**Système juridique comparé**

# Partie I - Les systèmes de droit occidentaux.

Les systèmes occidentaux sont caractérisés par une approche cartésienne du phénomène juridique. Également, on remarque une autonomie du droit vis-à-vis de la religion ainsi que le poids du principe démocratique qui permet au pouvoir de tirer sa légitimé du peuple. De plus, l’égalité entre les individus est obligatoire. Ce droit occidental est caractérisé selon un système Romano-germanique et un système de Common Law. Le système américain est considéré comme un système de Common Law.

# Chapitre préliminaire : L’héritage occidental des systèmes juridiques

## Section I - Le droit romain

Le droit romain se présente comme l’ancêtre de notre système occidental et a également joué un rôle dans la formation de la Common Law. Le droit romain est la première civilisation dans lequel le droit a été systématisé, le droit est bien entendu antérieur à la civilisation romaine. L’originalité des romains est d’avoir imaginé un droit organisé. Les romains ont appris a raisonner sur des concepts. Les juristes romains ont opéré une vraie conception abstraite des techniques juridiques car auparavant le droit était pour l’essentiel une collection de règle et de solution particulière qui avait l’apparence d’Oracle.

Ce qui reste du droit romain est le corpus juris civilis. Il puise son origine dans le partage de l’empire roman opéré par l’empereur Théosose entre ses deux fils qui avait conduit à la naissance des deux empires romains : l’empire d’Orient et l’empire d’Occident. C’est grâce à ce corpus juris civilis est le résultat d’un travail sur le droit lancé à Constantinople par Justinien qui en 538 a entrainé la création du corpus. Ce corpus a permis la redécouverte du droit romain au XIIè siècle. Ce corpus comprend plusieurs ouvrages dont le Codex qui est la codification de la législation impériale. Il y a également le Digeste soit de la doctrine, les Institutes qui sont un manuel de droit inspiré de Gaius, les Novelles.

***A. Le corpus juris civilis.***

Le rôle du corpus juris civilis a permis d’élaborer le système de droit moderne. La chute de l’Empire romain d’Occident, sous la pression des barbares, avait provoqué une régression du droit et on a pris conscience de l’insuffisance des coutumes barbares comme l’ordalie. Concernant le phénomène de la personnalité des lois, cela a permis de chasser l’influence du droit romain. C’est l’idée selon laquelle chacun doit être jugé selon sa propre loi.

L’idée de la personnalisées lois est encore admise dans le droit contemporain et il est admis que chacun puisse avoir droit en toute matière à l’application de la loi de sa propre communauté. Mais cette sédentarisation, jointe aux mariages mixtes conduit à la mise en place de lois d’application territoriale.

Ainsi au Moyen-âge, chaque fief ou chaque seigneur avait ses lois d’applications territoriales. Cependant, ce n’était pas évident car lors du commerce entre deux seigneurs la question était de savoir la loi applicable.

Ces questions ont conduit à la renaissance de la science juridique. Cette renaissance se date par le rôle clef de Bologne. À partir du XIè siècle, on assiste à une véritable renaissance du droit romain grâce à son étude et enseignement. Il est à l’époque étudié et enseigné à l’Université de Bologne principalement à partir du corpus juris civilis. Parmi les grands professeurs de l’époque, il y a « Inérius » et son élève Placentin. Il a été un des enseignants les plus célèbres de Bologne. Cet enseignement s’étend en Provence, en Languedoc, et en Catalogne.

Dans les quatre docteurs, Placentin a fondé au début du XIIè siècle ( vers 1170). Ce sont les savants qui étudient le droit romain et ont un intérêt purement scientifique. Les juristes étudient ce droit pour leur culture juridique générale.

Au Moyen-âge, on apprend le droit romain grâce à la glose. C’est un commentaire du corpus juris civilis. Le plus célèbre des glossateurs est Accurse. Il a rassemblé les ouvrages d’Irnérius dans la grande glose. Les posts-glossateurs vont par la suite utiliser ces commentaires pour les adapter à leur époque.

# *B. La portée de l’enseignement du droit romain*

On considère que l’étude du droit romain favorise une technique de raisonnement juridique, la logique. Il y a également la conception que le droit romain fait apparaitre une culture juridique commune. On s’intéresse au droit romain en Allemagne, en Écosse, et en Angleterre. Ce droit romain que l’on utilise mais qu’on n’applique pas est en revanche appliqué en Italie.

## *C. L’Angleterre et le droit romain*

Les romains ont conquis l’Angleterre et ils ont mis un certain temps pour cette conquêtes. Jules César a essayé mais la conquête définitive n’a eu lieu qu’en 43 avant JC. Les romains se sont maintenus un certain temps grâce à la colonie romaine que l’on appelle « la Britannia ». Dans cette colonie, on a appliqué du droit romain. Ce n’est pas n’importe qui qui appliquait ce droit romain en Angleterre, il s’agissait de Papinien qui rendait la justice pour assesseurs Paul et Ulpien.

Il y a eu à un moment dans la politique anglaise la volonté d’avoir un droit spécifique, purement anglais qui serait le fruit des coutumes particulières. L’auteur du premier traité de droit anglais est Braction au XIII siècle. Il a été formé à Bologne, Bractole avait glosé, il connaissait très bien le corpus juris civilis. Le legibus regroupe des solutions prétoriennes anglaises. Cet ouvrage regorge en réalité dans ses fonctions indigentes du droit romain, des formules romains et de la doctrine romaine pour bâtir un droit raisonné. Bractole est donc parti de solutions prétoriennes en s’inspirant de ce qu’il avait appris à Bologne. Le droit anglais n’est pas totalement coupé du droit romain, il y puise certaines de ses racines. Le droit romain a été enseigné à Oxford et à Cambridge.

## Section 2 - La codification

Sous l’ancien régime, il y avait eu un code dès le XVII siècle mais c’était essentiellement des ordonnances dans le cadre d’une centralisation par Colbert demandé par Louis XIV.

Celui-ci voulait adopter plusieurs grandes ordonnances comme celle de 1673 sur le commerce appelé « Code des marchands » dit code « Svary ou encore Code Noir qui désignait l’ordonnance réglementant l’esclavage dans les colonies.

À la fin du XVIII et XIX, les grandes ordonnances du chanceliers d’Aguesseayy étaient basées sur du droit civil. Les plus grands étaient relatives aux donations, sur les testaments, qui sont présentées comme une réelle oeuvre de codification.

### *A. La France et ses codes.*

Une idée déjà dans l’air du temps à la fin de l’ancien régime. Ce qui caractérise un code c’est l’organisation. On commence véritablement la période des codes avec Napoléon, qui correspond à l’aide qui était dans le projet révolutionnaire qui se caractérisait par le culte de la loi, l’idée selon laquelle il fallait une loi égale pour tous, une loi accessible et compréhensible, idéal pour répondre à cela était un code.

On voit directement apparaitre le Code Napoléon, il s’inscrivait déjà dans les projets de l’Ancien régime mais aussi dans les travaux révolutionnaires et notamment dans le projet de Cambacérès. Il y avait trois projets Cambacérès dont, le premier avait été rejeté par la convention, il en a présenté un deuxième qui a été également rejeté puis enfin un troisième qui n’a pas eu de franc succès. C’est au retour de Bonaparte qui lui propose de répondre les trois projets et d’en proposer un qu’il voulait « à la hauteur de ce siècle et digne du Gouvernement ».

Pour mener à bien ce projet Bonaparte désigne une commission composée de quatre membres désignés par Cambacéres :

* Tronchet
* Portalis
* Malveille
* Bigot de Préameuneu

C’est Cambacéres qui va préparer les travaux et fixer les ordres du jour. Le Code civil est promulgué en 1804, c’est un texte de compromis. Il se caractérise par un style clair et accessible. Il a bénéficié d’un rayonnement international qui a conduit à son adoption par plusieurs États italien dont l’Espagne, la Roumanie, le Portugal, la Hollande…

### *B. Les codifications germaniques*

Comme en France, il y avait eu des tentatives avortées de code. En 1774, la Prusse a adopté un Code lourd avec 15 000 articles. En 1811, un code autrichien a vu le jour avec 1500 articles. Également, le code allemand appelé BGB qui fut le grand rival du Code civil français. C’est un grand code assez cohérent, précis et abstrait mais l’inconvénient c’est qu’il était moins accessible. On se retrouve avec deux systèmes, deux codes phares et de l’autre le droit anglais qui servit de modèle.

# Chapitre I : Le droit anglais.

Le droit anglais utilise le mot « common law » mais celui-ci a plusieurs sens. Tout d’abord, on désigne le droit commun qui en Angleterre à succédé à la mosaïque des coutumes locales. L’arrivée des barbares avec leurs coutumes locales, les mariages, et les coutumes territoriales. C’est Bracton qui a voulu élaborer un droit anglais particulier qui s’opposerait au droit français. Il affirme que ce droit naît des différentes solutions retenues par les Cours royales. C’est alors qu’il est compliqué de comprendre d’ou vient ce droit.

C’est également le droit prétorien élaboré par les Cours royales de Westminster et à ce titre il s’oppose à la loi écrite, loi qui émane du pouvoir royal de l’ordonnance royale. Il s’oppose aux Équity qui est le droit prétorien élaboré par d’autres juridictions que les cours royales.

Enfin, plus généralement, l’expression Common Law désigne la traduction juridique anglaise, le droit commun anglais. Ce terme apparait dès la fin du XIIè siècle, dans les collections de reports juridicaires, dites « *year books* » sous la terminologie de « la commune ley ».

À l’époque, on opposait cette « commune ley » au droit canonique appliqué par les juridictions ecclésiastiques au « le usage del pays » (coutume locale) et à « ley marchande ».

Bentham (juriste anglais) la présentait en 1828 en ces termes « la loi de ces deux pays » ( l’Angleterre et l’Amérique anglais) est partagée entre deux portions inégales : l’une est appelée la loi commune, expression singulière.

Le juge anglais n’invente pas les solutions judiciaires car il se base sur les anciennes affaires « aux faits semblables, jugement semblable ». Cette common law a eu un grand succès suite à cet grand empire britannique et elle a été emportée dans les bagages du conquérant britannique. La Common Law est encore une source de droit essentielle dans les pays du Commonwealth. La référence en cas de vide juridique est la solution trouvée par les anglais et lorsqu’il y a de nouvelle solution qui se greffe à un problème nouveau, cette solution peut être retenue par deux juridiction.

L’exemple de la Mareva injection —> c’est un ordre de la Cour qui a pour but de mettre sous la main de la justice les biens de tels manières que le défendeur à un procès ne soit pas en mesure de disposer de ses biens dont le but d’empêcher l’exécution du jugement. Lord Denning est un célèbre juge anglais dans l’affaire Mareva Compania Naviera. Lord Denning a décidé qu’il avait le pouvoir de donner des ordres et donc c’est lui qui demande de ne pas bouger les biens d’un patrimoine.

Très vite s’est posé la question de l’ordre du juge et si il pouvait avoir un effet international ? Ce fût admis pour la première fois par un cour australienne (Ballabil). Toutefois, il y a eu un revirement des juridictions anglaise dans l’affaire Babanaft en 1989. Il y a donc une véritable interaction entre les juridictions anglais. En droit français, cela produit également sur le territoire français —> CIV

1re 30 juin 2004)

## Section I - la formation du droit anglais.

Au sein de cette formation, on trouve un peu de droit romain mais la conquête normande au XIè siècle a été l’un des facteurs principaux. Guillaume le conquérant a réussi a obtenir son droit en 1066 et fait reculer le droit romain.

Le français est longtemps resté la langue du droit car la classe dominante du pays parlait français. C’est rester la langue des gens de pouvoir. Néanmoins, l’originalité de l’Angleterre est d’avoir développé un droit propre qui veut se séparé de l’influence romaine. Pour des raisons politiques, on voulait affirmer l’indépendance de l’Angleterre mais n’empêche que le français s’accrochait.

***§1. La prédominance du français jusqu’au XIV è siècle dans la langue juridique.***

Cela s’est manifesté par le recul du latin et en 1362 un statut d’Edouard III qui ordonne dans un texte rédigé en français que les plaidoiries témoignages aient lieu en anglais. En revanche, les comptes rendus de procès continuent à être rédigé en latin. Également, les résistances des praticiens étaient puissantes, ils vont mélanger des trace de français et d’anglais. Le français est resté tout de même très longtemps la langue juridique en Angleterre.

***§2. Le rôle de la conquête normande.***

Avant cela, il y avait une multitude de coutume d’application territoriale. Au moment de la conquête normande, Guillaume confisque la plupart des terres au profit de la couronne et instaure un système féodal tout en gardant un pouvoir fort. Parallèlement, il s’engage à respecter « the law of England » admet la conservation des justices féodales tout en s’octroyant le droit de se prononcer sur tous les litiges qui lui sont soumis. On a donc un système de compromis. Ceci a pour effet d’instaurer une concurrence.

***§3. La formation du système juridictionnel***

Les étapes se font selon la justice royal mise en place de la Curia Régis par Henri 1er (composée de juriste) et l’apparition ultérieure des cours de Common law. Également, va apparaitre l’Equity.

# *A. L’essor de la justice royale*

La Curia regis vient remplacer le Witenagemot à la fin du XIè et elle est l’ancêtre du Parlement anglais. Au départ, c’était le roi qui rendait la justice après ce fut un formalisme composé de noble et d’ecclésiastique. Cette Curie régis a de plus en plus de succès pour des raisons de procédure avec l’apparition du ***WRIT***, qui est une convocation de défendeur frappée du sceau du roi. L’avantage du WRIT permettait d’attraper la défendeur au procès par la peau du cou. C’était un gage d’efficacité de la justice royale car le défendeur comparaissait.

Les preuves irrationnelles comme l’ordalie ont été remplacées par Henri II par le pouvoir d’octroyé à un jury d’établir les faits par voie d’enquête. On va choisir des personnes qui donnent leur avis sur les preuves qui ont étés établies. Il s’agit de l’ancêtre de jury dans un procès.

***B. L’apparition des cours de Common law.***

Au départ, la Curia régis suivait le roi dans ses déplacements. On a donc décidé de mettre en place des cours fixes avec trois systèmes :

* Cour de l’échiquier
* Cour du bon roi
* Cour de la commune qui ne concerne pas la couronne

Parallèlement, on a maintenue la justice itinérante avec les six circuits qui permettaient aux juges londoniens de siéger en Province.

Dans l’apparition de ces Cours, et surtout dans leur succès on a le rôle des Writs. Au départ, la juridiction royale était perçue comme une juridiction d’exception réservées à certains justiciables ou certains litiges. En conséquence, pour accepter une affaire il fallait rentrer dans une action autorisée par laquelle passait le recours au Writ qui était à la fois une forme d’action autorisée, cela permettait également de convoquer le défendeur. Si on ne pouvait pas obtenir le Writ, il fallait donc aller devant les juridictions seigneuriales. Le writ était au départ une autorisation d’aller devant le juge. Comme il y a eu de véritable demandes, ces cours royales ont élargies leur compétence en créant des Writs nouveaux.

L’originalité de ces cours royales était de rendre la justice du roi, autrement dit elles n’appliquent pas les coutumes préexistantes car elles se présentaient comme étant des juridictions d’exceptions. En conséquence, les solutions retenues sont apparues comme instituant un droit commun à l’ensemble du royaume d’ou l’expression « common law »

Les Cours royales n’ont pas eu à l’origine pour objectif de créer un droit propre. Ce droit est extrêmement procédural car il fallait un writ puis de manier très pragmatique trouver une solution à travers le concept remedy.

***C. La formation du droit anglais - le temps de la rigidité de la Common Law.***

Le système du précédent a bloqué le revirement pour faire naitre la sécurité juridique. Une évolution va voir le jour notamment concernant un formalisme excessif. Parallèlement, le roi avait conservé le pouvoir de rendre lui-même directement la justice. Le droit de la commun law était rigide, on le voyait en droit des contrats et notamment par le fait que le droit des cours royales n’admettait quasiment jamais l’exécution en nature des contrats. Les justiciables n’étaient pas content du droit des justices royales. On s’est finalement rappel que le roi avait conservé le pouvoir de rendre la justice lui-même. Il y a donc des demandes qui sont adressées directement à la Couronne. De ce augmentation des demandes, il a fini par déléguer son pouvoir de juger au Lord Chacellor (garde des sceaux).

Ce dernier a lui aussi eu trop de demande, de ce fait on a mis en place au début du XV ème siècle The Court of Chancery (la cour de la chancellerie)

***D. L’apparition de l’Equity***

Le chancelier puis the Court of Chancery élaborent un droit moins formaliste fondé sur l’équité. L’Equity en droit anglais était très marqué par l’équité et on va voulu faire une justice proche des personnes. Le but était d’accorder des faveurs uniquement aux personnes qui étaient justes. L’avantage de l’utilisation de l’Equity cela a permis de don une théorie beaucoup plus fine des vices du consentement.

Les cours d’Equity ont mis en place des Cours forcées en nature mettant en place des injonctions et astreintes. On le retrouve encore dans le droit contemporain, dans le Content of court. Il était possible d’être emprisonné car ne pas répondre à l’injonction était un mépris de la Cour. C’est le cas de l’injonction Mareva.

On va donc se retrouver à nouveau avec deux droits concurrents. Ce droit de l’Equity qui au départ était confié aux ecclésiastiques va très vite être confié à des juristes. On va se retrouver ave une concurrence entre le système de Common Law et les règles tirées de l’Equity.

La common law est un droit qui se veut technique et séculier. L’Equity se présente comme un droit de conscience qu’on appliquait **in personam,** c’est-à-dire que l’Equity concernait les personnes. Il y a donc aussi une concurrence entre les deux ordres juridictionnels, les cours royales et les juridictions d’Equity.

Cette concurrence était en pratique exacerbée par la possibilité que s’était accordé le juge de l’Equity d’interdire à une partie bénéficiant d’un jugement obtenu en application de la Common Law de le mettre a exécution.

Cette dualité de corpus de règles compliquait singulièrement la vie des justiciables. Ce n’est qu’en 1873 que l’on a enfin crée un ordre juridictionnel unique que l’on a appelé « The Suprême Court of Judicature »

On va réunir les 3 Cours de common law et de la cour de la chancellerie dans une unique juridiction de première instance laquelle on va appeler The Hight Court of Justice.

## Section II - les avocats.

### Sous-section 1 - les juridictions.

***• Les juridictions civiles.***

Tout d’abord, au premier degré il y a :

- Les County Courts —> depuis octobre 2010, il existe aussi the Patent County Court - La High Court qui a 27 centres en province

Puis en second degré, il y a la Cour of Appel

Enfin, la Cour Suprême du Royaume (qui à partir de 2009 a remplacé les law lords de la chambre des Lords)

***• Les juridictions pénales***

Tout d’abord, au premier degré il y a :

* Magistrates’Courts (juges de paix)
* Crouwn Court

Puis en second degré il y a la Crown Court et Court of Appeal

La Crown Court peut juger en premier degré et en second degré.

***§1. Des compétences concurrentes***

Par exemple, en matière civile, entre les County Courts et la High Court. Autre exemple, en matière pénale, entre les Magistrates’Courts et la Crown Court (offences triable either way). Les juges de paix peuvent décider de renvoyer l’affaire. Le prévenu peut aussi demander à être jugé par la Crown Court. Aujourd’hui, les choses ont un peu changées dans l’organisation de la High Court, on a des sortes de chambres spécialisées dans certains types de litiges.

***§2. Les juridictions spécialisées.***

Par exemple, on a des juridictions spécialisées en droit du travail créées en 1964, on parle des Employment tribunals composé d’un juriste, d’un représentant des salariés et d’un représentant des employeurs. L’action est enfermée dans un délai bref (3 ou 6 mois).

Les voies de recours Employment Appeal tribunal présidé par un juge de la HC assisté de 2 ou 4 non juristes + Court of Appeal, on parle de structure spéciale.

***§3. Les juges et le jury***

En Angleterre, le jury a disparu en matière civil mais subsiste en matière pénale. Désormais, ce sont les juges qui viennent marquer le système anglais. Parmi les juges, il y aura les juges de circuit qui interviennent notamment dans les County Courte mais également dans les Crown Court.

Il y a également les Recordeurs qui sont juges puis avocats c’est-à-dire que quelques fois par an ils vont siéger comme juge.

De plus, il y a les juges de District qui eux jugent à plein temps à la County Court. Il y a les Magistrates qui ne sont pas officiellement des juges, ils sont plus de 20 000, ils travaillent bénévolement, ils sont nommés par le ministre de la justice au nom de la reine après consultation de comités locaux.

La High Court comprend une centaine de juges nommés directement ou après deux ans en tant que juge de circuit. La Cour d’appel a deux divisions civile et pénale. Elle comporte deux personnages qui sont le Lord Chief Justice et le Master of the Rolls. Les juges de la Cour d’appel sont en faible nombre, ils sont autours d’une quarantaine.

***§4. L’appel.***

Il y a très peu d’appels, autours d’un millier par an en matière civile car il est en principe soumis à autorisation. Cette autorisation est donnée soit par la Cour d’appel soit par la juridiction du fond qui a rendu la décision. Elle est fondée soit sur les chances de succès, soit sur l’intérêt de la question juridique soulevée.

***§5. The Supreme Court of the UK.***

Elle remplace depuis 2009 la chambre des lords. Elle va connaitre des recours contre les décisions des Courts d’appel. Elle connait aussi des appels dans certains cas contre les décisions galloises et irlandaises. Elle peut exceptionnellement connaitre d’un appel dirigé contre une décision de la High Court lorsque la question a une importance particulière, c’est-à-dire que dans ce cas-là on court-circuite la Cour d’appel.

***§6. Le statut social des juges anglais.***

C’est un statut prestigieux lié à sa fonction mais également à son mode de nomination qui est le plus souvent est le couronnement d’une carrière d’avocat. Avant d’être juge on est donc d’abord avocat, gagner beaucoup d’argent car sa prouve que c’est un bon avocat. De plus, il existe peu d’avocat.

C’est le statut qui donne le prestige ainsi que de large pouvoirs d’appréciations pour le juge anglais grâce à l’Equity. Mais également au pragmatisme des solutions car ils préfèrent travailler sur des résolutions d’affaires au cas par cas. On va la trouver dans la théorie du forum non conveniens. C’est la loi du pays qui ne convient pas.

En Angleterre, lorsque les règles de droit international privé désignent le juge anglais, ce dernier va pouvoir refuser s’il estime que ce n’est pas adapté. Il décline ici sa compétence au profit par exemple de la loi espagnole. Dans les conséquences, on retrouve aussi le large pouvoir d’injonction.

***§7. Magistrate.***

Ce sont des fonctions bénévoles. Les magistrats peuvent être nommé à 18ans, et prennent leur retraite à 70 ans. Il n’est pas nécessaire d’avoir des compétences particulières en droit, ils doivent être en mesure de Seger 26 jours par an. Leur dépense sont remboursée mais ils n’ont pas de salaire. Les candidats doivent démontrer plusieurs critères : bon caractère, sens de la communication, écoute des autres, avoir un jugement fiable.

**Sous-section II - les avocats anglais.**

Il existe deux catégories d’avocats : les sollicitons et les barristers.

Les solicitors plaident mais pour pouvoir plaider devant les grandes juridictions il leur faut une qualification particulière.

***§1. Les solicitors***

On dit que ce sont des juristes qui traditionnellement ont des compétences multiples, ils font notamment du conseil, de la négociation, de la rédaction d’actes ( il n’existe pas la profession de notaire en Angleterre) et depuis quelques années ils font de la représentation judiciaire.

***§2. Les barristers.***

***A. Carrière.***

Il faut un diplôme universitaire, si ce n’est pas un diplôme de droit il faut quand même un diplôme professionnel commun. L’étudiant qui se présente au barreau doit poser sa candidature.

On commence au stade de junior barrister, ensuite on peut devenir barrister.

***B. Les relations privilégiées entre les juges et les barristers.***

En Angleterre, ils ont une organisation professionnelle, ils doivent être membre d’une fameuse

Inns of Court.

***C. Les relations privilégiées entre les juges et les barristers.***

Généralement, ils sont passés par les mêmes universités, ils ont fréquentés les mêmes centre de formation, les mêmes Inns of ours. Et puis surtout ils sont au moins dans l’approche classique destinés à passer d’une fonction à l’autre.

# Chapitre II - le droit américain

C’est un droit spécifique né de la tradition anglais mais influencé par le modèle civiliste.

## Section I - la formation du droit américain

En 1775, la révolte des colonies anglaises. La guerre d’Indépendance qui s’achève en 1783. La Constitution des États-Unies est signée en 1789 et George Washington est le premier président des EUA.

***§1. The Bill of Rights***

Texte très important en droit américain, c’est une déclaration des droits fondamentaux. Au départ, il n’avait que 13 colonies qui avaient adopté la déclaration d’indépendance et les USA ne comportaient qu’un nombre limité d’États.

De nouveaux États, après la signature de la Constitution, ont été intéressée pour rejoindre les États-Unis. Ces États voulaient des garanties car ils avaient peur d’être absorbés par ce pouvoir fédéral. Ces garanties ils vont les obtenir grâce à l’adoption de cette déclaration des droits en 1791 avec 10 amendements.

Ces amendements viennent limiter les pouvoirs du Gouvernement fédéral et protègent les droits des personnes. On est sous l’influence de la déclaration des droits, avec la Révolution française notamment on y trouve la liberté d’expression, de presse et de religion. Les atteintes les plus graves doivent résulter d’un procès équitable.

***§2. L’influence essentielle du droit anglais.***

Elle provient de l’influence du droit anglais avec les colonies anglaises. Également à travers le judiciary act (1789) qui donne aux juridictions fédérales le pouvoir d’appliquer les règles de common law ou celle de l’Equity. Toutefois, à partir de cette date la décision est prise d’échapper est prise d’échapper au droit anglais tel qu’il pourrait évoluer.

De nouvelles influences juridiques arrivent avec l’arriver de nouveaux États dont l’influence française et notamment le Texas et la Californie sous l’influence hispanique.

***§3. Les traits essentiels du droit américain contemporain.***

C’est un droit écrit et un droit jurisprudentiel sont les deux sources du droit américain. Il y a en effet beaucoup de textes écrits autant en matière fédérale que étatique.

Il en résulte une disparité notamment dans les matières du droit privé qui relèvent des compétences étatiques mais cette disparité est dans beaucoup de domaine atténuée par l’importance de modèle, autrement dit dans un domaine particulier on a très souvent avoir une loi type qui va servir de modèle aux États qui vont plus ou moins l’adapter en fonction de leur histoire mais aussi en fonction des orientations politiques.

Coté droit jurisprudentiel, on fonctionne sur la règle du précèdent mais celle-ci est appliquée souplement en ce sens que les revirements sont admis. Il n’y a pas de common law fédéral car elle est propre à chaque état mais fort heureusement les common law ne sont pas toujours très éloignée. C’est la raison pour laquelle lorsque dans un état il n’y a pas de précédent d’aller chercher un précédent dans un autre état. De plus, on trouve l’existence des travaux de synthèse de l’Américain Law Institute

**Section II - L’État Fédéral.**

Selon le 10è amendement de la Constitution, le pouvoir fédéral ne bénéficie que de compétences limitées énumérées par la Constitution. En conséquence, la quasi totalité des matières de droit privé relève de la compétence des États. Deux exceptions méritent d’être soulignée notamment le droit des procédures collectives et du droit de la propriété intellectuel.

Également, il existe un droit des marques fédérales et à coté de ça il y a des marques de Common Law qui sont des marques étatiques et qui ici s’acquièrent simplement par l’usage.

La séparation des pouvoirs se traduit notamment par le fait que le président ne dispose pas du pouvoir de dissoudre le congrès et inversement. Aussi, le pouvoir judiciaire est indépendant de l’exécutif et du législatif, on retrouve ici la théorie de trois pouvoirs de Montesquieu.

On a également un pouvoir judiciaire fédéral à côté duquel on va trouver des pouvoirs judiciaires pour chaque État.

***§ 1 L’ordre juridictionnel fédéral :*** On va avoir hiérarchiquement la Suprême Court, les cours d’appel puis la district Courts.

***§ 2 Le fonctionnement de la démocratie américaine :*** On a hiérarchiquement la Constitution suivit des trois pouvoirs : législatif, exécutif, judiciaire.

***Qu’est-ce que l’impeachment ?***

C’est une procédure de mise en accusation inscrit à l’article 2 de la Constitution américaine. Elle permet de juger et de destituer un président qui se serait rendu coupable de trahison, corruption ou de crimes et délits majeurs.

La procédure peut aussi s’appliquer aux hauts fonctionnaires du gouvernement : vive-président, juges fédéraux, et membres des cabinets. Elle n’est pas limité dans la durée, elle peut prendre quelques jours comme plusieurs mois.

***La chambre des représentants décide de la tenue du procès :***

C’est à la chambre des représentants d’engager le processus, avec une enquête à son comité judiciaire. À l’issue de ses recherches, le comité soumet une résolution à la chambre des représentant : la motion d’impeachment est alors adoptée ou rejetée. Si une majorité simple estime que les preuves sont suffisantes pour engager une procédure et vote pour l’adoption d’une motion, le procès est ouvert devant le sénat. -> ***Aff TRUMP mise en accusation le 18 décembre 2019***

***Le Sénat juge de la culpabilité ou non :***

En principe, au moment de sa comparution devant le S, l’accusé est suspendu de ses fonctions. Pour juger le president, le sénat n’est plus présidé par le vice président, mais par le président de la Cour suprême. Le procès ressemble à une procédure pénale habituelle, l’accusé est représenté par un ou plusieurs avocats. Si la majorité aux deux tiers des sénateurs juge que le président des USA est coupable, il est destitué et son vice-président le remplace.

***§3. District Court***

Il y en a au moins une par État mais certains États ont plusieurs Distincts Courts. Elles sont compétentes en matière civile et criminelle avec des juges qui sont nommés à vie par le Président avec approbation du Sénat. Aucune compétence juridique n’est en théorie requise.

Les juges ne font que les taches les plus interessantes, les taches de bases sont confiées à des « ***magistrates jugdes*** »

Discorvery disputes : cette procédure se déroule avant le vrai procès, les parties échangent ici des éléments de preuves qu’elles vont utiliser pendant le vrai procès.

Le seul moyen de démettre un juge fédéral de ses fonctions est l’usage de la procédure d’impeachment et qui prendrait aussi la forme d’un procès devant le congrès.

En ce qui concerne la retraite, à 65ans les juges ont le choix entre prendre leur retraite a ou continuer a travailler sous le statut de senior. S’ils e veulent pas prendre leur retraite ils ne compteront plus dans les effectifs et ne travailleront que dans les affaires que le chef de la Cour leur donne.

***A. Les compétences des Distincts Courts.***

*Les cas de compétences :*

* L’État fédéral est demandeur ou défendeur
* La demande est fondée sur une lo fédérale autrement dit le moyen de droit invoqué s’appui sur une loi fédérale.
* « Diversity » plusieurs cas : lorsqu’il y a un coté droit international privé on parle de « diversity of citzenship » ; lorsqu’une partie n’est pas ressortissant américain : la question de la somme en jeu. Dans ces cas, la juridiction fédérale peut se retrouver obligée d’appliquer un droit étatique et c’est la question des conflits de loi.
* ***B. La représentation.***

Les parties doivent en principe être représentées par un « attorney ». Il n’y a pas de qualification pour intervenir devant une juridiction fédérale, il suffit d’être inscrit dans le barreau de l’État dans lequel se situe la Cour de district.

Il y a quelques exceptions lorsqu’on doit plaider en matière de brevet de marque devant l’office fédérale, c’est une juridiction spécialisée qui règle les conflits.

***C. Le fonctionnement***.

Le jury en droit américain joue un rôle beaucoup plus important qu’en droit anglais. Le rôle des distincts Courts est l’établissement des faits qui seront ensuite tenus pour acquis pour toute la suite de la procédure, y compris devant les autres cours. Ceci s’explique en grande partie par le rôle classique du jury lequel peut exister en matière pénale mais aussi en matière civile. Cette permanence du jury résulte du 7è amendement qui confère à toute personne le droit d’être jugé par un jury qui se prononcera sur les questions de faits en cas de doute sur l’admissibilité d’une preuve, le juge tranchera.

Les parties peuvent renoncer au jury car le jury est une institution très critiquée parce que les gens ne sont pas toujours très compétent.

***D. Les autres courts fédérales.***

Dans chaque ressort de Cour de distinct il y a aussi une Cour spécialisée qu’on appelle des « banques route ».

Également, il existe des cours en matières de douanes et de commerces internationales qui intervient dans des matières qui intéressent l’administration fédérale. Lorsqu’une personne agit pour demander une réparation financière c’est une juridiction spécialisée. Enfin, il existe une Cour spécialisée en matière d’impôt.

***§4. Les Cours fédérales d’appel***

Une Cour d’appel fédérale peut valoir pour plusieurs États. Il y a 12 cours fédérales d’appel aussi appelées « Cours constitutionnelles ». Elle statuent généralement à 3 juges.

***A. La compétence.***

En principe, on peut interjeter appel contre les décisions rendues en matières civiles ou criminelles, rendues par les Cours de distincts. Sachant que le système n’est pas simple, il peut y avoir un système de spécialisation comme en matière de brevet. Il y a aussi des variétés particulières d’appel qui ne peuvent être portées devant le Cour Suprême.

***B. Fonctionnement.***

Ces cours d’appels ne stayer pas sur les faits qui sont tenus pour acquis dès le premier degré. Le fonctionnement est un fonctionnement collégial, les audiences sont facultatives seulement si l’affaire parait le mériter.

***§5. La Cour suprême.***

1. ***Les membres***

Il y a 9 membres nommés à vie par le Président avec l’approbation du Sénat.

1. ***Les compétences***

Elle a une compétence constitutionnelle, elle s’étendra à toutes les affaires in Law and Equity, elle a donc une cour de compétence générale constitutionnelle elle va toucher a tout ce qui touche a l’application et à la construction et à la déclaration des droits. Elle chapeaute aussi la juridiction fédérale.

1. ***La sélection des affaires.***

Les affaires sont sélectionnées et il y en a une centaine par an sur 8000 ou 9000. La décision se prend à quatre voix sur neuf. Si elle accepte, elle délivre un writ of certiorari qui est un mandat qui enjoint à la Cour qui a jugé l’affaire au préalable de lui transmettre le dossier.

Également, il y a des critères de sélections qui sont des divergences de jurisprudence entre les cours d’appel fédérales ou les cours suprêmes de État, l’importance d’une question de droit fédéral, ou encore des erreurs de juridictions inférieure méritant une réparation.

**Section III - les États fédérés**

Les États fédérés ont un pouvoir souverain sur toutes les questions juridiques qui n’ont pas été transférées au pouvoir fédéral.

Le pouvoir exécutif est exercé par un gouverneur élu au suffrage universel direct. Chaque État dispose de son propre ordre juridictionnel.

• Les juridictions des États fédérés.

Elles traitent la majeure partie des litiges. Les procédures s’inspirent pour l’essentiel de la procédure fédérale mais chaque État à sa propre procédure. Les juridictions de premier degré sont seules compétentes pour établir les faits. Les Cours d’appel jugent donc seulement le droit.

Les cours suprêmes se réserve aussi le plus souvent la faculté de sélectionner les affaires dont elles vont connaitre.

***§1. Le statut des juges des États fédérés.***

***A. L’élection des juges.***

Dans la plupart des États fédérés, les juges sont élus au suffrage universel direct. Trois grands système d’élection coexistent notamment la désignation des juges par les parties politiques (Texas), également présentation libre, autrement dit sans investiture (Californie/Floride), enfin les juges sont nommés par le gouverneur sur proposition d’une commission indépendante puis maintenus dans leur fonction par une sélection.

***B. Statut et fonctionnement.***

La durée du mandat est très variable notamment elle peut aller de deux ans à un mandat à vie. Également, des juridictions du premier degré qui statue à juge unique alors que les Cour d’appel et Suprême statut de façon collégiale.

***§2. Les rapports entre droit fédéral et droit étatique***

La suprématie du droit fédéral sur les droits étatiques se traduit par la possibilité offerte à la Cour Suprême fédérale de contrôler l’application du droit fédéral par les juridictions des États.

Deux conditions sont requises :

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

Actualité : un bras de fer est engagé entre Donard Trump et la justice américaine.

**Section IV - la place du jury dans le droit américain**

La place du jury est importante aussi bien en matière pénale qu’en matière civile. Mais en même temps, le jury est en recul et il est l’objet de critiques.

## *§1. La distinction entre grand et petit jury*

Le grand jury est un jury d’accusation alors que le petit jury est un jury de jugement. Ce grand jury est prévu par le 5è amendement. Dans l’affaire Hurtado v. California, cet amendement ne s’imposait pas aux États et donc de renvoyer un jugement sans passer devant le grand jury.

Les petits jury on va l’avoir en matière civile et pénale, il va décider si le défendeur est coupable ou non coupable de l’infraction qui lui est reproché.

## *§2. The grand jury*

23 juré fédéral, entre 7 à 23 jurés pour les États s’il en existe un. Ceux-ci ont préférés une mise en accusation par comparution devant un juge. Devant les juridictions fédérales, le grand jury est obligatoire mais l’accusé peut y renoncer en passant par une procédure d’information.

Ce grand jury a pour mission de décider s’il existe suffisamment de charge de preuve pour renvoyer l’inculpé devant le tribunal et il vient en quelque sorte doubler, vérifier l’analyse du procureur.

L’institution est très critiquée et notamment en raison de la procédure suivit, la personne n’est pas toujours assistée par un avocat et elle n’a pas la possibilité de faire entendre ses propres témoins, on va seulement entendre ici les témoins à charge. Ce grand jury va ensuite opter soit pour un acte d’accusation soit pour un « no bill » ce qui signifie qu’il n’y a pas suffisamment de preuves pour le renvoyer devant le tribunal.

## *§3. Le petit jury*

Le rôle des jurés est examiner les preuves, écouter les arguments des parties à la lumière des indications données par les juges. Ici, le rôle du juge est de déterminer la loi applicable à l’affaire pendant que le jury décide des faits.

## *A. Petit (trial) jury - criminal case*

En principe, douze personnes. Si l’accusé ne plaide pas coupable, il doit être soumis au petit jury. Ensuite, le juge indique au jury les lois applicables et le jury doit statuer sur les faits prouvés. Sur cette base, le rôle du jury sera simplement de déterminer si le prévenu ou l’accusé est coupable ou non coupable des infractions qui lui sont reprochées.

## *B. Le civil petit jury*

Le demandeur forme une demande contre le défendeur, on a des conclusions en défense et puis les prétentions divergent sur des questions de fait et de droit.

Un exemple d’affaire civile devant a fédéral district court : le demandeur forme une demande contre le défendeur, on a des conclusions en défense. Et puis les prétentions divergent souvent sur les Q de fait ou de D. La logique reste la même qu’en France.

**Les étapes** :

* Le voir dire examination = avant la phase de jugement on va appeler un groupe de juré dans la salle d’audience, on leur fait prêter serment, et on les informe de la nature du cas qui sont appelés à jurer, des parties impliqués, puis interroger par le juge et éventuellement par les avocats des parties dans l’objectif de s’assurer de leur impartialité.
* Les jurés retenus vont prêter serment (le serment solennel).

**Les 8 étapes du procès** :

* + Ouverture de l’affaire
  + Demandeur appelle ses témoins et produit les moyens de preuve à ses arguments
  + Défendeur peut appeler des témoins et assortir avec des éléments de preuve pour faire  tomber les prétentions de son adversaire.
  + Le demandeur peut à son tour de rappeler des témoins pour faire tomber les  prétentions de son défendeur.
  + Les plaidoiries terminales, de fin, qui sont faites les juristes représentant les différentes  parties.
  + Le juge informe le cadre juridique au jury.
  + Le jury se retire pour délibérer.
  + Le jury rend son verdict.

# Exemple d’affaire civile devant a fédéral district court Quelques caractéristiques : - La « cross examination »

- Le juge peut être appelé, en cours d’audience, à trancher des questions de droit particulières comme celles des objections en matière de témoignages. L’objection est une protestation dans des formes procédurales soulevée devant la Cour à l’occasion d’un procès pour essayer d’écarter le témoignage de l’adversaire.

**SECTION V - La procédure de Discovery**

C’est une procédure préalable au procès au cours de laquelle chaque partie peut exiger de son adversaire l**a production des éléments de preuve qu’il va utiliser**. La quasi-totalité des affaires civiles donnent lieu à un arrangement amiable après la procédure de Discovery. Cette procédure est très onéreuse. Elle est mise en oeuvre par les parties elles-mêmes sous le contrôle lointain du juge.

***A. Les documents échangés***

### 1. La notion d’éléments pertinent “relevant”

« Relevant » signifie qu’il y a un lien plus ou moins étroit avec un fait susceptible d’influer sur la solution du litige. Dans le système américain le principe est que cette notion concerne tous les éléments ayant un rapport avec l’affaire à l’exceptions de quelques éléments;

⇒ ceux relatifs aux contacts entre l’avocat et son client (documents destinés à préparer le procès). ⇒ ceux relatifs aux rapports entre la partie et son médecin (certains éléments qui touchent à la santé).

**2. La forme des échanges Ça peut être** :

* Des documents écrits.
* Des dépositions (témoignages), ce sont des déclarations sous serment qui devront être communiquées à l’adversaire. La partie adverse peut en plus de la déposition exiger que le témoin réponde à des questions écrites toujours sous serment.

## B. Le poids de la procédure fédérale

Les règles de procédure fédérale, non seulement constitue les règles à suivre mais également que la plupart des juridictions étatiques s’en sont inspirées.

Dans cette procédure, il faut spontanément communiquer les pièces. Exceptionnellement, la Cour à laquelle on va le demander, une partie peut obtenir l’autorisation de réduire le contenu si certains éléments paraissent redondants superflus ou disproportionnés.

## C. Les critiques adressées au système de Discovery

« La découverte est tout sauf... des centaines de milliers de dollars pour maintenir le statu quo, pour préserver les riches en information au détriment des pauvres en information. Des milliers d'heures d'avocats pour que le processus de divulgation soit aussi peu révélateur que possible. Les meilleurs esprits d'une génération qui réfléchissent à de nouvelles façons de manipuler, de déformer et de dissimuler. » - Cameron Stracher Attorney.

**SECTION VI - L’interrogation des témoins**

Elle relève des règles de preuve. Celles-ci sont régies par les États mais la plupart ont pris pour modèle the fédéral rules of Evidence.

Les notions à connaître :

* L’examen direct du témoin : un avocat appelle les témoins favorable à son client à témoigner. Le témoin est livré ensuite à l’adversaire qui va essayer de le déstabiliser. Si la formulation des questions n’est pas respecté il y a objection. Les questions ne doivent pas être orientées.
* La notion de leading question ⇒ Les questions qui peuvent faire l’objet d’une objection
* La cross examination. Que ce soit dans la phase directe ou dans la cross examination, si on formule mal une question et qu’on pose une question orientée (leading question) et on peut se voir entendre une objection.

## *A. La directe examination*

C’est la première phase d’interrogation du témoins. Dans certains pays, elle est dénommée examination-in-chief. Elle est menée par l’avocat qui présente un témoin en faveur de son client. Elle sert à établir la preuve d’un ou de plusieurs faits avancés par l’avocat au soutien de la prétention de son client.

## *B. Les leading questions*

Dans la phase de la direct examination, les leading questions sont interdites car elle risquent d’orienter ou de fausser la déclaration du témoin.

Toutefois, dans certains cas particuliers, il est aussi possible d’utiliser les leading questions à l’encontre du témoin en faveur de son client. Ce sera le cas lorsque celui-ci doit être traité avec précaution, un enfant par exemple. En revanche, dans la cross examination, il est possible de poser des questions orientées car le témoin est réputé hostile, de même lorsque l’avocat interroge un témoin hostile ou une partie adverse, il peut utiliser les leadings questions.

**D’autre questions pouvant faire l’objet d’une objection** :

Ce sont des questions qui contiennent des informations implicites. Par exemple have you stopped beating your dog ?

L’objection peut aussi être fondée sur le fait que la question posée soit porte sur des faits qui ne sont pas dans le débat.

## *C. La cross examination*

C’est l’interrogation d’un témoin appelé par l’adversaire. Elle suit sa direct examination. Elle peut être suivie dans certains pays par une redirect-examination. Dans la plupart des pays de comme law dont les états unis, l’avocat qui interroge dans le cadre de l’examen croisé du témoin n’a pas la possibilité de poser des questions qui n’ont pas de rapport avec des questions qui n’ont pas été évoquées dans la « direct examination ». Dans cette phase on peut utiliser des questions brouillonnes.

Dans les grosses affaires l’avocat passe plusieurs heures à préparer son témoin, préparation sur ses déclarations, ses gestes pour séduire les jury et afin qu’il soit solide pour la phase de pression lors des questions de l’adversaire. Toutes ces heures de préparations sont couteuses car l’avocat est rémunéré.

**SECTION VII - La règle du précédent et les revirements de jurisprudence**

« Stare decisis » signifie que les décisions précédentes doivent être regardées comme des précedénts obligatoires conformément aux règles de jurisprudences, « case law » = loi des cas.

## *A. Le fondement du stare decisis*

L’idée est de s’appuyer sur ce qui a été décidé dans un but de sécurité juridique. Les parties doivent avoir une assurance raisonnable sur les règles de droit qui vont gouverner leur situation juridique.

Cela repose sur l'hypothèse que la sécurité, la prévisibilité et la stabilité du droit sont les principaux objectifs du système juridique, c'est-à-dire que les parties doivent pouvoir régler leur conduite et entrer en relation avec une assurance raisonnable des règles de droit en vigueur".

## *B. La portée de la règle*

Rôle essentiel de la règle du précédent. Les deux aspects de cette règle du précédent sont :

* Le caractère impératif, obligatoire de certains précédents. Ce sont les *binding precedents.*
* Le second réside dans l’idée que les revirements doivent être exceptionnels. -

### 1. Les différents types de précédents

Il y a les précédents absolument obligatoires et les précédents de persuasion. Cela regroupe la distinction entre l’horizontalité et la verticalité du précédent.

**Les Blinding precedents** :

Ce sont les précédents de la cour compétente car une cour est tenue par ses propres précédents. Les précédents des cours supérieures. Les précédents des cours fédérales sont obligatoires pour les cours étatiques statuant sur une question de droit fédéral.

**Persuasive precedents** :

Précédent émanant d’une cour inférieure.

Précédent émanant d’une cour étatique de même rang mais rattachée à un autre état.

La distinction entre vertical et horizontal stare decisis :

* **Vertical stare decisis** : idée selon laquelle les juridictions inférieures sont tenues de suivre les précédents des cours supérieures.
* **Horizontal stare decisis** : idée selon laquelle les juges sont tenus par les décisions de leurs prédécesseurs et par celles de ceux des juridictions de rang équivalent.

Le plus important est ici de retenir que les précédents n’ont pas tous la même valeur.

### 2. La règle du précédent et les revirements

Les revirements sont rares au RU, ils sont admis depuis 1966. Ils sont plus fréquents aux EU. Devant la Cour suprême, le principe est appliqués avec souplesse.

# SECTION VIII - Le rôle politique de la Cour suprême

Cette Cour suprême américaine a une double fonction. Comme sa démonstration l’indique, elle est au sommet de la hiérarchie des tribunaux américains. Elle est aussi une Cour constitutionnelle.

Le grand saut : **Marbury VS Madison, 1803** : elle s’est donnée le pouvoir d’un contrôle de constitutionnalité.

Elle traite peu d’affaires, elle filtre énormément les affaires sur lesquelles elle veut travailler.

En tant que Cour constitutionnelle elle intervient souvent sur la base de Due Process of law sur la base du 5e amendement pour la fédération et le 14e amendement pour les États. Elle intervient aussi sur la clause d’égalité.

## A. Les étapes de la politique jurisprudentielle de la Cour suprême

On considère globalement qu’il y a 4 périodes :

1. **1830 - 1880** : période du judicial restraint
2. **1880 - 1937** : période de l’anti-interventionnisme
3. **1937 - 1980** : période de l’activisme judiciaire. Brown en 1954.
4. Période contemporaine.

### The Seattle Case, June 2008

Les faits étaient qu’un père voulait retirer son enfant de l’école pour une autre car ils déménageaient. L’école lui a refuser le départ car autrement le quota d’élèves blancs de l’école ne serait pas respectés.

L’idée émise par le président de la Cour, John Roberts est que « pour mettre un terme à la discrimination fondée sur la race, il faut arrêter de faire de la discrimination sur le fondement de la race ».

## B. Quelques autres affaires

1. **Montjeto V. Louisiana** : 29 mai 2009, renverse la jurisprudence Michigan v Jackson de 1986 sur les interrogatoires de police à la demande des démocrates qui permettait d’obtenir l’annulation des aveux obtenus par la police alors que le suspect avait demandé et pas encore obtenu une assistance juridique. Son abandon a été considéré par les libéraux comme un recul des droits de la défense.
2. **District Attorney’Office V. Osborne** du 18 juin 2009 refusant d’accorder un droit constitutionnel aux personnes condamnées s’étant déclarées coupables, à test ADN afin de les innocenter. Cette question est considérée comme relevant des législations étatiques.
3. **Ricci v. Destefano** de juin 2009 sanctionnant une discrimination positive en matière d’évolution de carrière. En l’espèce une plainte a été posée par 19 pompiers contre la municipalité qui les employait car ils avaient passés des tests pour bénéficier d’une promotion, leur résultats était très bons mais la municipalité a déclaré qu’aucun des pompiers noirs n’avait mérité de promotion. La Cour suprême a considéré que la municipalité n’avait pas apportée la preuve de la légitimité d’une discrimination positive afin de redresser les inégalités de fait favorisés par un traitement identique de tous les candidats.
4. **Snyder v. Phelps** de mars 2011 (8 voix contre 1) décidant que le premier amendement sur la liberté d’expression protège le droit de l’église conservatrice Westboro Baptist Church à organiser des manifestations homophobes lors d’enterrement de soldats.
5. **Aff. Roe v. Wade** en 1973 un des arrêts les plus célèbres de la cour supreme relative à une tentative d’avortement. En 1970, une jeune femme a contesté la loi du Texas interdisant la pratique de l’avortement. Elle a porté plainte. La question est actuellement toujours en débat. On n’interdit pas l’avortement aujourd’hui mais il n’y a plus aucun moyen matériel d’avorter.
6. **District of Columbia V. Heller** : le district de Columbia a interdit le port d’arme individuel. Saisi d’un recours contre ce texte, la Cour a dû dire, a une courte majorité 5/4 que si le droit d’être armé tel qu’il figure dans la Constitution est un droit collectif ou individuel. Le port d’arme est constitutionnel, ce qui sont contre ce port d’arme défendent le fait que le port d’arme serait un droit collectif et non individuel. Dans la décision rendue en 2008 la Cour a jugé que le second amendement établissait un droit individuel curarisant la possession et le port d’arme pour l’autodéfense et la chasse tout en admettant que certains aspects de ce droit puisse être réglementé en interdisant le port d’arme par des personnes à risque ou en l’interdisant dans les lieux public ou encore excluant certaines avec de guerre.

Elle a repris cette position en 2010 dans un autre cas. En décembre 2010 elle a accepté un nouveau cas relatif à la législation de NYC contrôlant le port d’arme.

1. **Le mariage gay — évolution en deux temps** : le 6 octobre 2014 la Cour supreme a refusé d’examiner la question du mariage entre personnes de même sexe.

Le 26 juin 2015 elle a considéré que c’était un droit constitutionnel en vertu du 14e amendement de la Constitution des EU. Cet arrêt a pour principal effet de rendre le mariage homosexuel légal dans l’ensemble des EU.

**PARTIE 2 Les systèmes de droit orientaux**

**Chapitre 1 : Le droit chinois**

**SECTION I - Historique l’héritage impérial**

Le point de départ est la doctrine de **Maitre Kong** que les jésuites ont appelés Confusius (551-479 avant JC). Le droit impérial à partir de la dynastie Tang (618).

## A. Le confucianisme

Il semble que Maitre Kong soit issu d’une famille de la basse aristocratie. Il passe pour avoir conseillé les ducs de Lu, avoir été ministre et avoir démissionné pour marquer son désaccord avec l’immoralité de ses maitres. Il semble que s’il on s’en tient à la légende que l’État voisin, inquiet de la puissance grandissante des Lu air envoyé 100 chevaux de valeur et 80 belles danseuses. La jouissance de ces cadeaux aurait conduit le duc à négliger ses devoirs officiels pendant trois jours, provoquant la déception de Confusius. Vieux débat sur la place de la moralité dans la vie publique.

Son oeuvre regroupe les classiques et les livres du confucianisme. Certains auraient été rédigés par lui-même il s’agir de certains passages du livre des changements, des documents historiques, des annales du printemps, etc.

### B. Le contenu de sa pensée

Il se présente comme celui qui transmet. Sa doctrine insiste sur l’importance de l’étude et de la morale. Vivant dans une époque troublée par les guerres féodales, il insiste sur la nécessité de restaurer un ordre divin aide de restaurer la paix et la prospérité. L’un de ses enseignements les plus fameux est la règle d’or :

* Traiter les autres comme vous voudriez qu’ils vous traitent.
* À l’un de ces disciples qui lui demandait « existe-t-il un mot qui pourrait guider la vie d’une personne ? » il répond « n’imposez pas aux autres ce que vous ne choisiriez pas pour vous même ». C’est une variante de la règle d’or.

Son but parait avoir été de restaurer un État unifié dans lequel l’accession aux pouvoirs se ferait sur la base du mérité (concours) et non des relations ou de la parenté. Ces gouvernants transmettraient par imitation, leurs vertus au peuple.

Il semble que le succès de la pensée de Maitre Kong s’explique, en partie, par le fait qu’elle s’est inscrite dans la tradition chinoise antérieure. Il insiste sur la force des liens de hiérarchie familiale. Il évoque notamment 5 relations fondamentales unissant un supérieur à un inférieur : - Le père et son fils.

* Le mari et sa femme - Le souverain et son sujet.
* Le frère ainé et le cadet.
* À laquelle il convient d'ajouter une relation d’égalité entre deux amis.

### C.Le li et le fa

Le li correspond à l’ordre naturel des choses. Il est lié à trois aspects de la vie :

* Les rites (de type religieux).
* Les institutions politiques et sociales.
* La morale de tous les jours.

Il s’agit d’une sorte d’ordre moral naturel prenant pour modèle les règles éternelles du ciel et de la terre. Le li établit un rapport entre la conduite individuelle des personnes et la mise en place d’une société idéale. Il en fait quelque chose de flexible, un ensemble de vertus qu’il faut adapter aux différentes situations. Le li est en même temps basé sur la notion de réciprocité. Celle-ci apparait dans les relations hiérarchiques. L’inférieur doit obéir mais le supérieur doit le protéger, le traité avec bonté.

Sa pensée politique voit dans l’étique un mode de gouvernante. Par exemple, il indique que si le peuple est gouverné par la loi, la conduite des hommes sera imposée par la peur d’une punition. Ils vont donc se limiter à essayer d’éviter la punition mais ne développeront aucun sens moral. Alors que s’ils sont gouvernés par la vertu, leur conduite leur sera dictée par le sens de ce qui est juste et leur sentiment moral se développera.

Le FA est un système normatif externe fondé sur la punition. Par exemple, les rapports de hiérarchie doivent être sous l’empreinte du li. Le supérieur doit protection, gentille et affection à l’inférieur.

C’est d’abord une pensée morale. Ce fut usais la doctrine officielle de l’État, elle a favorisé le pouvoir absolu de l’empereur et a été utilisée pour justifier l’absence de contrôle démocratique. L’équilibre se trouvait notamment dans le sens du devoir imposé aux supérieurs et dans la recherche de l’harmonie qui devait dicter la conduite des uns et des autres.

Le procès marque l’échec du LI et traduit une rupture de l’harmonie.

1. **Le légisme :**

IVè avant JC, les légismes étaient des penseurs réunis sous l’appellation de légistes, contestent une partie des principes de Maitre Kong. Ils préconisent un gouvernement par la loi, et militent en faveur d’une loi générale et abstraite, donc en l’absence de privilèges en matière judiciaire ou pénale. Toutefois, ils rejoignent maitre Kong en ce sens qu’ils justifient aussi l’absolutisme du pouvoir du souverain.

1. **Le droit de la chine impériale.**

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

Les codes (Tang, Ming 1358-1644, Qing 1644-1911) se caractérisaient par un grand conservatisme lequel était le fruit de la doctrine de Confucius. Ils étaient donc quasi-sacrés. Toutefois, ils se révélaient à bien des égards incomplets et archaïques. C’est la raison pour laquelle ils furent complétés, par un droit secondaire. Ce droit secondaire était constitué de commentaire officiel, de texte complémentaire et de la jurisprudence codifiée. Par exemple, les 436 articles du code Qing étaient complétés par 1900 articles.

Le code Qing ( 1740) :

* Ce code était divisé en sept parties, il était extrêmement détaillé car le droit chinois reposait principalement sur un système d’interdictions assorties de sanctions. M. Cuniberti donne l’exemple dans son ouvrage les dettes. Ne pas payer ses dettes exposait le débiteur à recevoir 10 coups de bambou, plus un coup de bambou par mois de retard.

Le droit pénal dans le Code Qing

* l’aveu était essentiel, ce qui explique, sans le justifier bien sur, l’usage de la torture.
* Il était aussi basé sur l’idée traditionnelle selon laquelle la loi pénale doit avoir un fondement moral. Elle doit notamment avoir pour but de permettre au délinquant de réaliser sa faute.
* Les crimes les plus graves devaient être rapportés à l’empereur et punis avec son accord

Le droit civil n’est pas absent dans le dernier code impérial, mais il est pris en considération seulement dans ses aspects touchant à l’ordre social ( famille, succession) et est traité selon une approche pénale. Le droit des contrats est en revanche le grand absent des codes civils chinois, on considérait que ça concernait directement les personnes et non la société.

### Le domaine privilégié du droit impérial

Le droit impérial est essentiellement du droit public en ce sens qu’il régit principalement l’action de l’administration. Ce trait du droit chinois se retrouvent dans le statut du magistrat. Le magistrat est un personnage clé du fonctionnement de la société chinoise. Il avait des fonctions diverses :

* il s’agit avant tout d’un fonctionnaire qui représente le pouvoir impérial, dans un nombre important de domaines (défense de la population, conduite des cérémonies religieuses, accès à la fonction publique, supervision des travaux publics, maintient de l’ordre) et bien évidemment il tranche les litiges.
* Théoriquement, ils devaient rendre la justice en appliquant le code, mais il semble que das les matières civiles, ils en aient bien souvent tempéré la sévérité en couraient la médiation ou en faisant prévaloir les coutumes locales moins sévères.

### Le rôle des coutumes dans la chine impériale

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

### Les modes non processeurs de règlements des litiges

Les litiges qui relèvent des matières coutumières sont généralement réglés par la médiation, celleci intervenait selon la matière ou le contexte soit au sein de la famille ou du clan ou du village. Cette idée de médiation à plusieurs niveaux a perduré dans beaucoup de pays orientaux.

L’intérêt de la médiation permettait d’éviter les couts et peines. Sur le plan des métiers, il y avait aussi des corporations reconnues par le pouvoir impérial et elles comprenaient des tribunaux qui jouaient le rôle de premier instance.

### L’influence du confucianisme

Elle se retrouve à la fois dans le droit substantiels et dans la mise en oeuvre des règles. Dans le droit substantiel, elle en explique certaines particularités. Par exemple, il était indiqué dans les codes que l’infraction commise par un inférieur au détriment d’un supérieur soit punie plus sévèrement, que celle commise par le supérieur au détriment de l’inférieur.

Il était admis que les solutions de droit positif puissent être écartées lorsqu’elles apparaissaient dans une affaire donnée contraire aux enseignements de la doctrine de Confucius.

**SECTION II : la formation du droit moderne**

***§1. La parenthèse républicaine***

Au début du XXè siècle, un vent d’opposition souffle sur la chine (vent de l’est). Un certain nombre d’intellectuels et d’officiers militent en faveur de l’établissement d’un république. À la suite d’une série de révoltes, la république est proclamée en 1912 mais très vite, après l’abdication de l’Empereur, le pouvoir est confisqué par un militaire, commandant de l’armée nouvelle et ancien premier ministre de l’empereur.

Celle-ci se déclare, lui-même, empereur en 1915 et meurt en 1916. La chine est déchirée par les conflits que se livrent ceux que l’ont a désigné comme les seigneurs de la guerre qui se repartissent les débris de l’empire

Dans les années 1920, Sun-Yat-Sen établit une base révolutionnaire dans le sud de la chine et s’emploie à réunifier la chine, en s’alliant notamment avec les communistes. Après sa mort en 1925, son successeur Chiang Kai-Shek, prend le contrôle de son parti, le parti national et parvient au prix d’une campagne militaire à prendre le contrôle du sud et du centre de la chine. Après avoir battu les seigneurs de la guerre, il s’allie avec eux pour chasser les communistes. Ceux-ci reprirent un avantage au terme de la longue marche organisée par Mao Tse-tung. Entre-temps, ils s’allièrent brièvement pour tenter de chasser les japonais qui au cours de la 2d guerre mondiale, avaient réussi à envahir la chine.

**Et le droit dans tout ça ?**

La dynastie Qing projetait une réforme de sa législation, mais les règles élaborées dans cette perspective, n’avaient pas eu le temps d’être promulguées. Ce fut donc le gouvernement républicain qui, entre 1928 et 1935, opéra la grande réforme du droit chinois en prenant pour modèle le droit occidental, notamment allemand, qui avait déjà largement influencé l’évolution du droit japonais. La nouvelle législation est présentée sous le nom des « Six Lois » par référence aux 6 grandes matières abordées.

***§2. Le droit dans la chine communiste.***

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

**L’instauration de la république populaire**

L’état de droit a été modifié par étapes :

* La propriété privée est grignotée progressivement. Beaucoup de grandes entreprises sont nationalisées, mais des archelles de secteur privé demeurent quelques années encore, surtout dans le domaine industrie. En 1956, le phénomène est quasi achevé, la propriété est quasi rebute à néant.
* Le droit adopté par le Kuomintang est abrogé et remplacé par un système juridique socialiste.
* En 1954, une constitution basée sur le modèle soviétique (famille, pénal)
* Les regles de droit classiques sont supplantées par le concept de document normatif, emprunté aux juristes soviétiques. Il consacre la puissance de l’administration et donc du parti. Le parti se mêle de tout y compris de régler la vie privée des personnes.
* En theorie, les litiges sont réglés par les comités de médiation dont la mission est de veiller à l’éducation du peuple et à la reconstruction nationale.
* Les différents de type commerciaux étaient réglés directement par l’administration, la chine ayant refusé la mise ne place de recours d’arbitrage inspirées du modele soviétique.

**Les cents fleurs et leurs épines.**

* 1956 les cent fleurs et la campagne anti-droitière : l’objectif officiel des cents-fleurs est de laisser éclore cent fleurs et cent écoles de pensée. Il est donc demandé aux citoyens de s’exprimer sur le parti afin que celui-ci puisse s’améliorer. Beaucoup tomberont dans le piège et critiqueront l’administration. En 1917, le parti se livre à une large et violente répression.

Au début de la révolution criminelle : Mao se retrouve dans une position délicate. Il lance a Shanghai la bande révolution culturelle prolétarienne destinée à lutter contre l’évolution capitaliste et révisionniste du pays. Elle repose sur une prune à grande échelle. Les gardes rouges (essentiellement de jeune chinois sans aucune éducation) entreprennent de traquer les révisionnistes dans les administrations. C’est une époque de vandalisme culturel même les fleurs sont arrachées des jardins publics car elles représentant le capitalisme. Le droit est à nouveau visé, les facultés mais aussi les tribunaux sont fermés.

### La mort de Mao et le retour du droit

En 1976, mort de Mao et retour au pouvoir de DENG XIAOPING. L’économie et le droit rentrent en grâce. L’autarcie est abandonnée et la chine s’ouvre aux investissements étrangers. Une nouvelle constitution est adoptée.

**Section III - les sources formelles du droit chinois.**

Les choses ont bougés avec la Constitution de 1982. Celle-ci représente la chine comme étant un État de droit tout en continuant à consacrer la prééminence du parti communiste et des doctrines sociales.

L’assemblée nationale est en quelque sorte le pouvoir législatif suprême en ce sens qu’elle adopte seulement les lois fondamentales. Les autres lois relèvent de la compétence du comité permanent de l’assemblée. Le conseil des affaires de l’État est investi d’un pouvoir réglementaire propre et dérivé. Il peut en outre déléguer son pouvoir à d’autres AA.

Même si la chine n’est pas une fédération, les autorités locales ont des pouvoirs propres importants et édicte partie des normes juridiques à tel point que le législateur nationale a du en 2000 légiférer pour réduire leur domaine de compétence.

**Section IV- quelques tendances du droit chinois contemporain**

La Constitution de 1982 consacre de nouveaux pinces qui marquent un infléchissement de l’idéologie. L’article 6 consacre le principe selon lequel « chacun donne en fonction de ses capacités et chacun reçoit en fonction de son travail ». L’article 13 admet la propriété privée de certains biens personnels et des entreprises privées, incluant les entreprises étrangères.

En 1988, des amendements autorisant la co-existence du secteur privé et du secteur étatique dans certains domaines, d’autres instituent des droits d’exploitation transmissibles sur les terres. En 1993, l’État socialiste planifié laisse place à l’économie de marché socialiste. L’adhésion de la chine à l’OMC a contribué à accélérer les mutations du droit chinois.

En octobre 2007, une nouvelle loi sur la propriété privée est entrée en vigueur.

**Le droit civil :**

En 1986 - adoption des principes généraux du droit civil.

* Les articles 2 et 3 consacrent l’égalité « ping deng » des citoyens devant la loi.
* Ces principes portent la marque de l’esprit communiste du droit civil.

L’article 26 introduit les entreprises individuelles « ge ti Shang hu » qui doivent être enregistrées pour exploiter les activités industrielles ou commerciales. Les exploitants sont responsables sur leurs biens personnels pour les dettes encourus en relation avec l’activité.

On avait aussi l’idée de société qu’on retrouvait à l’article 30 lequel permet à des individus de s’associer dans une entreprise par des rapports en numéraire ou en nature. Le deuxième étape c’est l’adoption des dispositions générales du droit civil adoptée le 15 mars 2017. C’était la première étape d’un code civil qui comprends 5 tomes. L’objectif reste l’élaboration d’un code civil chinois pour 2020.

### •Le droit économique

Amendée en ce sens en 1993, la constitution dispose désormais « L’État pratique une économie de marché socialiste. L’État adopte une législation économique e améliore le contrôle de l’économie.

Dans ce but un système légal a été mis en place pour permettre une transition en douceur vers l’économie de marché socialiste.

### •Le droit rural

Les terres agricoles sont la propriété des collectivités villageoises qui les ont concédées à des familles et les paysans vendent librement leur récoltes. Les entreprises rurales ont, dans leur grande majorité, été transformées en coopératives ou en société par actions et les parts ont été distribués aux cadres et aux salariés.

### •L’apparition d’un droit économique

Dans les années 1990, de nombreux textes sont adoptés afin d’instaurer une économie de marché. Ils concernant notamment le droit des sociétés, les investissements étrangers, le droit des contrats, le droit de la concurrence….

**•Judiciarisation de la vie des affaires.**

Des procédures de recours administratifs ont été mises en place mais il semble que les entreprises hésitent à les utiliser.

L’arbitrage est beaucoup sollicité tant au niveau national qu’au niveau international.

### • Les difficultés - quelques exemples

La privatisation sauvage des terres agricoles. Alors que l’attachement du gouvernement chinois à la propriété collective des terres agricoles donnait le sentiment d’être l’un des rares principes communistes à suivre dans la chine moderne, les transactions illégales sur les terres agricoles se multiplient.

C’est ainsi, par exemple, que la presse chinoise était du recours massif par les municipalités à de faux titre de propriété revendus au prié et ayant servi de ganratie à des milliards de prêts bancaires.

Une étude réalisée par une université américaine relève que les autorités locales rachètent les terres en moyenne 43 fois moins cher que ce quelles les revendent aux promoteurs.

À un moment, il y avait entre 100 et 150 manifestations par jour. Il semble que, dans les faits, la notion d’État de droit n’est pas été parfaitement assimilée notamment par une partie de l’élite dirigeante. Ce fut jusqu’en 2013 avec par exemple du « loagal ». Il a été officiellement supprimé en 2013. Les regles du parti jouent un rôle sans qu’il s’agisse de règle de droit officielle.

### • La médiation

Manque de confiance dans les tribunaux qui explique qu’une grande partie des litiges soient réglés par la voie de la médiation. La loi du 18 aout 2010 sur la médiation du peuple encourage les citoyens à régler leur litige en dehors des tribunaux. Elle est présentée comme correspondant à la tradition.

La Chine compte, selon les statistiques de 2010, plus de 4,9 millions de médiateurs travaillant dans plus de 800 000 comités de médiation. Le taux de réussite est de 97,2 selon le ministère de la justice.

**•Les comités de médiations**

Ils peuvent être mis en place par les CT pour résoudre les affaires civiles et les petites affaires pénales. Ils n’ont pas de pouvoir de coercition et se limite à user d’argument de raison et de persuasion. Ils ont aussi une fonction pédagogique. Ils doivent familiariser le public avec les textes de loi. Ils ne sont pas composés de juristes mais reçoivent l’aide d’assistances spécialisés.

**•Les pétitions**

Ça prend racine dans l’héritage impérial et c’est une manière de saisir une autorité d’un différent. Ces pétitions sont traitées par des organes spécialisées. Ces pétitions sont très souvent introduites par un groupe de personnes et se présentent comme un mode alternatif de regelant des différents.

**•La réforme des pétitions**

Fin 2013, une réforme des pétitions avait été annoncées. Un document politique émanant du parti, publié en novembre 2013 indiquait que les autorités devraient répondre dans un cadre déterminé car les personnes qui utilisent les pétitions pour critiquer les décisions de l’administration considèrent que très souvent les autorités locales abusent du pouvoir qui est le leur, après avoir réexaminé le dossier de clôturer l’affaire.

**• L’organisation juridictionnelle chinoise.**

Son président est nommé par l’assemblée nationale et les autres juges sont nommés par le Comité permanent de l’assemblée. Il y a une centaine de juge et la cour rend de 3000 à 4000 décisions par an. Il y a 4 niveaux et maximum deux instances :

* les tribunaux populaires (3000 avec 30 000 antennes locales)
* Les tribunaux populaire intermédiaire
* 31 hauts cours
* La cour suprême
* Ainsi que les juridictions spécialisées dont militaire.

**Chapitre II - le droit islamique.**

Ce n’est pas à proprement parler le droit d’un pays, c’est un ensemble de règles de droit d’origine religieuse établies autour du Xè siècle.

Certains pays musulmans ont en fait leur loi nationale. D’autres sont seulement sous son influence.

**Section I : l’histoire**

***§1 - la vie du prophète.***

Naissance en 570 après JC à la Mecque, orphelin et élève par un oncle. À 25ans, il se marie avec une riche veuve de 25 ans son ainé. En 610, il entend la parole d’Allah, le dieu de la religion musulmane qui lui demande d’être ton messager. En 622, il est persécuté et obligé de quitter la Mecque et de se réfugier dans le nord. Cette fuite correspond à l’hégire qui sera le point de départ du calendrier musulman. En 632, il rentre à la Mecque ou il meurt quelques temps après.

* **Les révélations.**

Du vidant de Mahomet, les révélations sont transmises oralement, mais quelques croyants commencent dès l’hégire à les noter. Les révélations sont classées en 4 grandes périodes : trois mecquoises et une médinoise. Les sourates de la période médinoise traitant l’organisation de la société formée par les croyants ayant suivi Mahomet se sont les plus interessantes pour les juristes.

* **Sa famille et ses compagnons**

Mahomet a été entouré de compagnons. Après le décès de sa première épouse, Mahomet se remariera à plusieurs reprises. La plus marquante sur le plan juridique est sans doute Aicha, la plus intéressée par les questions juridiques.

* **La succession de Mahomet.**

À la mort de son chef naturel, la communauté des croyants a été confrontée à la question de la succession. Les quatre premiers califes ont été choisis au sein de sa tribu d’origine, les Kuraish. Il s’agit de ses deux beaux-pères puis de ses gendres. Ali prit le pouvoir après l’assassinat de

Othman.

Ensuite, des divisions surgissent sur la manière dont il convient de désigner le chef de la communauté. Pour certains, il doit être élu par l’ensemble des membres de la communauté. Pour d’autres, il doit s’agir d’un descendant du prophète.

***§2. Les schismes***

À la fin du 9 è siècle, l’islam éclaté en trois courants :

* l’islam sunnite qui affirme la légitimité des quatre premiers califes
* L’islam chiite pour qui les trois premiers califes ont été des usurpateurs. La rupture entre les sunnites et les chiites est consommée lors de la bataille de Kerbela en 680 au cours de laquelle le fils cadet d’Ali Hussein trouve la mort. Il est considéré comme un martyre et il semble que le culte des martyrs comme symbole de la lutte contre l’injustice soit lié à la mort d’Hussein.
* Le Klaridijsime : qui sont des anciens partisans d’ail entrés en opposition avec lui.

**Le droit et les courants religieux.**

Les chiites et les sunnites accordent tous deux l’importance à l’interprétation de la révélation divine, nécessaire pour se conformer au coran. Les sunnites ont tendance à se référer pour l’interprétation du Coran et des Hadiths aux quatre écoles savantes du passé. Alors que les chiites continuent à se donner le droit d’interpreter le Coran et les Hadiths avec la même autorité que leurs prédécesseurs tout en réservât l’infaillibilité aux imams.

La loi religieuse (charia) étant une grande partie fondée sur les hadiths et sunnites et les chiites divergeant sur l’autorité donné.

**I. Le sunnisme**

Cela représente la mazouté des musulmans, environ 80%.

• Les grandes écoles d’interprétation sunnites

* les Hanafites.
* Les Malékites
* Les Shafiites
* Les handalites

**Les Hanafites :**

Cette école fondée par Abu Hanifa. Il étudiera et enseigna à Kufa. Ce courant est présenté comme étant le moins rigide. Ceci s’explique par le fait que son fondateur ne retient que 17 habits et accorde en revanche une place importante au raisonnement et au jugement personnel lorsqu’il s’agit de déterminer ce qui doit être fait.

**Les Malékites :**

C’est une école fondée par Malik ibs Anas, qui est originaire de médina ou il vécut et enseigna. Il utilise davantage les Habits que Hanida. Il aborde néanmoins une place au raisonnement, tout en laissant une grande place à la coutume de Médine telle qu’elle était en vigueur au temps du pochète.

**Les Chaféites**

Ecole fondée par Al Shafi et fut disciple de Malik et d’un juriste hanafite et vécut principalement à la Mecque et à Médine. Il fonda une école à Bagdad dans laquelle se trouve l’influent de ses maitres et qui réalise un compromis entre les deux courants de pensées précédents.

**Les Hanbalites**

École fondée par Hanbal à Bagdad. Discipline d’Al Shafi, il crée une école fondée sur les habits et restent une conception très stricte du consens des juristes qu’il limite aux compagnons du prophète. Cette école repose sur une interprétation littérale du Coran.

**II. Le Chiisme.**

Le chiisme est une branche minoritaire en revanche sont majoritaires dans certains pays comme Iran. Le chiisme se caractérise par une conception particulière de ‘autorité religieuse liée à son origine : ceux qui croient en l’Imamat d’Ali. Celle-ci revient à l’iman qui pourrait la réception de la révélation.

L’imamat pour les chiites incarne à la fois le pouvoir temporel et spirituel, inauguré par Ali et destiné à donner un guide de révélation à la communauté. L’imam tire son autorité de dieu et sa légitimité est liée à son héritage spirituel.

**Les courants du chiisme**

Il existe principalement trois courant qui se divisent sur le nombre d’imams :

* Les duodécimales qui considèrent qu’il y douze imams
* Le zaydisme qui ne reconnait que 7 amas et rejette le dogme de l’imam
* Les ismaéliens divisés aujourd’hui en plusieurs communautés dont les nizarites.
* La scission entre duodécimales et ismaéliens eu lieu à la mort du 6è imam

**Le Chiisme et le pouvoir politique**

Paradoxalement, un certain nombre de spécialistes soulignent que le Chiisme est, sans doute, le seul courant religieux au sein de l’islam dont les textes fondamentaux font une nette distinction entre le politique et le religieux.

Alors que la conception moderne du chiisme, à partir de l’exemple iranien, se focalise plutôt sur le pouvoir absolu du juriste théologien qui paraît être un des obstacles vers ce que nous considérons comme les droits fondamentaux (liberté de pensée, démocratie, droit des femmes)

Ceci s’explique par le fait que pour les duodécimains, depuis l’occultation du douzième imam (disparition), les hommes sont libres par rapport au pouvoir temporel en place certains théologien parlent d'une possible séparation entre le temporel et le spirituel.

Toutefois, la doctrine n’est pas figée car le douzième imam, malgré son absence physique (absence de successeur), il reste toujours présent et informe sa communauté de l’expression de sa volonté à travers les théologiens appelés « oulema », qui peuvent interpréter les signes de l’imam.

Les autres membres de la communauté doivent eux se contenter d’une lecture littérale du Coran. On retrouve une idée fréquemment rappelée par les auteurs selon laquelle, en attendant le retour du 12ème imam, aucun pouvoir n’est, en principe, vraiment légitime, et la communauté doit se préparer à son retour.

**Le chiisme et le droit :**

On en revient à la question du droit et du chiisme et à l'imamat Ali qui fut très influent. La question de l’imamat d’Ali a une influence sur le droit en ce sens que les hadiths de narrateurs ne faisant pas partie de la famille du prophète peuvent être discutés

Les chiites considèrent la justice comme le deuxième fondement de la religion. Ils accordent un rôle déterminant à l’intellect humain qui doit avoir une connaissance instinctive du bien et du mal. §3. Le droit islamique classique

C'est un droit religieux, il se présente comme tel et prend sa source dans la volonté divine avec une conséquence qui en découle : il est présenté comme infaillible.

Ainsi certains auteurs considèrent que puisqu'il est infaillible il n'a pas à s'adapter aux évolutions de la société.

Certains verset du coran donne l'impression d'un droit complet, d'autres au contraire laissent place à une marge d'interprétation.

C'est ici que l'on verra que chez les sunnites il y a plus de blocage car s'il y a un prétendu consensus sur un point par les quatre écoles alors on ne peut plus le modifier.

**Les sources du droit islamique classique :**

**Le droit islamique sunnite** admet quatre ou trois piliers et une méthode de raisonnement :

* Le Coran
* La tradition du prophète (Sunna)
* Le consensus des savants (idjma)
* Le raisonnement par analogie (qyas)

Les deux premières sources forment la Shari’a, elle se présentent ainsi comme les sources primaires de la volonté divine

**Le droit islamique chiite** admet deux sources

* Le Coran
* Les manifestations des personnes guidées par Dieu

**Le coran - une source du droit :**

Le coran est divisé en 114 chapitres (qu'on appelle Sourates) et 6129 versets (transmis essentiellement de manière orale du vivant du prophète) La version définitive a été établie sous le 3ème calife (Othman).

L’ordre des révélation n’ayant pas été conservé, les sourates sont présentées en ordre décroissant. Or, les révélations étant devenues de plus en plus longues au cours de la vie du prophète, les plus récentes sont en premier.

Certains versets difficiles à interpréter et c'est ce qui fera toute la difficulté

***Exemples - quelques passages juridiques sur l’usure, le contrat, le recouvrement de créance :***

* *Respect des engagement : on a une représentation religieuse de la force obligatoire des engagements, le juste au yeux de dieu est celui qui respecte ses engagement*
* *Contre la corruption des juges : prohibition de la corruption des juges, les dépenses ne doivent pas être portée aux juges dans le but de "consumer injustement autrui".*
* *Le prêt : une place est faites à l'écrit qui est accompagné d'un témoignage. La remise de dette doit être réalisée par écrit*
* *L'usure : il y a une véritable méfiance du prêt à intérêt considéré comme injuste*
* *Délai de paiement : le créancier est invité à aider le débiteur*

**Sunna et les hadiths :**

Les hadiths sont des règles de vie qui découlent des paroles, actes et approbations du prophète dont on admet qu’elles ont été guidées par Allah.

Elles ont été rassemblée par des juristes musulmans pour en déduire des règles de droit, voilà pourquoi il existe de nombreux débats sur la véracité des témoignages.

Toute règle de la Sunna prend la forme d’une hadith et chacun d'entre eux est divisé en deux parties:

* **L’isnad** qui expose la chaîne de la transmission du témoignage
* **Le matn** qui en expose le contenu

Les hadiths n’ont pas tous la même valeur certains sont authentiques, d'autres acceptables, et enfin certains sont rejetés.

Il y a une division entre les sunnites et les chiites qui tous deux ont des recueils dont les contenus différent (respectivement 9 et 4). En outre, chez les chiites, il existe de nombreux hadiths qui relatent non pas les actions et les paroles du prophète, mais celles des imams (12)

**Le consensus des savants - L'IDJMA :**

La troisième source découle d’un consensus de la communauté des savants sur une règle : c’est l’Umma.

La communauté des savants est devenue celle des juristes. Chez les sunnites, l’accord des quatre grands maîtres fait accéder leurs propositions au statut de règle de droit. La personnalisation de ses écoles a eu pour conséquence de figer les interprétations. C’est *« la fermeture de la porte de l’effort de raisonnement »*. Il semble, même, que l’Idjma ait débouché sur une interprétation définitive du Coran et de la Sunna.

Ce qui conduit, Monsieur Cuniberti, a indiquer que *« théoriquement secondaire, l’idjma devient en pratique la source exclusive du droit musulman »*.

Toutefois, un certain nombre auteurs milite en faveur de la remise en cause de cette fermeture, ils cherchent un support à cette modernisation.

*Remarque : l’islam chiite n’accorde pas la même place aux juristes. En effet, à partir du 18ème siècle, l’islam chiite a laissé se développer un véritable clergé en établissant une distinction entre les mollahs, juristes dont le rôle se limitait à appliquer les prescriptions claires et précises de la loi divine et une élite dont les avis s’imposent à toute la communauté. Ces juristes qualifiés ont la possibilité de revenir aux sources primaires de l’islam.*

Ce qui conduit Monsieur Cuniberti, a indiqué que « théoriquement secondaire, l’Idjma devient en pratique la source exclusive du droit musulman ». Toutefois, certains auteurs

militent en faveur de la remise en cause de cette fermeture. Remarque : l’islam chiite n’accorde pas la même place aux juristes.

**Section 2 – Les applications modernes du droit islamique**

L’Égypte a été sous l’influence du droit musulman. Mais au XIXème siècle l’Égypte a connu l’influence des

systèmes occidentaux, elle reste indépendant mais elle voit arrive les français, anglais etc..

Depuis fret longtemps, les puissances étrangère avaient obtenu de l’Égypte que les ressortissants soient jugés par des jurions capitulaires ou consulaires appliquant les propres droits. En 1875, le gouvernement égyptien obtient que des juridictions mixtes connaissant des litiges entre un égyptien et un étranger. Afin de moderniser leur droit, des réformes ont été entreprise dès le début du XIXème siècle.

### *§1 : La coexistence des droits*

Le système judiciaire fut modernisé et des tribunaux nationaux furent installées afin de juger les litiges entre ressortissants égyptiens. Seules les questions de statut personnel continuait à relever de la compétence du cadi. Le nouvel ordre juridictionnel avait 4 niveaux (village, 8 tribunaux de première instance, 2 cours d’appel et une haute cour). Le droit substantiel avait aussi été réformé. Des codes avaient été adoptés d’inspiration française. Certains avaient proposé que ces codes soient d’inspiration islamique, mais le modèle français l’emporta finalement, à l’exception du statut personnel, qui relavant dans la compétences des cadis, tait régi par le droit islamique. Les cadis qui appliquaient le droit de l’école de leur choix, furent tenus par ordre du pouvoir ottoman, d’appliquer les analyses hanafites (première école). En 1875, un projet de code du statut personnel fut adopté. Il était d’inspiration hanéfite. Jamais promulgué, il inspira cependant les cadis.

Dès 1936, l’Égypte a amélioré son droit. Les codes précédemment adaptés n’étaient pas toujours d’une grande qualité. Le nouveau Code qui devait être d’inspiration islamique s’inspira pourtant très nettement des précédents. L’influent occidental, et notamment française, l’emportant dans bien des domaines. Par exemple, la possibilité du prêt a intérêt à été maintenu ainsi que le contrat d’assurance.

Le statut personnel qui aurait dû être codifié ne l’a pas été, mais le législateur a pu, à plusieurs reprises, intervenir pour modifier le droit de la famille dans l’objectif, notamment, de mieux protéger les femmes. Deux lois de 1920 et de 1920 donnèrent cette possibilité à l’époque, notamment, en cas d’impossibilité objective de vie commune, puis de mésentente.

***§2 : le droit islamique et la constitution égyptienne***

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

Une nouvelle Constitution a été adoptée le 15 février 2014. Elle succède à celle de 2012.

❖ **Les enjeux avant l’adoption de la Constitution de 2012 :**

Parmi les questions clefs, il y a celle de la place de l’islam, de l’armée et du droit des femmes.

Les coptes chrétiens demandaient à avoir des représentants au sein de l’assemble constituante pour être représenté. L’armée souhaitait que la future Constitution préserve une partie de ses privilège et notamment l’absence de contrôle.

Article 219 indiquait notamment que les doctrines sunnites susceptibles d’empêcher une lecture progressiste, sont désormais source d’interprétation de la Shari’a.

La liberté de croyance était garantie par l’article 43 mais elle se référais seulement aux religions « abrahamiques » (islam, judaïsme, christianisme). Il y avait bien un principe d’égalité des citoyens devant la loi, mais pas de référence à l’égalité des sexes. Un article indique que l’État devra assurer l’équilibre entre les devoirs familiaux et professionnels des femmes ainsi que garantir une protection aux mères célibataires, aux divorcées et aux veuves, mais cet équilibre fait craindre une intrusion de l’État dans la vie privée.

Il était affirmé la liberté de culte, d’expression, de création artistique et de la presse. L’article 44 interdisait cependant les insultes envers les prophètes. De plus l’article 11 dispose que « l’État protège la morale, les meurs et l’ordre public ».

* **La Constitution de 2014 :**

Ce scrutin s’est déroulé à la suite de la destitution de Mohammed Morsi.

**Article 2 :** l’Islam est la religion de l’État et l’arabe sa langue officielle. Les principes de la Charia islamique sont la source principale de la législation.

**Article 3 :** les principes des lois religieuses des égyptiens chrétiens et juifs sont la principale source des législations qui régissent leur statut personnel, leurs affaires religieuses et le choix de leurs dirigeants spirituels.

**Article 11 :** l’État s’engage à réaliser l’égalité entre les femmes et les hommes dans les domaines civiles, politiques, économiques, sociaux et culturels, conformément aux dispositions de la présente Constitution (...).

* **La place du droit islamique dans l’Égypte contemporaine :**

L’islamisation des codes, en 1978 une commission parlementaire est chargée de préparer une islamisation des codes.

**Une source secondaire du droit :**

En théorie, elle intervient dans le silence de la loi. En pratique, les juges utilisent souvent une double motivation. Le droit islamique va orienter les interprétations et la compléter. Le juge ajoute parfois aussi que l’impuissance est une maltraitante. De plus, le maintien de modes coutumiers de règlement des litiges notamment en matière de litiges familiaux avec souvent des solutions contra legem.

**Une source fondamentale du droit :**

Cela résultait de la Constitution, mais ce caractère n’avait pas de conséquence important jusqu’à ce que la Cour constitutionnelle dans une décision du 15 mai 1993 décide que la réforme de 1982 avait eu pour conséquence de lui permettre de contrôler la conformité des lois à la Shari’a. Elle précisa, en outre, que la Shari’a étant un cops de règles fixes, il ne lui appartiendrait pas de l’interpréter, mais de l’appliquer. Les commentateurs en déduisent qu’elle reprenait ainsi la théorie de la fermeture de l’effort.

En réalité, la Cour constitutionnelle a, jusqu’à présent, fait preuve de la plus grande souplesse. Elle a limité de deux manières la portée de la décision de 1993 :

* Elle a d’abord considéré que la réforme constitutionnelle ne pouvait pas avoir d’effet rétroactif = pas de contrôle des lois antérieures.
* L’examen des textes nouveaux à l’aune du droit islamiques s’est jusqu’à présent généralement heurté, selon la Cour, en l’absence de règle claire de droit islamique sur les points soulevés, notamment en l’absence de consensus des juristes. C’est ainsi, par exemples, qu’en 1996, la Cour a validé une loi interdisant le port du voile dans les écoles égyptiennes.

❖ **L’affaire du voile dans les écoles égyptiennes :**

En 1994, le ministre égyptien de l’Éducation a promulgué un arrêté réglementant le vêtement scolaire dans les écoles publiques. Les jeunes filles devaient porter un uniforme (chemise blanc et jupe d’une longueur appropriée). Il était aussi prévu que « à la demande écrite de son tuteur, l’élève peut couvrir ses cheveux, pour autant qu’elle ne se couvre pas le visage ».

Contestation car les parents vouaient que leur fille porte le voile intégrale. Certaines filles se sont faites virées et d’autres ont été enlevées par les parents de l’école. Certains parents ont fait un recours qui est allée devant la haute Cour. Ceci a conduit à distinguer entre les règles « absolues » et les règles « relatives » de la Shari’a. La Cour retient qu’il n’y a pas de définition précise d’un vêtement pudique et ce qui le caractérise, partant de là le ministre peut tout à fait faire une interprétation et interdit le voile intégrale.

❖ **29 mars 2018 — LCI, JT 20H :**

En Égypte un député issu de la majorité propose de criminaliser l’athéisme. Un projet largement approuvé par l’opinion publique locale. Ce projet semble avoir été abandonné, mais les poursuites pour blasphème ne sont pas rares.