt à avoir des relations avec son père.

Un proche de l'enfant pouvait exiger d'entretenir des liens avec l'enfant alors qu'il n'y avait pas de lien de filiation ? En l'occurrence il s'agissait d'un couple de femmes, l'une d'elle a donné naissance à 2 enfants et plusieurs années après le couple se sépare et la mère biologique déménage très loin de son ancienne compagne et celle-ci saisit le juge en estimant que non seulement elle exigeait un droit de visite sur les enfants mais en outre elle estimait qu'elle était beaucoup plus à même que la mère biologique d'élever les enfants. Dans un premier temps les juges de première instance ont fait droit à ses demandes. La chambre des lords a prit une décision opposée et a confié les enfants à leur mère biologique.

En effet, au delà de l'intérêt supérieur de l'enfant le droit anglais est très attaché à confier autant que possible les enfants aux parents biologiques : en dépit de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit rester le seul critère pour le juge. En **2010** la Cour suprême a donné raison à des grands-parents qui avaient élevé leur petit-fils depuis sa plus tendre enfance car les parents ne pouvaient s'en occuper, mais il se trouvait que son père biologique avait fait face à un certains nombres de difficultés dans sa vie, il avait réussi à trouver une stabilité et avait souhaité récupérer son fils. Les grands-parents s'y étaient opposés. La chambre des lords a estimé que l'enfant était mieux avec ses grands-parents qu'avec ce père qui était un adulte trop récent dans l'entourage de l'enfant.

Le juge doit-il prendre en compte la volonté de l'enfant ? Pas de réponses claires et nettes, il s'agit du cas pas cas.

Obligation financière des parents pour les enfants :

Les parents sont tenus d'une obligation financière à l'égard des enfants. Cette obligation financière est avant tout une **obligation matérielle**. Si les parents ne vivent plus ensemble, celui qui héberge l'enfant reçoit une **sorte de pension alimentaire de la part de l'autre**.

En Angleterre il peut y avoir des problèmes entre les parents quand il s'agit de payer cette pension. Le système anglais fait l'objet de nombreuses réformes pour rendre plus efficace le système des pensions alimentaires et il y a notamment un mécanisme de médiation qui permet d'accompagner les parents qui se disputent sur cet aspect financier. Si ces mécanismes échouent possibilité de saisir le juge qui pourra prononcer des mesures contraignantes : condamnation du parent qui n'héberge pas l'enfant, à payer des choses en nature.

Depuis une loi de 1989 il est également possible au beau père ou à la belle mère qui a considéré

l'enfant de sa compagne comme le sien, d'être condamné au paiement d'une pension.

B) L'enfant lui-même.

L'enfant en GB dispose-t-il de droits en tant que personnes juridiques indépendamment des liens avec ses parents ?

Il bénéficie de droit : droit de ne pas être en esclavage, droit de ne pas être torturé, droit d'aller à l'école.

Question en jurisprudence ayant amené à déterminer si l'enfant bénéficiait d'autres droits, et bien souvent des droits qui s'articulent avec des refus. La jurisprudence anglaise a dû s'interroger sur la question de savoir si l'enfant avait le droit de refuser d'être polit. Non.

Est-ce que l'enfant a le droit d'avoir des relations sexuelles, de subir des opérations de chirurgie esthétique, est-ce qu'il peut refuser des soins, ou encore, est-ce que l'enfant a un droit à sa vie privée ?

En **1986** un mineur a demandé à avoir accès à la contraception. Elle exigeait contre la volonté de ses parents, et le juge après l'avoir auditionné a pu constater qu'elle avait un discernement suffisant et a accédé à sa demande.

En **2006**, un mineur a demandé à avorter. Le juge a prit position en faveur d'une mineure contre l'avis de ses parents.

En **2013**, en revanche une adolescente a saisi le juge car elle demandait que son mode de vie soit tournée vers le véganisme. Le juge a estimé que ce choix était extrême et cela révélait son immaturité dans son choix, le juge a refusé d'accéder à sa demande.

Section 2 : Le droit anglais des biens.

Le droit anglais des biens présente des points communs avec le droit français car il distingue avec les biens meubles et immeubles, entre les choses corporelles et les choses incorporelles.

Différence notamment au regard du droit immobilier. Pour une raison principale car le droit anglais immobilier est fortement inspiré du droit normand contrairement au droit français qui est fortement inspiré par le droit romain. C'est ce qui explique notamment des règles très étrange pour les pays de tradition romaniste par exemple : la protection de la propriété se règle bien plus souvent grâce à des règles de responsabilité délictuelle que grâce à des règles de droits des biens. Concrètement lorsqu'une personne tente de s'appropriier le bien d'autrui, le droit français trouve une solution à ce contentieux à travers un certains nombres de règles qui relèvent du droit des biens.

Le droit anglais ne tourne pas autour du titre de priorité, mais tourne autour de la valeur économique du bien.

I/. La propriété et la possession.

La possession est bien plus importante que la propriété.

- La possession c'est l'utilisation physique d'un bien.

En matière immobilière le sol ne peut pas faire l'objet d'une propriété privée. Néanmoins cette règle est devenue abstraite car pour contourner cette absence de propriété immobilière, les praticiens ont développé des conventions d'usage de très longue durée.

Celle de l'inventeur, la question est de savoir à qui appartient un trésor que je trouve dans le jardin de mon voisin ? Adage anglais : celui qui trouve qui garde, celui qui a perdu la chose qui pleure.

L'inventeur est celui qui est en meilleure position pour prétendre avoir des droits sur la chose. Encore faut-il faire des distinctions. Si le trouveur a trouvé un bien abandonné il en devient immédiatement propriétaire. En revanche si le bien semble avoir été perdu, et non pas abandonné, l'inventeur n'en devient pas propriétaire mais possesseur, il jouit d'un droit réel de possession sur la chose. À ce moment-là des devoirs lui incombent : il doit prendre les mesures raisonnables pour tenter de trouver le vrai propriétaire. Pendant ce temps il doit conserver la chose. Si malgré cela il ne trouve pas le vrai propriétaire alors il pourra la garder du moins jusqu'à qu'il y ait un meilleur possesseur qui se présente. En droit anglais ce qui compte c'est avoir tout la possession et tout doit se régler comme un conflit de possession.

Partie 2 : Le droit américain, la famille romano-germanique et le droit chinois.

PASCAL, 17ème siècle, Les pensées : « On ne voit presque rien, de juste ou d'injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Plaisante justice qu'une rivière ou qu'une montagne borne. Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà ».

PASCAL met l'accent sur le **caractère fluctuant, relatif du droit selon les Etats**. Le caractère relatif, fluctuant donne tout son intérêt au droit comparé.

L'absence de droit mondial va donner au droit comparé tout son intérêt.

- Le droit comparé va permettre notamment de suivre l'évolution d'une société. Ce droit peut servir de référence lors de l'élaboration d'un projet de loi.

Titre 1 : Le droit américain.

Bien qu'ayant reçu un certains nombres d'élément du droit anglais, de la common law, le droit américain va s'en **distinguer** du fait de son histoire. Beaucoup d'éléments font diverger l'ordre anglais et l'ordre américain notamment leurs structures constitutionnelle puisqu'un côté pour l'ordre anglais c'est une monarchie et de l'autre côté pour les USA logique de république et de fédéralisme.

Section 1 : Jalons historiques.

Plusieurs étapes marquent l'émergence du droit américain :

- L'implantation et le développement des colonies anglaises.
- L'indépendance des USA.

I/. L'implantation et le développement des colonies anglaises.

C'est **au 17ème siècle**, qu'apparaissent les **premières colonies anglaises**. Notamment on les voit s'implanter sur la *côte Est*, dans le *Maryland* ou en *Virginie*. La première colonie a été fondée en *Virginie* à **JAMESTOWN** en **1607**.

Ces premières colonies sont soumises au **droit anglais** en vertu du **calvin'case** jugé à **Londres** en **1608**. Le principe est que les **sujets anglais implantés sur des territoires sans droits transportent avec eux la common law**.

Un tempérament accompagne ce principe, la common law est applicable si elle s'avère appropriée pour régir les conditions de vies dans les colonies. En pratique, le tempérament va jouer plus que le principe, parce que dans les colonies, il y a peu ou pas de technicien du droit capable d'appliquer la common law. De plus, la common law, apparaissait aux colons anglais, comme un attribut, une représentation du pouvoir royal anglais, auquel beaucoup avait cherché à échapper.

Dès lors, face à la non application concrète du droit anglais, sera appliqué au 17ème siècle ce que **René DAVID** a qualifié de **« droits primitifs »**. Ce droit primitif reposait sur la **bible** et sur l'envie du praticien. **Pour palier l'arbitraire de la justice**, plusieurs colonies se sont efforcées de **codifier leurs droits** :

Massachusetts = 1634.	Pennsylvanie = 1682.
-----------------------	----------------------

Un tournant au 18ème siècle, ce siècle apporte un changement de mentalité. L'économie des colonies se transforment et les conditions de vie s'améliorent. On va avoir besoin d'un système plus structuré pour les échanges. La common law va alors faire son apparition attestant d'un soucis de liaison entre les USA et l'Angleterre. Un auteur, **BLACKSTONE**, va publier en Angleterre *Des commentaires sur les lois d'Angleterre* qui reprennent ses cours. 4 volumes qui sont publiés à la fin du 18ème siècle et vont être exportés vers les USA et vont permettre la diffusion de la common law.

L'indépendance des USA va marquer un vrai tournant dans la vie juridique américaine.

II/. L'indépendance des USA.

Proclamée le 4 juillet 1776, l'indépendance des USA va consacrer de nouvelles conditions.

Les 13 colonies se séparent de l'Angleterre, elles sont autonomes.

Deux logiques vont alors s'affronter quand à la conception du droit :

- La logique de droit d'une part.
- La logique de common law d'autre part.

2 textes essentiels doivent être cités : la constitution américaine et la déclaration des droits.

La constitution :

17 septembre 1787 : entrée en vigueur le 4 mars 1789 entre les 11 premiers Etats qui l'ont ratifié.

La déclaration des droits : *bill of rights*.

Elle est composée des 10 premiers amendements de la constitution américaine et a été adoptée en 1789 et elle a prit effet le 15 décembre 1791. Elle impose aux Etats fédérés de respecter des principes essentiels de civilisation des droits fondamentaux :

- La liberté d'expression, liberté de penser, de religion...

A côté de cette partie droit fondamentaux, cette déclaration pose le *droit pour les citoyens américains de détenir et de porter des armes* (2ème amendement). De plus, elle pose le droit d'être jugé par un jury. Se sont ajoutés 17 autres amendements (27 aujourd'hui), le 19ème amendement date de 1920 et ouvre le droit de vote aux femmes.

Le **juriste BENTHAM** a ensuite proposé aux 4ème président américain qui est MADISON (1809 – 1817) **d'accompagner ces deux premiers textes écrits**, d'un **code** qui serait propre aux Etats-Unis avec des règles de droit. Mais les USA ne suivront pas cette logique et opteront pour la common law à l'exception d'un Etat, la **Louisiane** : a été successivement soumise au droit français et au droit espagnol. Initialement la Louisiane était une colonie française. Avec le Traité de Fontainebleau en 1762 elle est cédée à l'Espagne. Elle est rétrocédée à la France en 1800 mais Napoléon la vend aux USA en 1803. **Depuis 1808 la Louisiane est dotée d'un Code civil.**

Les autres Etats se sont alliés à la common law, les raisons du succès de la common law :

- La communauté de langue.
- La renommée et la diffusion de la doctrine anglaise.

Les USA se sont inscrit dans la mouvance de la common law avec ses concepts, ses mécanismes et ses sources. Attention, le droit américain se distingue pourtant du droit anglais, on ne peut pas les superposer. L'histoire du pays, la configuration du pays ne permet pas la transposition systématique du droit anglais.

Angleterre.	USA
Île	Vaste continent
Monarchie	Logique de République
Population homogène	Population hétérogène
Pays de tradition, vieille nation.	Aspiration d'une nation nouvelle

Section 2 : Les structures et les institutions du droit américain.

Coexiste aux USA un droit fédéral (union de 50 Etats fédéral) et un droit des Etats. Les USA ont organisé **une répartition des pouvoirs**, entre des institutions fédérales (I) et les institutions étatiques (II).

I/. Les institutions fédérales.

A) Pouvoir exécutif. Article 2

En vertu de **l'article 2 de la Constitution**, le **Président des USA** est **investi du pouvoir exécutif qu'il va exercer seul sans premier ministre**. Le Vice-Président qui est le Président du Sénat américain est appelé à le remplacer le cas échéant : décès...

Le président est élu au **suffrage universel indirect**, pour une durée de **4 ans, renouvelable une fois**. L'élection du président **résulte du vote d'un collège de grands électeurs**. Les grands électeurs sont au nombre de **538** et ils sont **élus au suffrage universel dans chaque Etat par les citoyens américains**.

- Forcément le nombre de grands électeurs par Etat varie selon la population de chaque Etat. Les Etats peu peuplés : Montana, Vermont compte 3 grands électeurs. L'Etat le plus peuplé, la Californie en compte 55, le Texas en compte 38 et la Floride 29.

Le système va permettre d'arriver à l'élection d'un président qui est minoritaire par rapport au nombre de vote populaire. 3 millions de différence de votes entre **Trump** et **Hillary** à l'avantage de Hillary.

Le Président est chef des armées, de l'administration fédérale et de la diplomatie. Il dispose du droit de grâce mais uniquement des crimes fédéraux. Il négocie les Traités internationaux mais il ne pourra les conclure ou les finaliser sans le consentement des 2/3 des sénateurs. Il va nommer après avis et consentement du Sénat les juges des cours fédérales et notamment de la Cour Suprême.

B) Pouvoir législatif. Article 1

1. La composition et le fonctionnement du congrès.

En vertu de **l'article 1 de la Constitution américaine**, le pouvoir législatif revient au Congrès. Le congrès est composé de 2 chambres : **Chambre des représentants et Sénat**.

- **La Chambre des représentants est une représentation de la population des Etats fédérés** et comprend **435 membres** élus pour 2 ans, avec des mandats renouvelables.
- **Le Sénat va quant à lui représenter les Etats eux-mêmes** et comprend **100 sénateurs**, 6 ans renouvelables et renouvellement par tiers tous les deux ans.

Sur la procédure d'adoption d'une loi, un texte proposé devra être voté en termes identiques par les deux chambres du Congrès et faire l'objet d'une signature présidentielle. Si une divergence apparaît entre les deux chambres un processus de navette va s'instaurer et peut conduire à mettre en place une commission mixte de conciliation. Le Président dispose d'un droit de veto c'est à dire qu'il peut refuser de signer un texte du Congrès. Le Congrès peut passer outre ce veto, si les deux chambres votent le texte à la majorité des 2/3. La procédure est très peu utilisée.

2. Principaux domaines de compétence du Congrès

En vertu de **l'article 1 section 8 de la constitution**, le Congrès a principalement compétence pour :

- établir les impôts et les taxes pour assurer une défense commune
- réglementer le commerce international
- établir des lois uniformes sur un plan matériel, en matière de faillite
- battre monnaie
- organiser le service postal
- constituer une organisation judiciaire fédérale

Le **pouvoir judiciaire** et surtout la **SCOTUS** vont **veiller au respect des fondements juridiques des textes adoptés**. Un texte adopté par le Congrès pourra être déclaré inconstitutionnel s'il concerne une matière qui n'est pas spécifiquement attribuée au pouvoir fédéral. La **SCOTUS** a dès **1803** dans l'affaire **Marbury vs Madison** énoncé le principe du contrôle de constitutionnalité des lois même fédérales, par tout juge.

Concernant **l'impeachment**, c'est la procédure de mise en accusation prévue par la Constitution américaine, cette procédure va concerner en vertu de **l'article 2 section 4 de la Constitution**, le **président, vice président et hauts fonctionnaires**. L'objectif c'est d'aboutir à une destitution et à une condamnation pour trahison, corruption, et autres crimes et délits majeurs. La procédure apparaît à l'article 1 section 3 de la Constitution américaine. Il y a une répartition des pouvoirs entre la chambre des représentants et le Sénat. La procédure de mise en accusation est du pouvoir de la chambre des représentants, le vote se fait à la majorité simple. Le jugement va avoir lieu devant le Sénat, si le président est jugé, la présidence du sénat, va être assurée par le président de la SCOTUS. **La culpabilité sera reconnue en cas de vote des 2/3 des sénateurs présents le jour du vote.**

C) Pouvoir judiciaire

1. Organisation générale Article 3

Fixée par **l'article 3 de la Constitution**, la section I de l'article va préciser que **le pouvoir judiciaire des USA est confié à une cour suprême, et à des cours inférieures**. Se dégage donc l'organisation hiérarchisée : l'ordre juridictionnel fédéral est donc composé avec au bas de l'échelon les **cours de district**, puis les **cours d'appel fédérales**, et au sommet la **SCOTUS**. Le pays a été **divisé en 94 districts**, qui sont en fait des circuits judiciaires, comportant chacun une cour de district. Il existe ensuite **13 cours d'appel fédérales**. **La SCOTUS = organe de dernier recours.**

Concernant les conditions de nomination des juges de niveau fédéral → tous les juges de circuit fédéral sont nommés par le président américain, après avis et consentement du Sénat. Concernant les

compétences, les juridictions fédérales ont une compétence délimitée par l'article 3 de la constitution.

Les principales sont :

- Litiges liés à la Constitution américaine, aux lois fédérales et traités internationaux.
- Litiges concernant les ambassadeurs et personnels diplomatiques.
- Litiges entre Etats Américains.
- Litiges entre des citoyens américains ayant leur domicile dans des Etats Américains différents.

Les juridictions fédérales sont donc compétentes soit en raison de la nature de l'affaire, soit en raison de la personnalité des plaideurs

2. La SCOTUS

Elle est compétente pour connaître :

Conformité à la C° fédérale des lois fédérées ou fédérales.	Interprétation uniforme des grandes lois fédérales.
---	---

a. Composition

9 juges, nommés par le Président des USA, après approbation du Sénat. Les juges sont **nommés à vie**, mais ils ne sont pas inamovibles, ils demeurent en fonction tant qu'ils auront une bonne conduite. Ils peuvent aussi faire l'objet d'un impeachment.

Entre 1789 et 2000, 28 propositions ont été rejetées. Il est possible de citer le cas d'un candidat proposé par REAGAN mais que le Sénat n'a pas confirmé, **Robert Bork**, en 1987, parce que le juge **Bork** a été impliqué avec **Nixon** dans l'affaire du **Watergate**. Le juge Bork avait accepté pour arranger Nixon, de **limoger le procureur Cox** qui enquêtait sur le **Watergate**.

Les deux derniers juges nommés à ce jour sont : **Neil Gorsuch et Brett Kavanaugh** => tous deux ont été nommés par Trump en avril 2017 et octobre 2018. La désignation de Brett a fait l'objet d'une importante médiatisation, car accusé de tentative de viol par une de ses camarades de lycée, confirmé par le Sénat à une courte majorité. Ajd, on a 4 juges progressistes, et 5 juges conservateurs, sachant que la majorité est conservatrice. La difficulté ajd = des inquiétudes apparaissent quant à l'évolution de la jp de la SCOTUS, sur des sujets comme par exemple l'avortement, la peine de mort, l'évolution du port des armes à feu par les particuliers.

b. Le fonctionnement de la cour

La SCOTUS va choisir elle-même les affaires dont elle estime devoir se saisir. En règle générale, les décisions de la Cour font apparaître les positions des différents juges. Chaque juge expose donc son opinion personnelle sur une affaire. Il existe 3 types d'opinions possibles :

- **Opinion majoritaire** : rallie la majorité des votes des juges.
- **Opinion concurrente** : avis des juges qui soutiennent la décision de la majorité, mais pour des motifs différents de la majorité,
- **Opinion dissidente** : juges qui ne vont soutenir ni le dispositif, ni les motifs. Cette opinion dissidente est utilisée dans d'autres enceintes juridictionnelles telle la CEDH (affaire Lambert par exemple).

Exceptionnellement, la règle de l'individualisation des positions des juges peut exceptionnellement être écartée, cela implique que la décision de la SCOTUS, puisqu'on individualise plus, est réputée avoir été écrite par l'ensemble des juges d'une même voix. La décision est dite rendue « per curiam ». Cette solution rare est utilisée lorsque la Cour suprême ne souhaite pas que les opinions des juges soient identifiables, généralement pour des thématiques politiques. Ex : ainsi, la décision BUCKLEY v. VALEO de 1976 sur le financement des partis politiques pendant les campagnes électorales a été rendue « per curiam ».

Le président de la Cour suprême joue un rôle important sur l'évolution de la jurisprudence. Deux présidents très actifs, et ont marqué l'histoire de la Cour Suprême :

- chief justice Marshall (1801-1835)
- chief justice Warren (1953-1969)

L'actuel président c'est le chief justice Roberts, nommé à ce poste par Georges Bush en 2005.

II / Les institutions des États

Les 50 États américains sont chacun dotés de leur propre constitution qui est distincte de la constitution fédérale. Chacune de ces 50 constitutions va reprendre les 3 piliers fondamentaux, donc pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. En vertu du 10ème amendement, les 50 États américains sont donc souverains pour toutes les questions qui ne relèvent pas de la compétence fédérale.

A) Pouvoir exécutif et pouvoir législatif

1. Pouvoir exécutif

Concernant le pouvoir exécutif, dans chaque État, le pouvoir exécutif est assuré par un **gouverneur**, qui va être **élu au suffrage universel direct**. Beaucoup de constitutions prévoient un mandat de 4 ans renouvelable 1 fois. Au Vermont, mandat de 2 ans seulement.

Les gouverneurs vont nommer en général les fonctionnaires de leur État, ils disposent du droit de grâce pour les crimes fédérés, comme le président des USA, un gouverneur dispose d'un droit de veto, à l'égard des lois votées par le parlement de son État.

2. Pouvoir législatif

a. Fonctionnement

Dans tous les États, **le parlement va élaborer la loi**. Chaque parlement comprend une **chambre basse** et une **chambre haute**, avec une petite exception, pour le **Nebraska**, le parlement est monocaméral.

La chambre haute s'appelle toujours le sénat, « senate ».

Le nom de la chambre basse varie, en Californie on parle d'« assembly », dans le Maryland, on parle de « house of delegates » et en Louisiane on parle d'« house of representatives ». Les parlementaires de la chambre basse élus au suffrage universel direct disposent en général de mandat de 2 ans renouvelables, les sénateurs sont quant à eux en principe élus pour 4 ans.

b. Les divergences législatives étatiques

Les législations étatiques présentent de profondes divergences :

- **La peine de mort.**

Elle existe dans la majorité des États américains, le Texas réalise la plus grande partie des exécutions.

- **La GPA.**

Certains États l'ont consacré (Californie, Minnesota) et d'autres la refusent.

- **La fin de vie.**

La **SCOTUS** a posé **2 principes essentiels**, à la faveur des **arrêts WASHINGTON vs HAROLD GLUCKSBERG** /// **VACCO vs QUILL**, rendus en **1997**. Par ces arrêts, la Cour a affirmé :

➤ Pas de droit constitutionnel à l'aide au suicide assisté par un médecin.

Les lois des États fédérés qui interdisent l'aide au suicide ne sont pas inconstitutionnelles au regard du 14ème amendement. Cet amendement prévoit qu'aucun État ne pourra priver une personne de sa vie, de sa liberté, ou de ses biens sans procédure légale régulière.

Remarque : les deux décisions de la **SCOTUS** doivent être rapprochées de **l'arrêt Pretty c/**

Royaume-Uni, CEDH, 2002. Faits : Mme Pretty était atteinte d'une maladie de Charcot neurodégénérative, qui entraîne progressivement la paralysie du corps. Mme Pretty en stade avancée de la pathologie, sans autonomie, souhaitait que son mari l'aide à mettre fin à ses jours, donc suicide assisté. Problème : le Royaume-Uni sanctionnait pénalement l'assistance au suicide. Après avoir épuisé les voies de recours interne, Mme Pretty s'est tournée vers la CEDH, en s'appuyant sur l'article 2 de la CEDH. **Pour elle, l'article 2 qui pose le droit à la vie aurait pour corollaire le droit de mourir.** La CEDH n'a pas suivi l'argumentation. Dès lors, la question des législations de fin de vie relève de la marge d'appréciation des États liés par la CEDH. Donc les positions de la SCOTUS et de la CEDH convergent ici.

Un regard porté sur les droits des 50 états américains va permettre de constater qu'**une infime minorité s'est dotée de ce que l'on appelle un *Death in dignity act***. Seul à ce jour ont adopté une loi de fin de vie l'**Oregon**, le **Vermont**, la **Californie**, **Hawaï**, et l'**État de Washington**. Un 6ème État le **Montana** accepte la pratique du suicide assisté légalisé par les 5 autres, sur le fondement d'une **décision de justice interne** (approche jurisprudentielle), rendue par la **Cour suprême du Montana (arrêt Baxter vs Montana 31 dec 2009)**.

Concernant le vocabulaire, il convient de distinguer : suicide assisté // euthanasie active // passive

Suicide assisté	Euthanasie active	Euthanasie passive
Fournir à la personne le moyen qui lui permet de mettre fin à sa vie.	Le médecin réalise l'acte qui met fin à la vie.	Le décès non instantané découle soit de l'arrêt des soins ou des traitements.

Les législations américaines reposent sur des conditions et une logique similaire. **Ces différentes législations s'inspirent du *Death in dignity act* adopté par l'Oregon le 27 octobre 1997** : texte de référence. **Le suicide assisté** tel que voté dans l'Etat d'Oregon se révèle **strictement encadré avec des conditions précises** :

- Le suicide assisté n'est d'abord ouvert qu'aux personnes qui résident dans l'Etat d'Oregon.

Comment est-ce que l'act a déterminé la fixation de la résidence ?

La preuve de la résidence va pouvoir être rapportée par 4 moyens :

- La possession d'un permis de conduire délivré dans l'Etat.
- L'inscription sur les listes de vote dans l'Oregon.
- La personne concernée possède ou loue une propriété en Oregon.
- La paiement d'impôt dans l'année concernée dans l'Etat d'Oregon.

Si la preuve de la résidence est rapportée, la personne concernée doit être âgée d'au moins 18 ans, être capable et s'être vu diagnostiquer par 2 médecins une maladie incurable.

Le patient doit être en phase ou en stade terminal de la pathologie et avoir une espérance de vie limitée à 6 mois.

La **demande de suicide assisté doit revêtir une forme écrite**. La demande doit être signée et datée par le patient et cosignée par 2 témoins au moins qui vont attester que le patient agit volontairement et qu'il n'est pas contraint à signer. Une des personnes qui va cosigner la demande ne doit pas présenter un lien de proximité trop fort avec la personne. Un des témoins ne devra pas être :

- Un parent du patient.
- Un possible successible.
- Une personne qui travaille dans le centre médical ou le demandeur au suicide assisté.

La législation élaborée en Oregon est reprise dans les autres Etats, présente d'incontestable garde-fous ayant pour objectif les dérives du système.

Concernant l'évolution des législations de fin de vie, il convient de citer ici le cas de **Britanny Maynard** : cette jeune femme a décidé de médiatiser sa fin de vie en **2014** et d'en faire un plaidoyer en faveur du suicide assisté. La médiatisation s'est faite via un site qui diffusait des vidéos et un blog dans lequel elle expliquait ses choix et ses difficultés. Atteinte d'une tumeur au cerveau elle ne pouvait pas accéder au suicide assisté dans son état de résidence la Californie, elle a donc du déménager dans l'Oregon. Après son décès en 2015, la Californie a légalisé le suicide assisté.

- **Torts.**

Dans le **domaine de la responsabilité extracontractuelle** cela génère un nombre important de procès au USA. Ce qui va nous surprendre juriste français est **le montant des dommages-intérêts alloués**.

Il est possible d'envisager 2 grands types de responsabilité extracontractuelle :

- La première : repose sur une logique de négligence.
- La deuxième : la responsabilité sans faute.

Négligence

La logique de négligence repose sur un **comportement qui va créer un risque déraisonnable de préjudice**. **Est pris en considération le comportement de l'homme** qui va se positionner en dessous d'un seuil acceptable pour la sécurité et la protection d'autrui. Pour **Alain LEVASSEUR** le concept de négligence peut être décrit, présenté, comme le fait que « *l'auteur du dommage, a faillit à son*

devoir d'agir avec mesure et prudence ». 2 éléments sont analysés lors d'une action en négligence :

Le devoir de prudence.	Le lien de causalité.
------------------------	-----------------------

1. Analyse du devoir de prudence.

Cela correspond au comportement qu'une personne raisonnable aurait du adopter dans la situation d'espèce. Pour apprécier le comportement de l'auteur des faits, les tribunaux américains vont utiliser 2 critères :

- **Critère in abstracto** : C'est celui de *l'average reasonable man*.
- **Critère in concreto** : Réservé à des situations particulières, comme par exemple à un mineur ou un majeur qui est atteint d'une incapacité.

Les juridictions des Etats fédérés peuvent trouver dans les textes législatifs ou réglementaire le fondement de la sanction ; ce sera par exemple le cas pour les infractions à la législation pour la conduite automobile.

Dans les domaines non couvert par des textes de lois, les juges doivent dégager l'obligation de prudence : ils s'appuient sur des précédents ou bien ils vont forger la notion en fonction des faits de l'espèce. Les juges américains ont dégagé un devoir de prudence pour les établissements commerciaux : ils doivent garantir à leur client sécurité et protection.

2. Analyse du lien de causalité entre le préjudice et le non respect de l'obligation de prudence.

La charge de la preuve incombe au demandeur. Ce demandeur doit prouver 2 choses :

- **L'action de l'omission du défendeur est la cause matérielle du préjudice : cause in fact.**

La preuve va être rapportée a contrario par un argumentaire inverse, négatif. Que se serait-il passé si le défendeur avait été prudent et non négligent ?

Si le préjudice était survenu même en présence d'un comportement prudent, raisonnable la responsabilité n'est pas engagé. **Exemple** : un piéton est renversé par un piéton qui roulait à vive allure. Si le conducteur démontre que le piéton s'est volontairement jeté sur sa voiture la question de la vitesse est sans importance.

- **La cause supposée du préjudice est directement à l'origine de ce préjudice : cause directe.**

La tribunal doit se demander si une personne dans la situation du défendeur aurait pu prévoir que l'acte ou l'abstention allait générer le préjudice.

De la même façon une personne qui a accepté un risque sciemment n'engage pas la responsabilité : soit l'hypothèse d'un match de baseball, un spectateur reçoit la balle. La situation fait que l'on accepte le risque éventuel.

La responsabilité sans faute. *Strict liability*

La responsabilité sans faute va être admise par les tribunaux américains face à une activité particulièrement dangereuse. La preuve de la négligence ne doit pas être rapportée par le demandeur. Le demandeur devra prouver que le préjudice qu'il a subi découle de l'activité anormalement dangereuse du défendeur. L'activité anormalement dangereuse est appréciée par les tribunaux américains d'après différents critères

- Le degré de risque de l'activité.
- Le caractère habituel ou exceptionnel de l'activité.
- La possibilité ou non d'éliminer le risque.

Ont été jugé particulièrement dangereuses des activités telles que *l'utilisation d'explosifs pour détruire des bâtiments // les sondages particuliers*.

Il existe une forme très largement admise de responsabilité sans faute, celle du fait des produits. Le fabricant d'un produit est responsable de plein droit lorsque son produit ne peut pas être utilisé normalement sans risque excessif. Le produit est alors considéré comme ayant un défaut qui va générer le risque. Le défaut du produit peut découler des conditions de la fabrication, de la présentation, d'une notice insuffisamment détaillée quand au danger lié à l'utilisation du produit.

Si le produit a été utilisé à des fins étrangères de son utilisation normale. Le fabricant peut se défendre grâce à l'argument d'usage abusif.

Les tribunaux peuvent également appliquer en matière de responsabilité du faits des produits la théorie du partage de responsabilité : on va minorer les d-i accordés à la victime.

• Dommages-intérêts.

L'indemnisation aux USA repose sur 2 grands types de D-I qui peuvent se cumuler : Les D-I compensatoires // Les D-I punitifs.

Les D-I compensatoires : compensatory damages

Ils tendent à réparer un préjudice matériel ou moral :

- Les DI compensatoires accordés pour les *dommages physiques* et ceux accordés à un *dommage à un bien*.

La réparation des préjudices aux personnes peut prendre 3 formes :

- Indemnisation des *dépenses médicales*.
- Indemnisations des *préjudices moraux et physiques*.

- Indemnisation des *pertes économiques*.

Les préjudices commis sur les **biens**, les juges disposent de 2 méthodes de calculs :

- Ils peuvent calculer la valeur diminuée du bien et payer la différence.
- Calculer la valeur de remplacement et de réparation du bien.

Les D-I punitifs : punitive damages

Les DI punitifs peuvent s'ajouter et permettre d'apporter une indemnisation complémentaire lorsque s'est **manifesté un comportement particulièrement répréhensibles**.

Pour les entreprises, violation aux règles protectrices de l'environnement ou bien encore le fait d'avoir commercialiser des produits défectueux ou dangereux.

Les DI punitifs peuvent conduire à des abus car ils disposent très largement le montant effectif réel du préjudice ressenti. La cour suprême des USA est parfois appelée à rappeler que les montants sont excessifs.

Affaire BMW vs Gore : un particulier a acheté aux USA une BMW neuve. La filiale américaine qui a vendu a maquillé une éraflure. Le client a porté l'affaire en justice, la juridiction accordé 4 000\$ aux titres de dommages et intérêts compensatoires. Au titre des DI punitifs, puisqu'il y avait eu comportement fautif du vendeur, 2 000 000\$. Le vendeur a fait appel et l'affaire s'est retrouvée devant la cour suprême. **La cour a posé 3 critères qui devraient guider les tribunaux lors de l'attribution de DI punitifs :**

- Le degré de gravité de l'acte reproché.
- La prise en compte de la disparité de la différence entre les DI compensatoires et punitifs.
- Comparer les DI punitifs et les sanctions que la loi peut prévoir pour une conduite comparable.

Un modèle de loi uniforme a été élaboré en 1996 par la conférence nationale des commissaires. Ce modèle concerne les DI punitifs et permettrait s'il était adopté d'encadrer et de limiter le montant des DI punitifs.

2 illustrations sur les tords :

Affaire Monsanto.

Société qui commercialisait le Round Up : désherbant qui contenait un composant le « Glyphosate ».

Il y a un débat sur la dangerosité de ce composant.

Une affaire a défrayé la chronique américaine, **procès de JOHNSON** :

JONHSON était un jardinier qui pendant de longues années a utilisé le Round up dans le cadre de

son travail. Il a développé un cancer. Action en justice en essayant de demander des dommages-intérêts liés à la dangerosité supposée du produit. Monsanto avait été racheté un peu avant par Bayer. Dans ce procès plusieurs étapes ;

Première étape : nous sommes en Californie, un jury va condamner Monsanto à verser 289 millions de dollars à Johnson. Dans ces 289, 39 millions de dollars sur les dommages-intérêts compensatoires et 250 aux titres du punitifs.

Les jurés ont déterminé dans cette première décision que Monsanto avait agit avec malveillance car elle n'avait pas informé de la dangerosité du produit. Bayer a fait appel et l'élément qui justifiait l'appel était que le Glyphosate ne causait pas de cancer et ne pouvait pas être à l'origine du cancer, ils jouaient sur le doute.

- Dans une décision rendue en octobre 2018, réduction importante des dommages punitifs : 39 millions.
- En mars 2019 Monsanto bayer a fait l'objet d'une nouvelle condamnation par un tribunal californien. Même logique, une personne avait développé un cancer simplement la différence est que lui avait utilisé pendant 30 ans l'herbicide à titre privé.

Cigarettes électronique.

Aux USA depuis quelques mois, des pathologies pulmonaires graves se sont manifestées chez des fumeurs de cigarettes électroniques. Au 4 octobre 2019 il y avait 1000 cas enregistrés, dont 18 décès. **Attention :** 80% des cas au moins sur les 1000, concernaient des personnes qui avaient détournés l'usage des cigarettes électroniques pour y mettre des produits huileux contenant du THC et ces produits étaient achetés au marché noir.

Aux USA étude faite sur les adolescents, 27,5% vapottes, population à risque.

San Francisco a totalement interdit la cigarette électronique. Les USA réfléchissent à interdire les cigarettes aromatisées. Cela ne vas pas régler le problème des circuits parallèles.

B) Le pouvoir judiciaire.

Chaque Etats fédéré, dispose de son propre système judiciaire autonome. La hiérarchie classique retenue par la majorité des Etats reposent sur 3 types de juridictions :

<i>En bas de l'échelle.</i>	<i>2ème degré.</i>	<i>Dernier degré.</i>
Juridiction de 1ère instance.	Cours d'appel	Chaque Etat à sa Cour Suprême

Concernant la procédure les tribunaux de 1ère instance sont juges du fait, ce qui est une marque de fabrique américaine ; les Etats fédérés reconnaissent le droit à tout justiciable d'être jugé en matière civile comme en matière pénale par un jury populaire (6ème, 7ème amendement pour le droit au jury).

Les juridictions d'appel vont quant à elle connaître uniquement le droit et ne comprennent pas de jurys.

Les cours suprêmes vont assurer l'uniformité du droit de leur Etat.

La procédure aux USA est de type accusatoire, ce qui implique que les règles de procédures vont reposer sur les parties aux litiges. Concrètement, les avocats des parties en présence présentent leurs versions des faits pour convaincre la juridiction.

Dans la majorité des Etats américains, **les juges sont élus au suffrage universel** d'après des modalités variables d'un Etat à l'autre.

Section 3 : Les sources du droit américain

Le droit américain comme le droit anglais accorde une place importante à la **jurisprudence** (I/). Le droit américain se distingue pourtant de son ancêtre britannique par la place qu'il a laissé à la loi et par le jeu initial de la Constitution et la déclaration des droits (II/). La coutume y joue enfin un rôle résiduel.

I/. La jurisprudence.

Reposant sur la tradition de Common Law, **le droit américain accorde à la jurisprudence un rôle important dans la formation du droit**. Une divergence existe entre droit anglais et droit américain en ce qui concerne la force du précédent. Un élément structurel, constitutionnel, doit être pris en compte, il s'agit de la structure fédérale du pays.

- Les juges étatiques américains des 50 Etats, sont soumis au précédent issus de leur Etat.
- Les juridictions fédérales quant à elles, sont liées par les décisions antérieures émanant du système fédéral.

La jurisprudence d'une cour d'appel fédérale ne s'imposera qu'à elle-même et aux tribunaux de districts relevant de son circuit. Cela veut donc dire qu'au niveau fédéral il y a 13 circuits jurisprudentiels distincts.

Un autre élément vient opposer le système jurisprudentiel américain du système anglais.

Aux USA le revirement de jurisprudence est admis bien plus largement qu'en Angleterre. **La Cour suprême des USA** fait évoluer sa jurisprudence en modifiant l'interprétation de la Constitution, cette souplesse d'interprétation *permet une évolution du droit en fonction de l'évolution de la société*. La même faculté de revirement se retrouve dans l'ordre juridictionnel des Etats fédérés.

Il convient de préciser qu'une institution privée connue sous le signe **ALI : *American Law Institute***, joue un rôle important en systématisant la jurisprudence. Plusieurs ouvrages les **Restatements** ont été rédigés dans différentes matières : *le droit des contrats / le droit des biens / le domaine des torts / le DIP*. Il donne une vue d'ensemble d'une matière et permet d'assurer l'unification du droit. Les ouvrages recensent les décisions essentielles des juridictions américaines et sont fréquemment cités par les parties et par les juges.

L'ALI se compose d'universitaires et de juristes.

II/. La loi.

Les USA sont dotés de nombreuses sources législatives, les 50 fédérés et la source fédérale.

La Constitution américaine accompagnée de la Déclaration des droits, s'imposent au sommet de la pyramide des normes. Le **contrôle de constitutionnalité des lois a été posé dès 1803** par la Cour suprême des USA dans *'l'affaire Marbury vs Madison* :

- Ce pouvoir de contrôle appartient à tous les juges américains depuis la Cour suprême des USA jusqu'aux tribunaux étatiques de première instance.

Composé de 50 Etats, chacun source de droit, le droit américain présente de multiples diversités. Il existe cependant des **facteurs d'unification qui limitent les divergences trop marquées**. 2 facteurs :

- Le premier facteur est à rechercher au niveau fédéral, les matières réservées au pouvoir normatif fédéral, au congrès des USA, permettent d'instaurer des lois uniformes.
- Plus indirectement, l'influence fédérale va se faire sentir par le contrôle de constitutionnalité des lois des Etats fédérés opéré par la cour suprême des USA.

Exemple :

Le respect de la vie privée posée par le 14ème amendement de la Constitution a permis d'interdire aux Etats fédérés de priver la femme de la possibilité d'avorter. La première décision ayant permis cette décision, c'est *l'arrêt Roe vs Wayde rendue en 1973*. Cette jurisprudence repose sur une logique de gradation dans la législation selon les trimestres de grossesses.

- ♥ Dans les 3 premiers mois de la grossesse, l'avortement est libre, impossibilité de poser des restrictions.
- ♥ Du 3ème mois au 6ème mois, les Etats peuvent restreindre l'avortement.
- ♥ Pendant le dernier trimestre il peut être interdit.

En 1992, la cour suprême des USA s'est de nouveau prononcée sur la question à la faveur d'un *arrêt, Planned Parenthood* elle distingue 2 périodes dans la grossesse :

- ♥ Les 5 premiers mois, la législation peut imposer des conditions aux restrictions.

Pour les mineurs, que les parents soient prévenus, ou que le conjoint soit averti.

- ♥ Durant les 4 derniers mois, possibilité d'interdire sauf en cas de danger pour la vie de la mère.

La cour suprême début octobre 2019 a accepté d'examiner la loi de l'Etat de Louisiane relative à l'IVG. Les médecins qui acceptent de pratiquer une IVG doivent d'après cette loi avoir l'autorisation d'exercer dans un hôpital situé à moins de 50km du lieu où l'IVG va être pratiqué.

Les conditions posées par cette loi s'avère restrictive et limite l'accès géographique à l'IVG. Il y a 3 ans le Texas avait adopté une loi identique que la Cour Suprême avait alors jugée inconstitutionnelle. Depuis 3 ans, Trump a nommé 2 juges conservateurs.

Les couples de personnes de même sexe.

Dans une décision de 2003, *Lawrence vs Texas*, la Cour suprême des USA a autorisé les relations de personnes de même sexe en les dépénalisant. Plus récemment à la faveur d'une décision de 2015, *Hobergfell vs Hodges*, la Cour suprême des USA a décidé que les couples homosexuels ont le droit de se marier. Cette décision s'appuie sur le 14ème amendement à la Constitution qui prévoit l'égalité de traitement des citoyens américains.

La peine de mort.

La Cour suprême des USA a été appelée à se prononcer à diverses reprises. Les condamnations à mort font l'objet devant la haute cour américaine de pourvoi qui entraîne des attentes assez importante.

À la faveur de l'arrêt *Atkins vs Virginie en 2002*, la cour suprême des USA a indiqué que les malades

mentaux au moment de la commission des faits ne doivent pas être condamnés à mort.

Cour suprême des USA, *2015, Glossip vs Gross* : ce recours avait été formé par plusieurs condamnés à mort dans l'attente qui dénonçaient l'utilisation du midasolame en combinaison avec des substances létales. La Cour suprême avait en effet été saisie par des condamnés à mort américains qui craignaient de mourir dans des souffrances intolérables contraires à la Constitution américaine (le 8ème amendement interdit les châtiments cruels). Il existe des précédents d'injections létales qui se sont très mal passées : 3 condamnés qui sont décédés respectivement, 23, 43 et 117 minutes dans des souffrances terribles avec oppressions et étouffement.

Le midasolame mit en cause est un anxiolytique qui est utilisée en France dans le cadre de la sédation profonde.

- La Cour suprême n'a pas accédé la demande et a jugé que la méthode d'exécution constitutionnelle parce que les demandeurs n'avaient pas rapporté la preuve d'un risque substantiel, avéré, de souffrances liés à l'utilisation du produit.

Les difficultés en approvisionnement en substance létale sont telles pour certains Etats que certains sont revenus à la chaise électrique, ou pire encore, l'Utah depuis 2015 utilise le peloton d'exécution.

Au titre des éléments de rapprochement il convient de citer les *lois modèles* qui sont proposées à tous les Etats fédérés par un organisme national qui s'appelle la conférence nationale des commissaires aux lois étatiques uniformes. Cette conférence regroupe plus de 300 juristes désignés par les gouverneurs des Etats. Des lois modèles ont ainsi été élaborés dans des domaines très divers ; domaine du délit, adoption, commerce électronique, tords, circulation de justice entre Etat.

- Une de ces lois modèles a connu un véritable succès, elle est devenue le code de commerce uniforme. Les Etats l'ont adopté avec quelques amendements locaux.

III/. La coutume.

La coutume en droit interne : Reconnue et consacrée par le Code de commerce uniforme

La coutume internationale : la Constitution américaine ne l'a mentionne pas.

Dès lors existe un débat doctrinal avec 2 courants.

Pour certains auteurs : la coutume internationale serait d'application directe dans l'ordre américain.

Ces auteurs s'appuient sur 2 décisions de la Cour suprême USA :

- **1815, The nereide** : la cour a précisé qu'elle était liée par le droit des gens qui fait partie du droit du pays.
- **1900 The paqui habana** : la cour a indiqué que le droit coutumier international fait partie de notre droit

D'autres auteurs s'appuient sur une interprétation exégétique de la Constitution : pour eux, la coutume internationale pour être dotée de valeur devrait être intégré dans un texte de loi.

Titre 2 : La famille romano-germanique.

La famille romano germanique englobe différents droits qui plongent leur racines dans le droit. Quand on parle de romano germanique on parle de véritables tradition continentale. Cette tradition a vu le jour au 12ème siècle, notamment avec le développement des universités européennes.

- L'Angleterre s'est désolidarisée des autres Etats européens pour connaître un développement juridique autonome, indépendant qui repose sur la common law.

La tradition continentale, dont l'influence romano germanique a très largement dépassé les frontières européennes. Cela veut dire qu'elle s'est étendue par le jeu des conquêtes de la colonisation à certains pays d'Afrique, d'Asie, à une partie d'Amérique Latine.

L'expression romano-germanique impose une explication préalable : Quand on regarde sa structure, elle se compose de la juxtaposition de romano et germanique, créant une impression de division au sein d'une même famille. Il existe 2 courants d'influence :

- Les Etats dans lesquels la réception du droit romain a été très marquée
- Et ceux dans lesquels la réception s'est doublée de l'intégration conjointe de coutume d'origine germanique.

Un auteur Gilles CUNIBERTI s'interroge, se demande si la juxtaposition de ces vocables romano germaniques ne trouve pas son origine dans l'histoire difficile et la succession de conflits qui ont opposé notamment France et Allemagne entre 1870 et 1945. C'est une approche qui serait donc finalement basée sur quelque chose d'assez empirique. Du côté anglo-saxons, l'unité est loin d'avoir été affecté par ces deux courants. Les comparatistes anglo-saxons ne retiennent qu'une famille : celle de la civil law.

Chapitre 1 : Histoire de la famille romano-germanique.

Section 1 : L'émergence du droit dans la Rome Antique.

I/. Apparition et rayonnement de l'empire Romain.

Selon la légende, Rome aurait été fondée en **753 av JC** par des jumeaux **Romulus** et **Rémus**. Cette création mythique de la ville est relatée par l'écrivain **Tite Live** dans son œuvre qui s'appelle **Ab Urbe Condita Libri**. (livres à propos de la fondation de la ville).

Les Jumeaux sont les fils d'une prêtresse du dieu Mars. Ils ont été abandonnées dans un panier sur le Tibre sur l'ordre de leur arrière grand père. Ils ont été trouvé au bord du fleuve par une louve qui les auraient allaités. Les jumeaux ont auraient souhaité la ville de Rome à l'endroit où ils ont été sauvé. Romulus s'installe sur le Mont Palatin. Son frère Rémus au sommet de Lavintin. Romulus est survolé par d'avantage d'oiseau (12) et va être considéré comme créateur, il délimite donc les contours de sa ville en indiquant que quiconque franchi est condamné à mort. Rémus s'amuse à franchir et est tué par son frère.

Rome a été au cœur d'une civilisation brillante qui a rayonné en Europe. Plusieurs peuples ont été soumis au système juridique romain générant une communauté de principe et de règles de droit. Rome a offert pour la 1ère fois, un système juridique structuré. Les notions sont classées, les différents contrats sont répertoriés et comparés les uns aux autres. Un véritable droit des biens va prendre forme et donc les attributs de la propriété sont dégagés. En **395**, **THEODOSE**, partage l'empire entre ses deux fils, distinguant ainsi Empire romain d'Occident et Empire romain d'Orient.

- Au 5ème siècle et 6ème siècle, l'Empire d'Occident va disparaître, il est démantelé entre différentes tribus barbares.

II/. La réalisation du corpus juris civilis.

Sous l'impulsion de l'Empereur **JUSTINIEN**, une œuvre de **compilation du droit romain** a été initiée à **Constantinople**.

Codex : en **529** a permit d'abord de codifier les constitutions, c'est à dire la législation impériale.

Parallèlement la technique juridique, la science du droit va prendre forme et devenir accessible grâce à 2 ouvrages :

<i>Digeste, 533</i>	<i>Institutes.</i>
---------------------	--------------------

Compile les consultations rendues par les juristes de l'époque.	Inspiré du travail de Gaius, auteur classique du 2ème,s.ap.J.C. Il est destiné aux étudiants.
---	--

A la mort de **JUSTINIEN** va s'ajouter un **4ème ouvrage de référence** : les *Novelles*. Elles recensent les nouvelles constitutions impériales, suite du Codex.

Ce corpus est un événement majeur de la civilisation européenne et permettra plusieurs siècles plus tard de redécouvrir la science juridique romaine. Il fondera donc la tradition romano-germanique.

Section 2 : L'affirmation de la famille romano-germanique.

Après la **période de déclin du droit ayant suivi la chute de l'Empire romain** et l'application par les divers peuples barbares de leurs propres coutumes, le renouveau de la science juridique sera amorcé au **11ème siècle**. Ce renouveau, initié dans les universités, se prolongera par le jeu du processus législatif et donc par l'œuvre de codification nationale.

I/. Les universités et la diffusion du droit romain.

C'est en Italie du Nord que le droit romain fait un retour remarquable. **Bologne** (*ville du nord/est de l'Italie*) est ainsi **le berceau de la redécouverte de ce droit structuré**.

Plusieurs documents attestent des enseignements de droit européen réalisés par des universitaires tels **Pepo** et **Irnerius**. Bologne deviendra ainsi le **centre d'un enseignement juridique reconnu, l'épicentre de la renaissance du droit romain**. L'extension de cet enseignement, au **12ème**, passera d'abord par plusieurs villes italiennes (Padoue) avant de s'implanter en Provence ou encore en Languedoc. Cette relance du droit romain est **favorisée par la compilation de textes et d'opinions juridiques que constitue le Digeste**, une des composantes du Corpus juris civilis.

La redécouverte des textes antiques donnera naissance à une pratique et à une **Ecole**, celle des **Glossateurs**. Cette Ecole repose sur **l'étude approfondie des textes, leur commentaire et leur annotation**. Il s'agit d'une méthode connue sous le nom de **glose**.

- Le plus célèbre des représentants de l'Ecole des glossateurs est **ACCURSE**

Dès la 2nd moitié du 13ème siècle, un courant plus moderne, moins conservateur, se détachera de la logique stricte de l'exégèse des textes romains. Son chef de file est l'italien **BARTOLE**. Le Corpus juris civilis, toujours analysé, sera adapté aux besoins juridiques de l'époque et de sa société.

Le retour de l'enseignement du droit romain dans les universités emportera une conséquence essentielle. La plupart des universités européennes (*italiennes bien sûr mais aussi espagnoles, allemandes, ou françaises*) **proposent à leurs étudiants un droit similaire**, des principes directeurs et généraux identiques. Un véritable droit commun, structuré et construit, de portée européenne, s'étend donc sur l'Occident.

II/. L'influence du droit romain dans les Etats européens.

L'influence du droit romain, donc sa réception par les Etats souverains, sera d'importance variable. Pourtant, les principes directeurs du droit né à Rome laisseront dans tous les pays concernés un ferment durable qui scellera la tradition romano-germanique. **Le droit romain va devoir coexister avec d'autres sources.** Les invasions barbares ont ainsi par exemple entraîné l'application du **principe de territorialité des lois :** s'appliquent donc les coutumes en vigueur sur le territoire concerné entraînant une juxtaposition de sources juridiques.

A côté du droit coutumier, il convient de citer le rôle joué par **le droit canonique** donc par le droit de l'Eglise. L'Eglise dispose en effet d'un pouvoir important. Elle a obtenu **pouvoir de juridiction dans divers domaines tels :**

- questions matrimoniales // questions successorales // quelques domaines du droit pénal

Il convient également de citer, au titre des sources concurrençant le droit romain, **la lex mercatoria,** donc la loi des marchands. La lex mercatoria présente un véritable caractère transnational du fait des échanges et des besoins du commerce international.

La réception de la logique du Corpus juris civilis se traduit ou se prolonge par une œuvre importante de codification.

III/. Le processus de codification.

La **codification** est destinée à doter les Hommes d'un **instrument permettant de garantir leurs droits et d'assurer une gestion rigoureuse et méthodique de la justice.** Initiée en Europe à la fin du 13ème et surtout au 19ème, elle se traduira par la rédaction de divers Codes dans les pays d'Europe occidentale :

Code napoléonien 1804	BGB en Allemagne 1896
-----------------------	-----------------------

Ce souci d'ordre, d'organisation que traduit la vague de codification a généré un **phénomène de morcellement, de désunion juridique des Etats**. Les règles communes reçues du droit romain ont été adaptées, transplantées dans des environnements culturels et politiques distincts. **Le droit romain, ciment d'un droit européen, s'est donc effrité au profit de particularismes nationaux.**

Ce phénomène naturel de division est intéressant à noter face à la logique **aujourd'hui** distincte amorcée dans **plusieurs enceintes européennes**. La **CEDH** constitue le socle commun, le creuset de principes généraux, transcendants, devant fédérer la législation des Etats ayant ratifié le texte, et s'y ajoute la jurisprudence de la CEDH (*GPA/ Droit à l'établissement de la filiation/ droit à l'identité*). De façon plus significative encore, **la construction européenne et le travail de rapprochement normatif issu de l'Union européenne tendent à rapprocher ce qui s'est désolidarisé**. La constante proposition de la Commission européenne d'un Code européen des obligations en est une flagrante illustration.

Chapitre 2 : Sources et caractères des droits de la famille romano-germanique.

La famille romano-germanique se caractérise d'abord par une **approche commune de la notion de droit**. Les diverses sources propres à cette famille constitue ensuite un champ d'investigation importante. France et Allemagne sont à l'origine de code, de structures différentes qui ont inspiré beaucoup de pays européens. Analyse de 4 droits contemporains romano-germanique ; *droit espagnol, italien, suisse, néerlandais*.

Section 1 : Les caractères du droit de la famille romano-germanique.

I/. Identité de l'approche de la règle de droit.

Loin d'être prévue comme la réponse ponctuelle à un pb juridique particulier, **la règle de droit** est appréhendée dans les pays de tradition de RG comme **une véritable règle de conduite**. Cela veut donc dire que la règle de droit est **abstraite** et **générale**, **elle va au delà de la matérialité des faits**.

Cette approche de la règle de droit **découle** largement de **l'influence de l'école du droit naturel**. Cette école s'est imposée à la suite des post-glossateurs et a culminé au **17 et 18ème siècles** dans son approche juridique mais aussi philosophique. **Elle a prôné l'adoption de règles générales et mis en avant l'entité humaine, ses droits innés, subjectifs**. L'école du droit naturel très largement relayé en

philosophie a exalté la mise en place d'un droit universel, immuable et transcendant. Elle a donc ouvert la voie à une réflexion sur la codification et l'inscription de droits essentiels.

Un des grands théoriciens du droit naturel est un néerlandais connu sous le nom de **Grotius** ou **Hugo de Groott** : 1583-1645.

Il y a déjà eu des prémices du droit naturel dans la pièce d'**Antigone** de **Sophocle** au **Vème siècle**. **Antigone** va décider de braver un interdit. Son oncle **Créon** a interdit à quiconque, sous peine de mort, d'offrir une sépulture décente à un des frères d'Antigone qui est **Polynice**. **Ce décret royal représente le droit positif**. **Antigone** brave l'interdit, donc le droit écrit, et décide de recouvrer son frère de terre en considérant qu'il existe des règles supérieures font que chacun a droit à une sépulture décente quelle que soient les circonstances de sa mort.

- ✓ elle symbolise la prise en compte de principes supérieurs qui vont à l'encontre du droit écrit posé par l'Homme

Donc Antigone décide de recouvrir son frère, on l'enterre vivant et le roi Créon est prévenu qu'en faisant cet acte, il y aura des conséquences. Donc essaye de la déterrer mais elle s'est pendue dans la caverne emmurée. Le propre fils de Créon amoureux d'Antigone se donne la mort.

Dans la logique d'écriture, de rationalisation des règles de droit, **la JP ne va pas remplacer la norme générale qui reste le référentiel du juriste romano-germanique**. **Le processus de codification est essentiel**. La conséquence principale dans la famille RG de la place du droit écrit, notamment des Codes, c'est l'existence, la réalité d'une prévisibilité pour les justiciables. Un juriste de la famille RG pourra aisément indiquer à son client la règle de droit applicable au cas qu'il lui est exposé.

II/. La communauté de concept et de division juridique.

Tous les pays de la famille romano-germanique **se caractérisent par un schéma commun d'organisation du droit**. **La summa divisio droit privé / droit public se retrouve de façon constante**.

Le **droit public** s'impose comme un **domaine autonome qui requiert des dispositions distinctes du droit privé**. L'intérêt général ne peut pas être appréhendé de la même façon que les intérêts particuliers. De même, de façon constante, des branches communes, des subdivisions similaires se retrouvent. Cela signifie que par exemple droit administratif et droit constitutionnel, droit de la procédure, droit civil, droit pénal vont trouver sans difficulté des correspondances dans les différentes États concernés.

2 auteurs **René DAVID** et **Camille JAUFFRET SPINOSI** indiquent : « *la même correspondance dans les catégories reçues se retrouve dans les institutions et dans les concepts entraînant la conséquence qu'aucune difficulté majeure, en règle générale, n'est éprouvée pour traduire du français en allemand, espagnol, italien, hollandais, grec ou portugais les mots du vocabulaire juridique* » → On a la **même communauté de terme** même si on n'a pas forcément le même droit de fond. L'identité sémantique juridique permet une **communication aisée** entre les différents juristes des pays de **tradition RG**. Cette communauté se retrouve particulièrement dans le domaine du droit des obligations. Ex : dans le système romano-germanique l'obligation est appréhendée de façon générale comme le devoir qui incombe au débiteur de donner, de faire ou de ne pas faire. Et cette obligation peut plonger ses racines dans un acte juridique ou dans un fait de l'homme.

Section 2 : Les sources du droit de la famille Romano-germanique.

I/. Le droit écrit au sens large, hiérarchie.

A) Dispositions constitutionnelles.

Elles s'imposent au **sommet de la pyramide des normes** et chaque pays de la famille RG s'est doté de dispositions constitutionnelles qui **posent les fondements de l'organisation étatique**. Les États se sont dotés d'un système de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

L'Allemagne et **l'Italie** ont **développé ces questions en réaction au phénomène de profonds bafouages des principes fondamentaux que leur Histoire et leur territoire ont connu.**

- En Europe continentale, la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi relève en principe d'une **Cour constitutionnelle spécifique** : la **France**, **l'Allemagne**, **l'Italie**, **l'Autriche**, **l'Espagne** ou encore **Chypre**.
- Au contraire, dans d'autres parties du monde, **tout juge peut déclarer une loi inconstitutionnelle** comme aux **EU** ou encore au **Japon**, **l'Amérique latine** (**Argentine**, **Brésil**, **Colombie**).

B) Traités internationaux.

2 systèmes possibles.

- Plusieurs États ont formellement consacré la **suprématie des textes internationaux dûment ratifiés** : la *France*, les *Pays-Bas* confèrent par principe aux traités une autorité supérieure à celle de la loi. (moniste)
- A l'inverse dualiste, **d'autres États exigent ou imposent qu'une loi interne soit adoptée pour intégrer un traité dans leur ordre juridique**. C'est le cas de *l'Allemagne* ou de *l'Italie*.

2 traités fondamentaux :

- **La CEDH** : est doté d'un effet direct pour les États qui l'ont ratifiée (*directement invocable dans notre ordre juridique devant les juridictions nationales*)
- **Primauté de l'ordre juridique euro** : rappelée par la ***CJCE, 1964, Costa c/. Enel***.

Plusieurs Cours suprêmes des EM de l'UE ont solennellement réaffirmé cette primauté de l'ordre juridique euro :

- ***France*** : Cour de cassation, 1975, Jacques Vabre // CE, 1989, Nicolo.
- ***Allemagne*** : Cour constitutionnelle, 1974, Solange.
- ***Belgique*** : Cour de cassation, 1971 ociété Fromagine franco-suisse.
- ***Italie*** : Cour constitutionnelle, 1973, Frontini.

C) La loi au sens strict

Concernant la loi stricto sensu, **sont ici concernées les lois ayant donné lieu à des Codes** qui se sont multipliés dans les pays de tradition romano-germanique au 19 et 20ème siècle. **Un Code est une compilation de normes qui a pour but d'atteindre un degré important de généralités.**

Le phénomène de codification reste vigoureux dans certains États :

- ✓ **Les Pays-Bas** se sont dotés depuis 1992 d'un nouveau Code civil
- ✓ **La Russie** a adopté en 1993 plusieurs codes notamment un Code civil et un Code pénal

Quand on parle de loi au sens large, au niveau de l'UE on aimerait avoir un Code de la consommation européen ou encore un Code des obligations.

Le droit écrit des pays de tradition romano-germanique englobe également, à côté de la loi stricto sensu émanant d'un Parlement, des règles élaborées par des autorités distinctes. Certaines de ces règles constituent des dispositions d'application qui viennent compléter, préciser les normes posées par le Parlement. Les autorités administratives ont donc compétence pour donner à la norme la précisions nécessaire à sa mise en œuvre effective.

II/. La jurisprudence.

A) Le rôle de la jurisprudence.

Une des différences majeures entre d'une part les pays de tradition romano-germanique et d'autre part États de Common-Law réside dans la place qui est faite à la jurisprudence.

Dans les pays romano-germanique, **le juge n'est pas doté d'un pouvoir normatif autonome.**

La place du juge est notamment décrite **art 1° Code civil espagnol. Art 5 code civil français :**

« Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

1er article al 1 : les sources de l'ordre juridique espagnol sont : la loi, la coutume et les principes généraux du droit Et, à **l'alinéa 6** une précision sur le rôle de la jurisprudence et donc l'office du juge
=> « la JP **complète** le système juridique avec la doctrine que la Cour suprême établit par la répétition en interprétant et en appliquant la loi, la coutume et les principes généraux du droit. »

- La jurisprudence vient donc éclairer, expliciter les normes juridiques sans disposer de l'étiquette normative

B) La forme des décisions de justice.

En règle générale, les décisions des juridictions des pays de tradition romano-germanique présentent un style commun. Les décisions sont en général brèves.

- Elles comportent un rapide résumé des faits et la visée à une norme générale abstraite.

Cependant, certains juges, comme les *juges allemands, suisses ou italiens*, vont se singulariser en introduisant et en discutant des décisions antérieures et des positions doctrinales.

De même, la possibilité d'introduire dans le jugement des positions dissidentes de juge est acceptée dans plusieurs pays européens :

- Certains pays acceptent les opinions dissidentes dans tous les types de jugements quelle que soit la juridiction qui le rend comme au Portugal, en Estonie, Danemark. D'autres États n'ouvrent cette possibilité qu'aux décisions de leurs cours constitutionnelles comme en Allemagne.
- La pratique des opinions dissidentes est interdite en France, en Belgique, en Italie, en Autriche Dans l'Histoire juridique, l'obligation de motiver les décisions est relativement récente. En

Italie, la motivation s'est développée graduellement au 16ème siècle et en France c'est en 1790 et l'Allemagne l'a imposé en 1879.

III/. La doctrine.

Praticiens et universitaires concourent à la réflexion sur le droit c'est-à-dire qu'ils commentent, critiquent, suggèrent. La diffusion de leurs idées est assurée par le relais des *revues juridiques, ouvrages, encyclopédies*. Ces idées atteignent le juge mais aussi le législateur par le jeu des rapports écrits ou par les commissions (ad hoc) de réflexion.

En Allemagne, beaucoup de décisions de justice citent les écrits doctrinaux c'est-à-dire l'interactivité jurisprudence-doctrine est constante => la décision prend en compte les auteurs et eux-mêmes critiquent la décision.

Deux auteurs **René DAVID** et **Camille JAUFFRET SPINOSI** se sont intéressés à la manière dont les auteurs français et allemands travaillent. Pour ces 2 auteurs, il existe une différence majeure, significative dans l'utilisation de la doctrine entre la France et l'Allemagne. La France préférerait les manuels et les ouvrages théoriques alors que l'Allemagne affectionne les codes annotés.

IV/. La coutume.

Le processus de codification, dans les pays de tradition romano-germanique, a **considérablement réduit le rôle et l'importance de la coutume**. La coutume va rester cependant un des éléments pouvant permettre de parvenir à une bonne application du droit. L'école Allemande et l'école française ont une approche distincte de la fonction de la coutume dans l'ordre juridique.

→ En **Allemagne**, comme en **Suisse**, *l'importance théorique de la coutume reste réelle mais le primat de la loi s'impose en pratique*.

→ En **France**, comme en **Italie**, la coutume va être appréhendée comme un élément dépassé ayant une vocation juridique supplétive. En pratique, la coutume permettra d'éclairer, compléter des concepts juridiques posés par le législateur. C'est un recours offert aux juristes pour assurer l'application concrète de concepts peu explicités par la loi. Ex : le délai raisonnable ou les souvenirs de famille

V/. Les principes généraux.

Il convient ici de rappeler brièvement le débat qui a opposé 2 courants de pensée antagonistes :

L'école du droit naturel :

Selon les tenants du droit naturel, il existerait des **principes supérieurs transcendants, qui s'imposent à tous**. Quand on parle du **jusnaturalisme**, on fait appel à un système subjectif qui se réfère à des valeurs morales qui sont extrinsèques au système normatif (au dehors du système normatif).

L'école du droit positif :

Il n'y a de droit que celui posé par l'Homme : système rationnel et objectif. Quand on parle d'école positiviste, on parle aussi d'école normativisme créée par **KELSEN** (1881-1973, autrichien) il a créé la hiérarchie des normes => chaque norme tire sa légitimité de sa conformité à la norme qui lui est supérieure.

<u>Positivisme</u>	<u>Jusnaturalisme</u>
Kelsen	Grossus
Système objectif fondé sur la pyramide des normes	Système subjectif qui fait appel à des valeurs morales extrinsèques, supérieures au système de droit posé

L'œuvre de codification de la famille romano-germanique n'a pas laissé de côté des concepts qui relèvent d'un idéal supérieur de justice. L'équité dans le droit s'impose comme une constante qui renvoie dans leurs codes à des concepts généraux, à des dispositions de droit naturel (des concepts vont modérer l'application automatique de la règle : ordre public ou bonne mœurs par exemple. Ne pas oublier le rôle essentiel de la CEDH qui structure un OP européen) ou qui confère au juge un pouvoir d'appréciation dans des situations données.

Section 3 ; Les modèles français et allemands.

I/ Les Codes de référence

Le **Code Napoléon**, dont l'influence a été très importante, constitue **le premier code moderne car il**

est clair en sa forme, de style concis, le Code civil va s'imposer sur le fond comme une passerelle entre tradition et modernité. Les 3 piliers du Code civil sont la *propriété*, la *liberté contractuelle*, et la *famille patriarcale* : reflet de la philosophie du 19ème qui oscille entre progrès et conservatisme.

Le **Code allemand** s'est imposé plus tardivement, il est entré en vigueur en **1900**. Il est présenté par beaucoup d'auteurs comme **un monument pour la science juridique**. Concernant le retard d'élaboration du BGB, il peut s'expliquer par 2 facteurs essentiels :

- L'Allemagne n'est réunifiée qu'en 1870.
- Il existait un conflit d'idée et d'approche entre les juristes allemands, ils ne s'accordaient pas tous sur la nécessité de rédiger un Code → **Thibaut** : le moment était venu de codifier assez rapidement /// **Savigny**, au contraire, le contexte politique n'assurait pas un processus d'élaboration serein.

Le BGB se différencie d'abord du Code civil par sa structure. Sa grande spécificité réside dans son **livre Ier** qui constitue la **partie dite générale**. Ce **livre contient une série de définition**, donc sorte de glossaire, de concepts et de principes généraux qui apparaissent ensuite dans le Code. Sont par exemple présentés, définis dans ce **livre Ier** des concepts directeurs comme la *personne juridique, qu'elle soit physique ou morale, le concept de déclaration de volonté qui peut être plurilatérale ou unilatérale, les différents principes qui président la notion de réparation*. 4 autres livres complètent le Code : Obligations, Biens, famille, successions.

Le Code civil allemand utilise une **langue souvent abstraite**, ce qui le rend plus difficile d'accès que le Code français. Ce code est en effet une véritable œuvre scientifique, qui repose sur une terminologie rigoureuse et une formulation détaillée.

Les principes sur le fond sont proches de ceux du Code français : ex : le consensualisme et la bonne foi s'imposent comme des règles essentielles.

II/. La spécificité du modèle allemand.

Le droit allemand se distingue du droit français sur différents plans, 2 exemples :

- l'importance du contrôle de constitutionnalité
- approche juridique distincte notamment sur les sources du droit

A) L'importance du contrôle de constitutionnalité

Les règles constitutionnelles vont s'appliquer :

Rapport entre les organes de l'Etat.	Rapports Etats – particuliers
--------------------------------------	-------------------------------

Concernant la Constitution, **le législateur allemand est tenu de respecter les principes fondamentaux qui ont été inscrits dans la loi fondamentale allemande, du 23 mai 1949.**

Quelques principes essentiels figurant dans cette loi fondamentale peuvent être cités :

Article 1	Article 3	Article 5	Article 9
Respect de la dignité	Egalité H et F, non discrimination	Liberté d'opinion.	Liberté d'association.

La Cour constitutionnelle allemande va connaître dès 1951 d'un nombre significatif d'affaires. Le CC en France n'a développé son activité que dans les années 1970.

B) Une approche juridique distincte

– L'absence de pouvoir normatif réglementaire autonome

En vertu de **l'article 80 al 1 de la loi fédérale de 1949**, le gouvernement fédéral, un ministre fédéral ou les gouvernements des lander, **peuvent être autorisés par la loi à édicter des règlements**. Cette loi doit déterminer le contenu, le but et l'étendue des autorisations accordées. L'article 80 de la LF **s'oppose donc à la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome**. Cette logique est donc opposée à l'article 37 de la Constitution française, article disposant que « *les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ».

– Le rôle de la doctrine

L'ordre juridique allemand se caractérise également par **l'importance qu'il accorde à la doctrine**, la doctrine dispose d'un poids bien plus considérable qu'en France, puisqu'elle *peut même figurer dans les décisions de justice*.

III / L'influence des droits français et allemands

A) Le Code Napoléon

La réception du Code français s'est **faite en Europe mais aussi dans d'autres régions du monde**.

En Europe, **le Benelux a reçu le Code civil**. La **Belgique** l'a conservé en modifiant certaines parties, sachant que l'interprétation jurisprudentielle a également singularisé l'ordre juridique belge. En droit de la famille et des personnes, le droit belge a présenté une évolution, une spécificité très nette par rapport au Code civil = sur ces plans, le droit belge s'inspire des pays d'Europe du Nord (ex : mariage homo autorisé bien plus tôt qu'en France, idem euthanasie active).

Les **Pays-Bas** se sont quant à eux doté d'un nouveau Code civil en **1838**, réformé depuis en **1990**. Idem pour le **Luxembourg**, qui dispose depuis **1890** d'un nouveau Code civil, resté relativement fidèle au modèle français. Beaucoup d'Etats européens sont aujourd'hui des États dits de droit mixte, soumis à l'influence du Code civil et à d'autres sources.

Hors d'Europe, le Code a eu une influence nette dans différents États du globe. Ce fût le cas d'abord dans les *colonies françaises (Maghreb, Amérique Latine, Libye, Thaïlande, Zair etc)*

B) Le BGB.

Important rayonnement dans les **pays d'Europe centrale : Ex yougo, Grèce, Japon...** L'influence du droit allemand, aujourd'hui, est importante dans le **domaine du droit des contrats** : toute une école allemande, avec un chef de file, **Pr VON BAR**.

L'influence du droit français comme du droit allemand n'a pas été unique. Les systèmes juridiques s'imposent très souvent comme le produit d'influences multiples, diverses, on parle alors de droit mixtes, avec plusieurs sources, plusieurs fondements de création du droit.

Section 4 : La multiplication des droits mixtes.

Pourquoi un Code va être regardé plutôt qu'un autre ? Comme le souligne le professeur **CABRILLAC** *Les codifications*, **l'influence d'un Code, de choix d'un modèle de codification va dépendre de différents facteurs :**

- la nouveauté d'un Code : attractif car contemporain
- le jeu des sympathies ou des aversions entre les pays : d'un point de vue politique, des régimes démocratiques vont fonctionner ensemble
- le rayonnement, l'aura de la doctrine d'un pays
- la proximité culturelle, sociologique avec un pays
- la qualité scientifique, la rédaction, le fond

Il est possible de citer au titre des droits mixtes les droits espagnols, italiens, suisse et néerlandais.

I/ Le droit espagnol

A) Rappels historiques

Dès 19 avant JC, l'Espagne sera province romaine. Elle va devenir territoire wisigoth au 5^{ème} siècle. En 711 la domination arabe s'est étendue sur l'Espagne, à l'exception de quelques territoires à l'extrême nord du pays (Catalogne, Aragon). L'Espagne sera soumise à 2 régimes juridiques d'influences distinctes : les populations du Nord de l'Espagne se voient appliquer un mélange de droit romain et de droit wisigothique, et le reste est soumis au droit musulman.

A partir du 13^{ème}, la reconquête progressive de l'Espagne permet une unification du droit applicable, par un mélange droit romain, droit canonique. Il convient de citer un ouvrage important, dans l'unification du droit espagnol, en Castille, le roi Alfonse X est à l'origine des *Sept Parties* contenant divers éléments de droit (*ex : un volet procédure, un volet succession, un volet droit civil*)

Le 15^{ème} siècle marque un tournant dans l'histoire espagnole, l'unité politique est amorcée, avec un mariage d'Isabelle de Castille avec Ferdinand d'Aragon, ce qui va entraîner une volonté d'unification juridique.

Au 19^{ème} siècle, le droit espagnol connaît un fort processus de codification, avec à l'origine de ce fort processus, la constitution de Cadix, adoptée en 1812. L'influence française va se faire sentir, notamment dans le *Code de commerce de 1829*, mais aussi dans le *Code pénal de 1848*.

- Postérieurement, des influences Allemandes et italiennes vont s'imposer

➤ La codification en matière civile va se révéler plus difficile. Le Code civil espagnol ne sera promulgué qu'en 1889, on y retrouve un plan proche du Code civil français.

Le Code civil de 1889, va rappeler que les droits civils régionaux continuent de s'appliquer prioritairement. L'idée c'est en effet que le Code civil espagnol a une valeur subsidiaire par rapport au droit foral. Vont disposer de règles autonomes, donc vont se séparer du Code civil : la Navarre, la Catalogne, la Biscaye, les Baléares, l'Aragon, la Galice etc.

Prenons l'exemple des régimes mat : le Code civil espagnol pose comme régime légal le même que la France, la communauté réduite aux acquêts. En vertu des droits foraux espagnols, si deux époux sont espagnols, en catalogne, le régime légal sera la séparation de biens, idem pour les Baléares, et pour la Biscaye au contraire la communauté universelle sera le régime légal.

B) Éléments de droit contemporain

Après la période franquiste, 1939-1975, les espagnols ont opté pour un État de droit reposant sur des principes démocratiques forts. La protection des droits fondamentaux est garantie par un contrôle de constitutionnalité efficace confié au tribunal constitutionnel. Le droit privé a connu quant à lui un souffle de réforme dynamiques.

1. La logique constitutionnelle

La **constitution du 27 décembre 1978** instaure un **État semi fédéral** organisé autour de **17 communautés autonomes**. Chacune dispose d'un pouvoir législatif et exécutif, le pays se présente comme une monarchie constitutionnelle, le véritable chef de l'exécutif est le premier ministre choisi parmi la majorité parlementaire.

Les **droits fondamentaux sont présentés de façon détaillés**, dans la **C° de 1978** et leur respect va être assuré par le **Tribunal constitutionnel** : **12 juges délégués désignés pour 9 ans**. Les membres sont désignés par des autorités différentes, la compétence du tribunal constitutionnel est étendue, elle englobe les litiges qui concernent le contrôle des normes ; mais également les litiges relatifs au rapport entre l'Etat les communautés autonomes.

- Il convient d'ajouter l'important recours que l'on appelle **d'Amparo**, ouvert aux **citoyens espagnols** : l'objectif est de faire constater par un particulier la violation d'un droit fondamental garanti par la constitution espagnole.

2. Les aménagements contemporains.

L'évolution du droit privé va être caractérisé après la constitution de 1978 par un vent de modernisation qui va souffler sur la législation espagnole.

Les aménagements procéduraux.

La procédure civile espagnole a fait l'objet **d'aménagements importants en 2000** car un **nouveau CPC a été promulgué** (l'ancien datait de 1881). C'est un code plus simple et plus contemporain. Les praticiens doivent bénéficier d'une procédure simplifiée, accélérée. Ce code marque le **passage** d'une procédure basée sur l'écrit, **à une procédure faisant une large place à l'oralité**.

Concernant l'organisation judiciaire, **4 ordres coexistent** avec un schéma proche de l'Allemagne ;

Ordre civil	Ordre pénal	Ordre administratif	Ordre social
-------------	-------------	---------------------	--------------

Une répartition est comme en Allemagne opérée entre les juridictions qui représentent les juridictions

autonomes et la juridiction nationale suprême.

Évolution du droit de la famille.

Le droit de la famille a d'abord été profondément remanié par une **loi de 1981**.

- L'homme et la femme sont placés sous un pied d'égalité.
- La distinction enfant légitime / naturel est abandonnée
- Une **loi de 2005**, autorise le mariage homosexuel et l'adoption consécutive d'un enfant.

L'insémination post-mortem.

Une **loi de 1988** a autorisé l'insémination post-mortem et le transfert d'embryon in utero.

En 1988, la filiation à l'égard du père biologique pouvait être établie si l'acte avait lieu dans les 6 mois du décès. Une loi de 2006 a étendu ce délai à 12 mois.

La législation sur la fin de vie.

Pas de suicide assisté, ni d'euthanasie active. L'euthanasie passive a été admise avec une amplification des soins palliatifs. Les directives anticipées sont prises en compte, elles doivent figurer dans le dossier médical du patient ainsi que sur un fichier national.

Le débat sur l'euthanasie active en Espagne a été relancée en 2019 après qu'un homme de 69 ans ait aidé sa femme à mourir. Cela repart dans le débat public et politique.

II/. Le droit italien.

Berceau du droit romain, l'Italie, va connaître dans son histoire des influences concurrentes avant d'arriver à sa forme actuelle.

A) Rappel historique.

L'Italie connaît la domination du droit coutumier après la chute du droit romain.

Du 12ème au 16ème siècle, l'Italie du Nord va connaître un essor économique considérable accompagné d'une reconnaissance intellectuelle et culturelle. Plusieurs branches du droit vont se développer de manière significative. Le droit pénal va se structurer, un des premiers ouvrages en la matière par **Alberto de Gandino** ; Tractatus de Maleficiis.

L'essor des cités italiennes entraîne le développement du droit commercial et du DIPitalien.

Au 18ème siècle, le juriste **BECCARIA** va rédiger le *Traité des délits et des peines*, il va donner une

nouvelle dynamique à la matière et cet ouvrage va avoir un retentissement important en Europe.

Il était docteur en droit à l'université de Pavie. Il a été très influencé par le siècle des Lumières français (Montesquieu, Diderot). Il s'est intéressé beaucoup au système judiciaire.

Il s'est d'abord intéressé au fondement et à l'encadrement du droit de punir, **il a mis en lumière un principe de proportionnalité de la peine au délit commis.**

Il a fermement condamné la torture et la peine de mort qui n'est ni utile ni nécessaire.

Il a mis l'accent sur la prévention du crime.

Avec la période Napoléonienne, le royaume d'Italie va être soumis au Code français. **L'Italie** va cependant se doter dès **1807** d'un **CPP**.

L'unification italienne de **1860** autour du royaume de Piémont Sardaigne entraîne l'application des codes de ce royaume. Va suivre ensuite un large mouvement de codification. En **1865** un **code civil** et un **CPC** sont promulgués. En **1889** un **code pénal** va être promulgué, ce code se différencie du code pénal français sur plusieurs aspects notamment :

- abandon de la peine de mort au profit des peines privatives de libertés.
- Classification bipartite des infractions. (délits / contraventions).

Ce code a connu un important rayonnement. Il a servi d'inspiration en Amérique Latine et il a été choisi comme Code modèle en Turquie par le premier président de la république turque.

Un code de commerce voit le jour en 1889.

Jusqu'à la fin du 19ème siècle l'influence française a été importante en Italie mais une évolution s'est produite au début du 20ème avec une attraction plus nette vers le modèle allemand.

Les événements de 1922, l'avènement du régime fasciste, les codes vont changer. Un code pénal et un code de procédure pénale sont adoptés en 1930 et un code civil est adopté en 1942 (toujours en vigueur). Ce Code attestait d'une originalité certaine puisqu'il intégrait des dispositions relatives à la responsabilité pour activité dangereuse et des dispositions du fait de la circulation des véhicules.

B) Le droit italien contemporain.

Les droits fondamentaux ont été consacrés par la **Constitution de décembre 1947**. La **Cour constitutionnelle italienne** ne fonctionnera qu'en **1956** : **15 membres nommés pour 9 ans**. Ces membres sont désignés par des autorités différentes (PR, Parlement). Cette Cour, dispose de différentes attributions, la plus importante et la plus active étant le *contrôle de constitutionnalité des*

lois.

L'organisation juridictionnelle repose sur la distinction entre deux ordres :

Ordre juridictionnel ordinaire	Ordre juridictionnel administratif
--------------------------------	------------------------------------

Au sommet des juridictions ordinaires se trouve la **Cour de cassation italienne** suivie hiérarchiquement les **cours d'appel** puis au premier degré **les tribunaux** ou les **juges de paix** selon l'importance ou le montant de l'affaire.

Sur les codes italiens récents, un **CPP est entré en vigueur en 1989**. L'adoption de ce code a été longue, les lignes directrices de ce code sont 3 grands principes fondateurs ;

- principes constitutionnels.
- La consécration des traités internationaux ratifiés par l'Italie.
- Le choix du principe accusatoire.

Si l'adoption d'un nouveau code a été envisagée dès la fin de la 2nd guerre mondiale, ce projet n'a pas encore abouti ce qui veut dire que le Code pénal ne fait l'objet de réformes partielles.

Le Code civil de 1942 n'a pas été modifié ce qui veut dire que l'œuvre jurisprudentielle est importante pour adapter le contenu.

C) Droit contemporains des personnes, de la famille et fin de vie.

L'Italie n'admet pas le mariage homosexuel de même sexe. L'Italie a créé en mai 2016 une **union civile réservée aux personnes de même sexe** mais qui n'est pas assimilée au mariage. Cet union civil permet de porter le nom du conjoint, impose une assistance morale et matérielle, ouvre le droit au bénéfice de la pension de réversion.

- Cet union civile ne permet pas l'adoption de l'enfant du conjoint.

L'Italie n'admet pas l'insémination post-mortem et le transfert d'embryon.

Concernant le cas particulier de la législation de fin de vie :

- **Le droit positif ;**

Par une **loi de 2017**, l'Italie a autorisé la **sédation profonde**.

L'euthanasie active est interdite, elle est considérée comme un homicide volontaire.

Le suicide assisté est prohibé et assimilé à un délit, mais les choses vont changer.

La **Cour constitutionnelle italienne a rendu le 25 septembre 2019 une décision très attendue :**

Cette décision est liée à une affaire médiatisée fin 2017. Le DJ favo a eu un accident de la route en

2014 dont il est sorti tétraplégique, aveugle, et sous assistance respiratoire. Il a demandé au PR italien Mattarella la possibilité de mourir mais absence de réponse positive.

Il va se rendre en Suisse et bénéficier d'un suicide assisté en février 2017. Il avait demandé à un responsable du parti radical italien Marco Cappato de l'accompagner en Suisse. Une action en justice avait été intentée contre Cappato et a abouti à la décision de la cour constitutionnelle de 2019 sachant que la cour avait été saisie par la cour d'assise de Milan pour obtenir des éclaircissements sur le droit applicable.

- La cour constitutionnelle italienne a indiqué qu'un suicide assisté pourra être jugé licite si certaines conditions strictes sont remplies.

Les personnes concernées doivent être maintenues en vie par des traitements vitaux et atteintes d'une pathologie irréversible, source de souffrances physiques et psychologiques jugées insupportables, mais pleinement en mesure de prendre des décisions libres et conscientes.

La cour constitutionnelle exige un contrôle par les autorités de santé publique.

La cour a indiqué que sa décision était prise dans l'attente d'une intervention indispensable du législateur.

III/. Le droit suisse.

A) Rappel historique.

C'est un pays qui présente des particularité notables. Géographiquement peu étendu, il regroupe cependant **26 cantons**, et il accueille de **nombreuses organisations internationales** (l'OIT, l'OMS, l'OMC). Longtemps, l'histoire du droit helvétique a été marqué par la division, chaque canton disposait de ses propres règles juridiques. Pendant la brève période napoléonienne, le Code civil est apparu comme un modèle possible mais le projet n'a pas abouti.

B) Codification du droit suisse

Cette codification s'est faite en 2 étapes :

- **En 1876**, la confédération helvétique obtient les pouvoirs nécessaires pour réaliser un **Code des obligations**. Il entre en vigueur en **1883**.
- **En 1898 :** la confédération dispose de pouvoir législatifs élargis, permettant d'envisager un

véritable Code civil. Cette tâche va revenir au juriste **Eugen HUBER.** La version définitive du Code civil est adoptée en **1907.**

Ce Code suisse est rédigé en **termes clairs, moins techniques que le BGB.** Ce Code **n'inclut pas de partie générale comme dans le BGB.** Schématiquement, le Code initial contient un titre préliminaire bref suivi de 4 livres : *droit des personnes, droit de la famille, successions, droits réels.* S'est ajouté en **1911** un livre 5 sur les *obligations.*

C) Organisation judiciaire

Système fédéral, la suisse connaît en vertu de la **Constitution fédérale du 18 avril 1999** une **organisation de type pyramidale.**

- Chacun des 26 cantons dispose de son propre système juridictionnel comprenant : des tribunaux de 1ère instance et des cours d'appel. Existence des juridictions spécialisées : tribunaux de commerce, cpdh.
- Au niveau fédéral, 4 juridictions sont à mentionner :
 - **Le tribunal fédéral :** c'est la plus haute autorité juridictionnelle suisse. Cette juridiction assure des fonctions identiques à celles du CC et de la Cour de cassation en France.
 - **Le tribunal pénal fédéral :** connaît des infractions qui relèvent de la compétence fédérale (*terrorisme, espionnage, haute trahison* ⇒ sanctionne les atteintes à l'État)
 - **Tribunal administratif fédéral :** compétent pour les recours contre les décisions de l'administration fédérale (impôts, droit d'asile etc)
 - **Le tribunal fédéral des brevets :** instauré en 2012, mise en place d'un seul tribunal justifié par le nombre élevé des brevets en suisse et de l'importance des contentieux (avant il y avait un tribunal de brevet par canton mais trop de disparités de jp).

D) Droit suisse des personnes et de la famille et de la fin de vie.

A ce jour, la Suisse n'admet pas les mariages de personnes de même sexe. Mais elle a légalisé et la loi s'applique depuis **2007**, une forme de **partenariat destiné aux personnes de même sexe.** Ce partenariat est possible si une des parties est suisse ou a son domicile en suisse. Mais ce partenariat

ne permet pas l'adoption de l'enfant du conjoint et n'ouvre pas droit à la PMA. Pour les couples mariés de personnes de même sexe dans les pays qui l'autorisent, les droits des couples en Suisse sont limités à ceux prévus par le partenariat suisse. En 2009, un projet de loi est envisagé, destiné à ouvrir le mariage de personnes de même sexe et l'adoption.

Concernant la législation sur la fin de vie :

→ il n'existe pas en Suisse de texte général sur la fin de vie. La pratique du suicide assisté repose sur un article du **Code pénal suisse, l'article 115**. En vertu de cet article, l'assistance au suicide est autorisée à condition qu'elle ne soit pas motivée par un mobile égoïste.

Pour mettre en œuvre ce droit au suicide, plusieurs associations ont vu le jour en Suisse. Elles ont pour but de permettre des suicides assistés (5asso), en fournissant à des personnes attestant d'une maladie incurable ou de souffrances intolérables ou de handicap conséquent *les moyens de mettre fin à leurs jours*. Ces associations ne demandent donc pas que la personne soit en fin de vie, contrairement à ce qui est mis en place aux USA dans les 6 États qui ont autorisé le suicide assisté.

L'académie Suisse des Sciences médicales tentent au moyen de recommandations d'encadrer la pratique => elle souhaiterait que l'assistance au suicide soit réservée à des personnes dont la fin de vie est proche. Mais dans la pratique des associations ce n'est pas le cas : en Suisse ajd, une personne qui désire mettre fin à ses jours pourra, sous certaines conditions, obtenir une substance létale, qu'elle va s'administrer elle-même. La substance sera fournie par un médecin. L'intéressé va provoquer sa mort en buvant la substance, etc (il faut tout faire pour que le passage à l'acte soit fait par la personne, sinon si un tiers le fait c'est un homicide, ils filment même pour s'assurer de qui passe à l'acte).

Deux associations :

- **Dignitas** = formule sous forfait, pour a peu près 10 000 euros, accueil en maison de décès, incinération et rapatriement des cendres et une cotisation, il faut être membre de l'association => ici la question désintéressée pose problème. Dignitas ouvre la pratique du suicide assisté à des ressortissants étrangers, alors que l'association Exit s'adresse uniquement aux personnes domiciliées en Suisse.
- **Exit** = demandent une cotisation (300 euros par an un truc comme ça). Totalement bénévole. Ils ne s'adressent qu'à des gens vivants en Suisse. Pathologie incurable ou handicap lourd.

Un seul canton Suisse le canton de **Vaud**, s'est doté d'une législation sur l'aide au suicide, dans les établissements médico-sociaux et des hôpitaux. L'acte suppose que 3 conditions soient réunies : la personne doit avoir sa capacité de discernement, persister dans sa volonté, souffrir d'une maladie ou

de séquelles d'accident grave et incurables.

IV/. Le droit néerlandais

A) Historique

A la faveur du **Traité de Munster**, en **1648**, l'indépendance des 7 provinces unies néerlandaises est acquise. Elles ne vont donc plus dépendre de l'Espagne. Sur le plan juridique, l'unité du droit n'est cependant pas réalisée, les provinces ont des règles très différentes.

Le mouvement d'unification juridique sera amorcé en **1795** avec la révolution batave. Cet adjectif renvoie à un peuple german, les bataves, peuple qui s'est révolté contre la tutelle de Rome au Ier siècle. Ce terme batave va donc aux Pays-Bas, désigner les néerlandais qui ont voulu défendre un système démocratique. Une constitution est adoptée en **1798**, et contient un article 28 prévoyant une codification générale. Plusieurs projets de codification seront proposés mais n'aboutiront pas. Commence en 1806 la période napoléonienne. En **1809** entre en vigueur un Code Napoléon aménagé pour le Royaume de Hollande. En **1810**, la Hollande est annexée à la France et les Codes Français vont s'y trouver applicables.

- En **1813**, les pays bas retrouvent leur indépendance, et vont s'allier à la Belgique. Un Code commun sera préparé appliqué par les Pays-Bas, la Belgique conservera finalement le Code Napoléonien.

B) Le droit néerlandais contemporain

Le nouveau Code civil néerlandais est le fruit d'une longue réflexion.

Le projet de rédaction de ce Code a été confié à un universitaire, le professeur **MEIJERS** en **1947**. Il décède en 1954 bien avant l'achèvement du Code mais a laissé sa marque dans ce code. La rédaction finale sera laissée à une commission qui a pris en compte des influences des sources supra-nationales (droit communautaire, etc). Le Code civil néerlandais comprend 10 livres :

- les personnes et la famille // personnes morales // droit patrimonial // successions // droits réels // des obligations en général // des contrats spéciaux // droit du transport // propriété intellectuelle et industrielle // DIP (2011).
- Ce code entre en vigueur de manière progressive depuis 1970.

→ Les nombreuses parties du Code néerlandais vont le distinguer nettement du Code français. Concernant le contenu, le Code néerlandais contient des dispositions de droit commercial, et il n'aborde pas du tout la question de la preuve (pour eux c'est dans le Code de procédure civile).

→ Le Code civil néerlandais présente des similitudes avec le BGB : la notion d'illicéité très chère au droit allemand se retrouve dans ce Code, et la vente comme en droit allemand va se décomposer en 2 étapes successives : l'apparition de l'obligation de transférer la propriété, et le transfert effectif de propriété.

Le droit néerlandais présente des solutions innovantes.

Les Pays-Bas ont **légalisé le mariage de personnes de même sexe en 2000** et ce pays a **été le premier à légaliser l'euthanasie**. Les Pays Bas ne disposent **pas de cour constitutionnelle**. Les tribunaux néerlandais ont la possibilité d'apprécier la conformité du droit interne avec les dispositions d'origine supra nationale et donc essentiellement la CEDH.

Aux Pays-Bas il y a **euthanasie active et suicide assisté**, les critères sont les mêmes. Si la personne opte pour le suicide assisté, un médecin doit être présent. Les critères autorisant l'euthanasie active ou le suicide assisté découlent d'**une loi du 12 avril 2001**. On parle là bas de critères de « minutie » :

- le patient doit faire une demande volontaire, réfléchie et écrite, sachant qu'il aura préalablement reçu une information complète sur son état de santé,
- la personne doit attester de souffrances insupportables et sans issues dues à une pathologie incurable, deux médecins doivent attester de la situation
- la déclaration de fin de vie donc les directives anticipées peuvent être rédigées et pourront éventuellement jouer si la personne ne peut pas s'exprimer.
- **depuis 2004**, le processus est ouvert aux mineurs à partir de 12 ans avec l'accord des parents, pour les mineurs de 16 à 18 ans les parents sont simplement associés.

En 2015, 3,9 % des décès aux Pays-Bas sont liés à une demande d'euthanasie active ou de suicide assisté. Cela pose quelques questions.

Affaire du 11 sept 2019, en 2016 aux Pays-Bas, une femme médecin exerçant en maison de retraite a euthanasié une femme atteinte de la maladie d'Alzheimer à un stade avancé. La patiente avait par directives anticipées déclaré vouloir mourir si la pathologie s'étendait.

- Problème, l'euthanasie a été pratiquée, à un moment où la personne était en stade avancé sans discernement mais elle émettait des doutes, des refus sur l'acte.

La médecin a été poursuivie en justice, pour avoir réalisé l'acte sur la base des directives anticipées : sans vérifier réellement ce que voulait la personne au jour de l'acte. On ne sait pas s'il va y avoir un

appel, la juge a acquitté le médecin, en indiquant que étant donné l'état de démence profond de la patiente, la médecin n'avait pas besoin de vérifier son désir d'euthanasie.

- Une proposition a été avancée en 2016 aux Pays-Bas, l'idée c'est d'élargir le suicide assisté, aux personnes âgées de plus de 70 ans, ne souffrant d'aucune pathologie mais considérant que leur vie est terminée.

→ Parallèle avec la législation belge de fin de vie => **une loi du 28 mai 2002 a autorisé l'euthanasie active en Belgique**. Donc elle doit répondre aux conditions suivantes :

- en 2002 la personne concernée par l'euthanasie active devait être majeure.

Une loi du **13 février 2014** a fait de la Belgique le premier pays à légaliser l'euthanasie active pour les **mineurs sans condition d'âge**. Cela veut dire que l'enfant, devra obtenir l'accord des parents + il doit d'après le texte de loi, disposer de la capacité d'appréhender le caractère irréversible de la mort.

2 remarques : pour faire cette vérification, variable d'un enfant à un autre, un entretien avec un psy est nécessaire.

- la demande va être écrite, réitérée, datée signée + accord des parents. L'intéressé doit être conscient et capable au moment de la demande (capacité = question de la mort). Deux médecins sont consultés successivement, indépendants.
- Pour les majeurs, la situation médicale doit être sans issue, accompagnée de souffrances physiques ou psychologiques, insupportables et inapaisables. Pour les mineurs par contre, la fin de vie doit être proche, et seules sont prises en compte les souffrances physiques.

Titre 3 ; Un exemple de droit oriental : le droit chinois

Chapitre 1 : L'histoire et le fondement du droit chinois

3 grandes périodes à durée variable se sont succédées dans l'histoire juridique de la Chine.

Section 1 ; La période impériale, l'affirmation du droit chinois traditionnel

I/ Présentation du confucianisme

A) Confucius

Il serait né en **551**, dans le **pays de Lu**, actuelle province du **Shandong**. Les chinois l'appellent **Maître Kong**, ou bien **Kongfuzi** : a donné la version latine Confucius. Il n'y a pas de véritable certitudes sur les étapes de sa vie.

Le père de Confucius aurait été âgé de 50 ans de plus que sa mère, et serait mort avant que Confucius n'ait atteint l'âge de 3 ans. Il aurait **d'abord assuré la gestion d'un domaine agricole, donc un contact avec la terre, les éléments**. Puis il aurait rejoint la Cour des souverains pour y étudier. Il serait revenu dans sa province natale, pour y enseigner et la on est en 500 avant JC.

Par la suite, il a exercé des fonctions de pouvoir. Il serait notamment devenu ministre de la justice et conseiller du gouvernement. Désapprouvant le comportement immoral des dirigeants, il aurait démissionné (-496), et voyagé dans toute la Chine en enseignant pendant 13 ans. Il serait mort en - 479.

- De ses réflexions et de ses écrits, ainsi que de la formation de ses disciples, découle le confucianisme.

B) Le confucianisme

Le confucianisme peut être présenté comme la pensée ou la doctrine morale, développée par Confucius, puis diffusée par ses disciples. Sur les fondements mêmes, **le confucianisme repose d'abord sur les écrits de Confucius, puis sur ceux des disciples**. Confucius aurait lui-même écrit certains passages des ouvrages suivants : **le livre des transformations** (ce livre apporte un éclairage sur l'évolution du monde, sur le mouvement du monde) // **les annales des printemps et automne** (c'est la chronique des règnes des princes de Lu). Ensuite, ses disciples auraient quant à eux, **réuni les conversations, les entretiens avec Confucius**, dans ce qu'on appelle les **analectes**.

Donc tous ces ouvrages constituent les Classiques. Un auteur **Anne CHENG** a indiqué que « *le confucianisme est un véritable phénomène culturel qui se confond avec le destin de toute la civilisation chinoise* ».

- Le confucianisme a en effet été la doctrine officielle pendant la période impériale.

Cela implique que les **fonctionnaires impériaux étaient recrutés sur le fondement d'un concours**, qui reposait en très grande partie sur **la maîtrise des classiques**. **L'idée était de s'assurer de leur parfaite moralité. En vertu du confucianisme, le droit s'impose comme un mal nécessaire**. C'est un remède difficilement évitable. Pour comprendre cette affirmation il faut confronter 2 concepts du

confucianisme ; **le li et le fa.**

Li.

Situation d'harmonie parfaite. En vertu du li, l'univers dispose d'un ordonnancement naturel, d'une organisation naturelle. **Cela veut dire que la nature et toute chose va y suivre son cours, selon un ordre préétabli.** Chacun a sa place dans cet ordre, et doit la trouver. Selon **Confucius**, « *le li est l'ensemble des règles qui régissent aussi bien le mouvement des planètes, que les actions de l'homme. L'homme prend pour modèle les règles éternelles du ciel et de la terre* ». Donc **si chaque homme avait conscience de cet ordre naturel, et s'y conformait, aucune règle de droit contraignante ne serait nécessaire.** Cela veut dire que les normes naturelles du Li seraient simplement sanctionnées par le sentiment de honte de celui qui ne les respecte pas. Il y aurait ainsi une auto-régulation. Le li ne serait pas figé, il évoluerait de même que la nature. Donc en gros il y a une constante adaptation de l'univers des hommes etc.

Problème, Confucius pragmatique a eu conscience que le modèle du li ne serait pas suivi spontanément par tous les hommes. Il a alors posé parallèlement au li un système de règles et de sanction = sortir du li, entrer dans les châtiments.

Fa.

Droit, ce qui va mal. **Les règles de conduites du fa, assimilables à des normes juridiques, posent un ordre social hiérarchisé.** Il existe dans le confucianisme 5 relations sociales fondamentales :

- * relation *père – fils*
- * relation *mari – femme*
- * relation *souverain – sujet*
- * relation *frère aîné – frère cadet*
- * relation *entre ami*

=> à l'exception de la dernière, toutes ces relations impliquent une approche **supérieur / inférieur**. **L'inférieur doit obéissance et respect au supérieur, ce dernier a quant à lui obligation de protection et de gentillesse.**

A partir du 4^e avant J.-C., va se développer en Chine une doctrine opposée au confucianisme, la doctrine légiste. Ces deux principaux chefs de file ont été **Shang Yang** et **Han Fei Tzu**. Cette doctrine légiste met en avant le Fa, la loi et non plus le Li. Donc le pouvoir du prince qui va édicter les règles. Ce qui nous amène donc à la codification puisque ce qui l'emporte c'est le fa.

II/. Le droit impérial

A) La stabilité du droit impérial

Si les dynasties se sont succédées, le contenu du droit est resté cependant relativement stable.

Le **Code** qui a été édicté par la **dynastie Tang**, (618 à 907), est demeuré en effet **le support, la base**, des codes des dynasties qui ont suivi = notamment la **dynastie Ming** (1368-1644) ou encore la **dynastie Qing** (1644-1911).

Ces codes disposaient d'une structure identique, donc une **présentation de principes généraux** était suivie de **dispositions spéciales**, au titre des infractions particulières. Ces codes successifs finissant par leur reconduction, ont présenté des caractères archaïques, un droit parallèle a fait son apparition, parfois qualifié de secondaire, il comprenait notamment des dispositions jurisprudentielles.

- Ces dispositions de droit secondaire ont progressivement intégré les nouveaux Codes en les complétant ou en les modernisant.

Quand on regarde ces Codes, qu'a-t-on gardé de l'influence du confucianisme ? Par le jeu du confucianisme, le respect de l'ordre social devait être assuré. Des règles étaient donc destinées à protéger les 5 relations posées par Confucius, il est donc possible de parler d'un embryon de droit familial interpersonnel.

B) La finalité du droit impérial

Le droit de la Chine impériale avait pour **objectif principal** **le bon fonctionnement de l'administration**. Cela veut dire que ce droit régissait avant tout les relations souverain et individu. Les personnes privées étaient avant tout considérées comme des sujets. Le droit chinois impérial était donc de nature publique, il tendait avant tout à mettre en œuvre la politique de l'empereur par des règles fiscales, administratives et leurs sanctions. Le droit privé apparaissait à l'état embryonnaire par la logique des relations de Confucius.

III/. Le Code Qing

Ce **Code** a adopté sa forme définitive en 1740. Il s'est imposé pendant tout le règne de la dynastie

Qing. Sur un plan formel, ce code comprenait 7 parties et 436 articles. La première de ces sept parties, générale, s'intitulait des « *noms et des règles* », et comprenait une série de définitions et de règles communes aux parties spéciales.

Les six parties suivantes, spéciales, concernaient notamment :

- Les ménages // Les fonctionnaires // Ou encore la guerre

La partie spéciale relative aux ménages posait quelques règles de nature civile, notamment pour les questions relatives au mariage, aux successions et au règlement des dettes. La formulation était axée sur la sanction :

Ex1 : le non-paiement des dettes entraînait 10 coups de bambou. Un coup de bambou supplémentaire par mois de retard à compté du troisième mois de non-paiement.

Ex2 : une personne sans descendance n'était pas obligée de céder ses biens à son neveu et pouvait choisir quelqu'un de plus éloigné dans la descendance. Toute tentative destinée à limiter cette liberté de choix entraînait une sanction de type pénal.

Précisons ici que le droit sera, pendant la période de la Chine impériale, appliqué par des représentants locaux du pouvoir impérial. Ces représentants ne sont pas que des magistrats. Ils ont notamment, comme autre compétence :

- la perception des impôts
- ou encore le suivi des travaux publics.

Trancher les litiges n'est donc qu'une compétence parmi d'autres du fonctionnaire impérial.

Section 2 ; La brève expérience républicaine

Des révoltes éclatent contre le pouvoir impérial à la fin de l'année 1911. La république est proclamée le 1er janvier 1912 et le premier président est Sun Yat Sen. L'empereur Puyi, âgé de 6 ans, abdique le 12 février 1912. Le système républicain ne se stabilisera qu'en 1928, le pays ayant connu une phase de guerre civile.

Cette expérience républicaine s'est traduite, sur le plan du droit, par un vaste processus de réforme. Plusieurs Codes, inspirés des modèles européens, seront adoptés entre 1928 et 1935. Pour la première fois dans son histoire juridique, le droit chinois ne se limite pas au droit administratif et aux dispositions répressives. Il prévoit en effet tout un corps structuré de dispositions en matière de droit civil, de droit procédural et de droit commercial. L'influence du droit allemand s'y fait nettement sentir. Un des plus grands juristes chinois de l'époque, Wang Chonghui, avait en effet étudié en Allemagne.

Le Code civil chinois s'inspire quant à lui d'un projet de Code rédigé à la fin de la période Qing. Ce

projet de véritable Code civil avait en effet été présenté à l'empereur en **octobre 1911**, peu avant que ne soit proclamée la République.

Le Code civil, promulgué en 1929, consacre des droits subjectifs et s'éloigne de l'approche uniquement répressive qui précédait. **La propriété individuelle est consacrée**. Le mariage n'est plus soumis à l'autorisation des parents des deux époux. L'égalité homme-femme fait son apparition : les filles peuvent hériter comme les fils, les femmes peuvent demander le divorce pour les mêmes motifs que leurs époux. En 1949, l'expérience républicaine cesse. Le parti communiste chinois va en effet prendre le contrôle de l'ensemble de la Chine.

Section 3 : L'époque communiste

Deux périodes sont ici à mentionner : la période communiste révolutionnaire (1949/1978) et depuis 1978, l'économie de marché socialiste

I/ La période communiste révolutionnaire (1949/1978).

Cette période est dominée par **Mao Zedong**, qui meurt en 1976. **Dès la proclamation de la République populaire de Chine, les Codes de la période antérieure sont abrogés**. La conférence politique consultative du peuple chinois fonde la République populaire de Chine en 1949 en s'appuyant sur le Programme commun.

Dans un premier temps, Mao-Zedong veut **mettre en place des institutions inspirées du marxisme-léninisme**. La **réforme agraire** sera réalisée de **1950 à 1952** générant une collectivisation des terres. Seront mises en place des coopératives de production, mettant en commun le sol et les outils. Une **Constitution** est adoptée le **20 septembre 1954** et s'inspire de la Constitution stalinienne de 1936. A partir de **1957**, un durcissement idéologique se produit.

- En **1966**, est lancée **la révolution culturelle**, le Parti de Mao ne supportant pas la moindre critique à l'encontre de la politique menée dans le pays (juristes/ intellectuels/ étudiants).

Dès lors, **le seul droit admis dans la République populaire est celui émanant du Parti**. Les règles et principes sont donc strictement encadrés par Mao.

II/. Vers une économie de marche socialiste

Afin de faire progresser la production chinoise, le pays a admis, depuis **1978**, **une logique accrue**

d'économie de marché.

Une accélération du processus est intervenue dans les années 1990. Le président **Jiang Zemin** a en effet augmenté le rythme des privatisations et l'ouverture aux capitaux étrangers.

La constitution chinoise est amendée en 1999 et intègre officiellement la notion d'économie socialiste de marché.