

# Cours de Droit comparé



## DROIT COMPARE

La première partie sera une présentation des systèmes, tandis que la seconde sera une micro comparaison. On commencera par le droit civil puis les libertés publiques.

On peut constater que le **droit comparé a pour objet la comparaison des droits**. Cependant, ce constat ne permet pas définir de manière suffisamment précisé l'objet de ce cours. La comparaison peut être effectuée de manière différente à des niveaux différents, le degré de la comparaison peut varier.

Le droit comparé s'est beaucoup développé d'abord en Europe, au XX<sup>ème</sup>, son évolution. Ne s'est pas limité au seul continent européen.

Aux USA et en Asie, il existe une forte doctrine comparatiste. Une méthode juridique qui permet non seulement de connaître les systèmes étrangers mais aussi par une approche critique, plus relativiste, le droit national.

Il est possible de **comparer les droits à un niveau micro juridique, au sujet d'une question précise** (ex : le mariage ou l'adoption pour les couples homosexuels). Il convient de préciser que la comparaison peut se révéler délicate lorsque la même question n'est pas appréhendée de la même manière par les différents systèmes juridiques. Les concepts et

institutions peuvent varier d'un Etat à l'autre.

Ex : le droit fr connaît le concept du patrimoine qui est une notion inconnue du droit britannique.

La difficulté fondamentale provient du droit pénal.

Plusieurs questions seront abordées, raison pour laquelle il est nécessaire de faire une comparaison macro juridique qui consiste à étudier le fonctionnement d'un système, il s'agit de comparer les modes de production des normes, mais aussi le fonctionnement des systèmes juridiques dans leur ensemble. Ainsi, la règle est d'origine étatique pour ce qui est des pays de tradition musulmane, la règle est d'origine religieuse.

On présentera les sujets juridiques par une approche statique, nous verrons les piliers des principaux systèmes juridiques (sources, institutions, juridictions), l'approche dynamique nous permettra de retenir le contenu de cette structure.

Il est compliqué de classer les différents systèmes de droit, on entend souvent parler de "**famille de droit**" ou encore des "systèmes de droit" ou "traditions juridiques". Cette diversité terminologique montre qu'il existe une diversité de classification.

Plusieurs classifications sont proposées par des comparatistes, notamment celle du Prof René David, *les grands systèmes de droits contemporains*. D'après cette classification, il existe des familles de droit laissant supposer qu'ils existent des systèmes juridiques qui partagent un certain nombre de valeurs et qui reposent sur le même socle de traditions juridiques. Les deux critères avancés par David sont la **technique juridique** et le **fondement de l'organisation sociale**.

Les ordres juridiques fonctionnent par rapport à une hiérarchie des sources du droit et à une méthode qui leur est propre. Selon le second critère, la distinction des familles juridiques est justifiée par les différences qui peuvent exister entre les ordres sociaux et politiques dans les différents Etats.

Il existe une différence sur le plan politique et institutionnel contrairement à nous, en Angleterre qui n'a jamais rompu avec le féodalisme, la propriété immobilière repose sur une notion féodale. Ce droit ancien n'a pas été un frein à l'évolution du droit.

Cet auteur propose une **classification en quatre systèmes de droit**. Plus on avance plus on s'aperçoit qu'il est difficile de classer les droits différents :

- La famille romano-germanique
- La famille de la Common Law
- La famille des droits socialistes
- Les systèmes philosophiques et religieux

S'agissant des deux premières familles, la distinction semble justifiée et cohérente. Pour ce qui est de la troisième, elle correspond surtout à une époque politique où le clivage entre les pays occidentaux "démocratiques" et les pays de l'Europe de l'Est. Ces pays appartiennent traditionnellement à la famille romano-germanique.

On constate que cette famille est un système hétéroclite dont les droits ne reposent pas sur les mêmes critères. Il est difficile de trouver une classification cohérente qui permet de classer tous les droits en plusieurs familles homogènes

La première classification, du prof David, avait l'ambition de regrouper un certain nombre de droits.

La **deuxième classification, allemande, reposait sur cinq critères**. Il convenait de tenir compte : **du développement historique des droits, du mode de pensée juridique, des institutions particulières, des sources du droit et de l'idéologie fondant le système juridique**. D'après ces deux auteurs, il existe des classifications qui connaissent des styles juridiques, il existe plusieurs familles : romaine, germanique, nordique, Common Law, socialistes, extrême orient, et indou.

Il est difficile d'effectuer une classification exhaustive. Elles ont leurs limites. Effectuer une classification juridique est avant tout une idée, une préoccupation continentale.

Lorsqu'il s'agit de présenter le droit comparé, il est important de préciser qu'il faut adopter une approche à la fois pédagogique et pragmatique. Il faut exposer avec clarté les traits caractéristiques des différents systèmes juridiques, les différences entre eux existent mais il ne faut pas chercher les ressemblances à tous prix. Il est plus juste de souligner les différences et les spécificités qui séparent les systèmes de droit plutôt que de les enfermer dans les classifications obscures qui ne correspondent pas à la réalité.

Dans cette approche, plusieurs critères seront présent, il faut tenir compte d'éléments décisifs dans un système, qui en constituent la structure, mais aussi de se pencher sur la nature du pouvoir et la légitimité de celui-ci dans

un système juridique. S'ajoutent les techniques juridiques utilisées par les systèmes de droit, ainsi, suivant les systèmes, la règle écrite ou la jurisprudence n'aura pas la même importance.

Ex : le code civil allemand utilise beaucoup la technique de renvoi (d'un article à l'autre). Alors qu'en droit civil français, il y a rarement des renvois.

Le vocabulaire joue un rôle important pour les études de droit comparé, il est parfois possible de comparer purement et simplement un mot avec sa traduction.

Dans les droits continentaux, le phénomène juridique est envisagé de manière abstraite et générale. Le droit permet la gestion des relations sociales, dans les pays du Common Law, il a une approche plus pragmatique, utilitariste, le droit n'a pas vocation à avoir une utilité pédagogique, il est la pour apporter des solutions.

Le développement économique n'a pas d'incidence sur l'appartenance à tel ou tel autres systèmes, il peut influencer l'évolution de certaines branches de droit, mais il ne constitue pas un particularisme juridique.

## Partie I - Présentation Des Familles Des Différentes traditions Juridiques (Macro Comparaison)

# Chapitre 1 : la famille romano-germanique

Certains auteurs estiment que la famille de droit romano-germanique n'est comparable à aucune autre. La richesse de ses principes et l'intelligence de son raisonnement font que cette famille se trouve représentée sous toutes les latitudes. Elle est parfois désignée comme la famille de droit continental ou de droit écrit, par opposition au droit de la Common Law ou au droit coutumier et non écrit. Cette famille est considérée comme héritière directe du droit romain. L'héritage romain a permis une évolution des droits européens et surtout l'élaboration des codifications (instrument juridique par excellence).

La tradition continentale ne se limite pas aux seuls pays européens, elle a largement dépassé le continent européen et constitue aujourd'hui le système juridique le plus répandu.

Elle est composée de deux axes principaux :

- La **famille romaniste**, à qui appartiennent principalement les droits français, belge, néerlandais, italien, espagnol, etc.
- La **famille germanique**, à qui appartiennent les droits allemand, autrichien, suisse et les pays de l'Europe centrale.

## Section 1 : les observations historiques

### Paragraphe 1 : la période romaine

La famille romano-germanique s'est essentiellement **construite sur les fondements du droit romain** (Rome 753 avant JC). La puissance romaine reposait sur une impressionnante organisation militaire qui a permis la conquête de nombreux pays (Les Légions romaines dans le bassin méditerranéen et une partie de l'Angleterre).

Les **peuples vivant dans l'empire romain partageaient les mêmes règles juridiques, les mêmes institutions** et un héritage commun européen fut créé.

La civilisation romaine a été la première à développer une **science juridique** : les juristes romains ont été les premiers à étudier le droit de manière scientifique. Avant eux, le droit était surtout une collection de règles éparpillées ou un moyen de mettre fin à un litige particulier. **Le droit est désormais considéré comme un ensemble cohérent et ordonné.** Les règles et solutions sont étudiées pour faire un rapprochement, des classements.

Le droit est étudié en tant que système qui repose sur des principes, leurs irriguent d'autres règles plus spécifiques. Le souci de respecter un raisonnement logique est présent. **Le droit est divisé en branche, ce qui permet de mieux l'étudier.**

Le droit a atteint un niveau d'une grande qualité, le raffinement et la révision des règles et de la pensée juridique atteignent un niveau élevé et inconnu en Europe.

Arrive une autre époque, la tradition juridique romaniste est perpétuée par l'empire romain d'Orient (Justinien avec le Codex au VIème). Les opinions et consultations des juristes les plus célèbres sont rassemblées dans le Digeste en 533. Un manuel de droit est aussi publié, inspiré de celui du jurisconsulte Gaius.

Un nouvel ouvrage apparaît à la mort de Justinien, c'est une compilation de nouvelles impériales. L'apparition du Corpus juris civilis est un événement majeur dans le droit : le droit et la science juridique ont été rassemblés dans un ouvrage unique, cinq siècles plus tard, le droit romain est étudié dans les universités romaines sur la base de cet ouvrage.

## Paragraphe 2 : la période du Moyen-âge

C'est une période trouble pour le droit privé en Europe. On constate un **déclin du droit** : l'empire d'occident s'est effondré sous la pression des peuples barbares, les lois romaines ont reculé de manière importante pour laisser la place aux lois "barbares". Mais dans certaines régions, le droit romain a survécu et reste étudié sur la base du code de l'empereur Théodose.

La naissance des universités italiennes (Bologne) permet de continuer l'étude du droit romain, la méthode d'enseignement consiste à commenter les textes juridiques. Ces commentaires sont les gloses (les auteurs sont les glossateurs). A partir du XIIIème, apparaissent les post-glossateurs. L'étude du droit romain était considérée comme quelque chose de prestigieux.

A l'époque, il n'y avait pas de séparation très formelle entre la science juridique (la doctrine) et la pratique. Il n'était pas rare que les professeurs consultent dans le cadre des litiges privés.

Le **droit romain n'est pas officiellement en vigueur mais peut être appliqué de manière subsidiaire** (à la place des coutumes locales en vigueur).

**Pour ce qui est de l'Allemagne, le droit allemand est resté pendant longtemps rudimentaire, peu élaboré mais un phénomène au XVème qu'est la réception pure et simple du droit romain a changé les choses. Le droit romain a été purement et simplement adopté en raison du vide juridique causé par le droit barbare.**

Le droit romain coexistait avec les droits locaux, mais sa qualité a eu pour conséquence sa primauté sur les lois locales.

## Paragraphe 3 : la période des codifications

A la **fin du XVIIIème**, la tradition continentale connaît une évolution significative, arrive la période des codifications. La loi, le texte affirme son autorité.

Nous intéressons ici le **Code civil et le BGB** (code civil allemand).

Au sein de chaque sous-groupe. Il y a un code leader dont s'inspirent les autres codes. D'où l'existence par la suite d'une famille.

Le **Code civil est le fruit d'une volonté politique de Napoléon** mais aussi d'une évolution du droit français sous l'Ancien régime et pendant la Révolution. Le caractère dispersé du droit français était un problème

(coutumes locales). La demande d'une unification du droit qui s'est manifestée depuis le moyen âge n'a fait que croître. Les conditions politiques étaient enfin réunies pour mettre en place cette codification.

Le **Code civil est une œuvre de compromis**, Napoléon avait donné un délai de 6 mois pour la rédaction du code. La rédaction a été confiée à quatre juristes, deux représentants de chaque tradition (droit écrit dans les provinces du sud avec Portails et Malleville; le droit coutumier des provinces du nord avec Tronchet et Bigot de Préauneu). Le président était Tronchet et la plume Portalis.

Les personnalités qui y siégeaient avaient l'habitude des négociations et des ententes.

Ex : pour les régimes matrimoniaux, c'est le droit coutumier germanique qui l'a emporté.

S'agissant du **Code civil, cette codification est considérée comme la constitution civile française puisqu'il contient aussi des dispositions qui ne sont pas purement civilistes mais qui ont une valeur constitutionnelle** (ex : l'interdiction des arrêts de règlements -> séparation des pouvoirs). Il était aussi un outil politique sur le plan national et international.

Le **Code civil a inspiré beaucoup de législations étrangères**, notamment les pays comme l'actuel Benelux. Mais le prestige du droit français a permis une influence durable de celui-ci dans ces pays :

- En Italie en 1859
- En Hollande en 1838
- En Roumanie en 1864
- Au Portugal en 1867
- En Espagne en 1889
- En Louisiane en 1808

Le Code civil était apprécié pour la qualité de la langue élégante et accessible, son style était loué par tous.

**Un siècle sépare le BGB du Code civil.** Il existe d'autres codifications plus anciennes mais moins connues comme le code prussien de 1804 ou encore le code autrichien de 1811 ABGB, s'agissant de la codification dans les pays allemands, le code civil français est resté en vigueur même après la chute de l'empire dans certaines provinces allemandes.

Le XIX en France et en Allemagne ne se ressemble pas concernant le droit. La genèse des lois germaniques peut s'expliquer par l'histoire intellectuelle allemande. **La fin du XVI et du XVII sont marquées par le rationalisme et l'école du droit naturel.** Le rationalisme suppose que le droit doit être un système cohérent, logique et l'école du droit naturel a eu une influence intellectuelle considérable sur la science juridique allemande.

Apparaît le romantisme, il privilégie les sentiments sur la raison, en droit ce **climat intellectuel donne lieu au développement de l'école historique.** Selon ce mouvement, le droit est né de la conscience du peuple et s'exprime par les procures, la pratique et la science juridique. Les professeurs de l'école historique se sont consacrés à l'étude du droit romain et notamment au *Corpus civilis*.

S'agissant de **l'école historique, l'étude du droit romain prend un bon différent** (pandétiste). Contrairement à ce que son nom suggère, l'école historique invite à étudier surtout le droit romain, bien plus que l'histoire du

droit allemand. Ce qui fait que l'histoire du droit romain a eu une grande influence. Cette étude de droit romain en Allemagne a fait l'objet d'une étude abstraite et détaché du droit si il. Raison pour laquelle le droit civil allemand présente des règles d'une grande abstraction et en même émis d'une grande précision.

Sur le plan politique, le premier acte, rédigé en 1887. A été trop abstrait, technique, complexe. Raison pour laquelle un second projet a été créé en 1896, il entre en vigueur le 1er janvier 1900.

## SECTION 2 : ?

### Paragraphe 1 : la famille romaniste

Cette influence va au delà d'une simple influence normative. De façon générale, on peut regrouper ces questions dans deux thèmes : les sources puis la justice.

#### A) Les sources

La **loi est la seule source officielle** dans ces pays. La jurisprudence est traditionnellement considérée comme une source officieuse du droit. Une grande majorité des droits appartenant à cette famille juridique, ont les droits codifiés. L'étendu de la codification varie. Ces codes sont d'une excellente qualité et les règles d'une excellente précision.

**La loi italienne** : il s'agit d'un droit d'une excellente qualité, surtout en matière de contrat, possession et propriété. Selon le professeur Sacco, l'Italie est un pays imitateur, mais il ne faut pas oublier que son rôle, dans la genèse du système romano-germanique était très important. Elle a permis la conservation du droit romain et le renouveau de l'héritage romaine. Malgré de nombreux points communs avec le droit français, l'influence du droit romain italien est restent avec le CC (1865) et le CPC.

Le premier est réparti en 6 livre d'une grande richesse. C'est plus un code de droit privé qu'un code civil. Les institutions fondamentales du droit des affaires ainsi que les relations de travail si traitée par le code civil. Il convient de constater que l'influence allemande se ressent dans le texte. La qualité du droit italien a permis au code civil de demeurer en vigueur même après la deuxième guerre mondiale. Il s'agit d'un code rédigée dans un style clair qui sans être révolutionnaire est moderne. S'agissant du droit pénal, l'Italie est le pays où se retrouvent de nombreuses influences. Si le droit français a pu avoir une influence en droit civil, l'influence de Common Law est plus présente en matière pénale. Le code pénal italien de 1889 tranche avec certaines idées du code pénal français. Ce dernier reprend la qualification tripartite des crimes, délits et contraventions. En revanche, le code pénal italien connaît une classification bipartite avec les contraventions et les délits. On observe aussi une renonciation à la peine de mort, laquelle a été remplacée par une peine privative de liberté. Le code pénal italien a longtemps été considéré comme le meilleur. S'agissant de la procédure pénale, le droit italien connaît usés très plus inspiré par le Common Law et le droit allemand. Une place significative a été donnée au droit de la défense. En 1930, deux codes sont promulgués, régissant le droit pénal et la procédure pénale. La notion d'intention de faits justificatifs des causes supprimant l'imputabilité d'une infraction sont minutieusement définies, parfois certes il y a des questions plus discutables, quand il s'agit des délinquants d'habitude. Le code connaît également les mesures de sûreté, il a une certaine influence notamment sur le code pénal suisse. Dans les années -70 interviennent en matière pénale comme la loi du 3 avril 1974 et qui a pour objet de justifier les buts de la codification pénale et de mettre en place certains principes fondamentaux. Cette loi met en place un système qui donne un rôle plus important au ministère public. Une réforme pénale a été adoptée en 1987, elle fait disparaître le juge d'instruction. Il existe le "Plaider coupable", qui permet d'accélérer de nombreux procédures assez rapidement.

- **La loi néerlandaise** : le droit des pays bas occupe une place particulière. Il s'agit du pays qui a donné à la science juridique le fondateur du droit

naturel. Le royaume de la Hollande a été créé en 1806 par Louis Napoléon. Dans lequel Napoléon a **imposé le code civil français en 1809**. En juillet 1810, les pays bas sont annexés à la France. L'union avec la Belgique intervient en 1815. Un nouveau code est prêt en 1829 mais la rupture avec la Belgique de 1830 fait entrer le code civil en vigueur de 1838. L'idée d'un **niveau code intervient au XXème** avec monsieur Meijers. Des réformes partielles ont été arrêtées par le système néerlandais. Un nouveau code civil est entré en vigueur en 1992. Ce texte est admiré par les juristes. **Il est composé de 10 livres**. Le code allemand est plus présent ici. Il fait parti des premiers pays à accorder l'euthanasie. Mais elle est strictement encadrée. Il a aussi autorisé le mariage et l'adoption pour les couples homosexuels.

- **La loi espagnole** : il est régi par plusieurs lois qui sont adoptées depuis la constitution du 27 décembre 1978, mais le contexte politique et historique est différent. A l'indépendance du franquisme (régime de Franco), le souci principal des espagnols est de mettre en place un État démocratique. Il s'agit de protéger les droits fondamentaux, les droits de l'homme ne sont pas simplement énumérés mais aussi protégés par un tribunal constitutionnel qui est davantage une autorité juridique que politique. Ses décisions jouent un rôle essentiel dans les différents domaines du droit. La modernisation du droit peut être observée en droit pénal, un nouveau code pénal a été adopté en 1995. Le nouveau code civil a été publié en 1981, il n'a qu'une valeur subsidiaire, car en Espagne, les droits régionaux s'appliquent en premier.

La codification reste le mécanisme juridique le plus répandu. Le degré de codification n'est pas toujours le même. S'agissant du droit international privé, il existe des pays où ce droit a été codifié (espagnol ou italien), le droit du travail fait parfois (ou pas) l'objet d'une codification.

Les codifications sont de véritables noyaux dans ce système auxquelles appartiennent ces familles juridiques.

Les droits de la tradition romano-germanique diffèrent considérablement des pays de la Common Law. Traditionnellement, la **jurisprudence** n'est pas une source officielle du droit au sens technique du terme. En droit français, cela s'explique surtout par le principe de la séparation des pouvoirs, qui est un principe constitutionnel, prévu par **l'article 5 du code civil** interdisant au juge de statuer par la voie générale (par les arrêts-règlements). On retrouve la même idée dans d'autres pays de la famille romano-germanique. **L'article 1er du code civil espagnol** dispose que *"les sources de l'ordre juridique espagnol sont la loi, la coutume et les principes généraux du droit. La jurisprudence complète le système juridique avec la doctrine que la Cour suprême établit par la répétition en interprétant et en appliquant la loi, la coutume et les principes généraux du droit"*.

Les juridictions dans ces pays ne citent pas la jurisprudence, même les arrêts des cours supérieures. En droit français, le visa d'un arrêt de la Cour de cassation ne contient jamais une référence jurisprudentielle (seulement un principe ou un article). Lorsque l'on s'adresse aux juridictions par voie de conclusions ou de mémoires, à l'appui de notre thèse, on cite la jurisprudence. Autant la cour de cassation ne peut s'affranchir de la loi, mais elle peut l'interpréter dans un sens. La jurisprudence crée des règles, elle apporte des précisions.

Il peut y avoir des cassations en raison de défaut de base légale, par conséquent chaque décision doit s'appuyer sur une base légale (un texte). Dans cette famille, la **jurisprudence bénéficie d'une autorité de fait, elle est créatrice de règles**. Mais son rôle n'est pas celui qui existe dans les pays de la Common Law où la place de la jurisprudence n'est pas la même. **Pour la famille romano-germanique, il s'agit d'une source officielle par**



**rapport à la loi**, alors que s'agissant de **la Common Law, la jurisprudence est conceptuellement une source de droit**.

Le précédent (la jurisprudence en Common Law) est une source de droit qui lie les juridictions. En droit français, si les juges ne respectent pas la loi, la décision survivra. La cour de cassation ne s'auto saisi pas dans la mesure où elle ne respectera une loi. Le **précédent a une force obligatoire alors que les arrêts de principe peuvent être mis de côté à la suite d'un revirement de jurisprudence**.

Le juge français contrairement au juge de la Common Law a aussi une culture continental. Il a un esprit de système, lorsqu'il rend une décision, cette dernière est placée dans un système. Certaines branches de droit sont très élaborées par la jurisprudence comme la responsabilité.

En dehors de ces différences de fond sur la place de la jurisprudence, il y'a aussi une différence de style judiciaire. Ce style se voit de différentes façons. Les décisions des juges des pays de tradition romanistes sont en principe plus courtes, plus techniques, et dépourvues de considération de fait.

En droit français, il n'y a pas d'opinion dissidente, en raison du secret des délibérés.

La **doctrine** a une place particulière dans cette famille. Les auteurs sont le plus souvent des universitaires, parfois des praticiens. La doctrine n'est **pas une source du droit mais elle peut avoir une influence considérable aussi bien sur la législation que sur la jurisprudence**. Les auteurs sont lus attentivement. Les auteurs travaillent à la **construction d'un droit cohérent et systématique**, si la doctrine bénéficie d'une autorité incontestable, c'est en raison de son caractère scientifique.

Les **sources non écrites** sont relativement marginales dans cette famille. La coutume est présente, surtout en droit commercial et en droit du travail en France, c'est une différence fondamentale avec la famille du Common Law.

## **B) la justice**

On peut distinguer deux groupes de question, il est possible d'envisager le **système judiciaire sur le plan du principe, puis les acteurs de la justice**, les professionnels intervenant dans les métiers de la justice.

### *1) le système judiciaire*

On retrouve une structure judiciaire qui se ressemble dans ces pays. Il y a des **juridictions qui ont comme objet le contrôle de constitutionnalité**. Alors qu'il existe aussi des pays où les juridictions qui opèrent ce contrôle opèrent plus comme de véritables juridictions. En France on parle de conseil, en Italie c'est la cour, en Espagne le tribunal.

S'agissant des **nominations de ces juges**, il s'agit d'un contrôle particulier, non loin de la dimension politique, raison pour laquelle on ne peut pas confier le contrôle de la constitutionnalité au juge de droit commun. Il s'agit de personnalités choisies par rapport à leurs compétences mais aussi

en raison de leurs quantes morales. Les juges sont souvent **nommes pour une durée plus ou moins longues (9 ans) par des personnalités politiques.**

En Espagne, le tribunal constitutionnel n'apparaît pas comme une instance politique mais colle une véritable juridiction, il juge notamment les litiges entre l'Etat et les communautés (provinces - il y en a 17), les citoyens disposent de recours qu'ils peuvent engager devant le tribunal lorsqu'il y a une atteinte à un droit garanti par la constitution. Contrairement au justiciable français qui ne peut pas saisir directement le conseil constitutionnel. Le tribunal espagnol est composé de 12 juges, des juristes ayant nécessairement 15 années d'expériences professionnelles. L'indépendance de la magistrature est assurée par le conseil général du pouvoir judiciaire.

Au Portugal, il y a un tribunal constitutionnel depuis 1982 qui apprécie la constitutionnalité de la loi mais aussi les juges de droit commun peuvent, dans leurs fonctions de jugement, apprécier la conformité des lois à la constitution, et sur l'exception de constitutionnalité, écarter une loi.

Le contexte politique peut nécessiter une protection accrue. En Italie, il existe une protection importante des magistrats, il y a un conseil supérieur de la magistrature qui garantit l'indépendance des magistrats.

En dehors de ces différents organes, la pyramide des juridictions se ressemble beaucoup. Pour ce qui est des juridictions de droit commun, il y a souvent des **juridictions de cassation, des juridictions de fond et des juridictions de proximité.**

## *2) les métiers de la justice*

Dans le **système du Common Law, le professionnel de la justice le plus important est le juge, tandis qu'en France c'est le professeur de droit**, car la méthode d'enseignement en France a une influence sur la magistrature dans la mesure où les méthodes que l'on étudie dans l'enseignement sont celles que l'on retrouve dans les juridictions.

Dans les pays de la Common Law, ce sont souvent des praticiens. Lorsqu'il s'agit de magistrats, ce sont souvent d'anciens praticiens. Tandis qu'en France, la majorité des juges sont des juges de carrière (qui n'ont rien fait d'autre). La légitimité des juges continentaux est avant tout technique, ils connaissent le droit, ont un esprit de système, en revanche, il n'y a pas de légitimité démocratique. Les juges sont des techniciens de droit et non pas des représentants du peuple, raison pour laquelle les juges refusent de juger les questions de société. Seul le Parlement doit légiférer sur des questions de société.

S'agissant de la **profession d'avocat**, dans la famille romano-germanique, on retrouve les mêmes traits. Le métier d'avocat ressemble partout à la même chose :

- Le conseil
- Le contentieux

Ils doivent **représenter le client**, globalement, il y a plus d'avocats dans les pays de la Common Law que dans les pays continentaux. La place de l'avocat dans le système judiciaire est un peu différente de celle du Common Law dans la mesure où l'avocat peut provoquer une décision qui sera plus tard à l'origine d'un précédent. Les avocats sont **souvent invités pour préparer une réforme.**

Lors il s'agit des questions qui concernent le droit patrimonial, on rencontre les **notaires**, spécialistes du droit patrimonial et du droit

patrimonial de la famille.

## Paragraphe 2 : la famille germanique

Le droit allemand a eu une **influence considérable sur d'autres systèmes juridiques**, notamment les systèmes autrichiens et suisses. L'histoire de chacun des pays appartenant à la branche de la famille romano-germanique a joué un rôle significatif dans l'évolution du droit. La structure étatique a eu nécessairement une influence sur l'évolution du droit dans ces pays.

### A) les sources

La règle écrite qu'est la **loi, est la source principale** du droit dans cette famille, raison pour laquelle les développements relatifs à la loi seront plus riches que sur les autres sources.

**En droit allemand** : c'est le **BGB**, le code civil allemand qui est le socle de la famille germanique, mais sur le plan historique et symbolique, le code civil français et allemand n'occupent pas la même place dans les deux systèmes respectifs. Mais le CC comportait aussi des dispositions constitutionnelles (ex : séparation des pouvoirs, dignité de la personne humaine, etc). Ce n'est pas le cas en droit allemand. Ce code est une loi, il **s'inscrit d'avantage dans la hiérarchie des sources, à la place de la loi**. La structure étatique en France et en Allemagne n'est pas la même. La France est un État unitaire, centralisé, alors que **l'Allemagne est un État fédéral**.

La source la plus importante est la **constitution allemande du 13 mai 1949**, qui a cherché à consolider l'état de droit, une révision est intervenue le 1er et 5 septembre 2006, mais celle-ci s'inscrit dans la même tradition. Le principe de l'État de droit est un principe constitutionnel qui s'impose aux États fédérés (article 28) raison pour laquelle le principe de légalité est mis en place de façon minutieuse par le système constitutionnel. L'article 20 prévoit de façon expresse que le **pouvoir législatif est soumis à l'ordre constitutionnel**, tandis que les **pouvoir exécutif et judiciaire sont soumis à la loi et au droit**. À défaut d'autre recours, tous les allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser ce régime. Le **constitution prévoit une série de droits fondamentaux, subjectifs, opposables à l'État** comme le principe de la dignité de la personne humaine. Ces droits peuvent être invoqués dans les litiges entre individus. Les droits fondamentaux sont destinés à sauvegarder les sphères de l'intimité et à protéger ce dernier contre les ingérences de la puissance publique.

Les **droits fondamentaux constituent un système de valeur obligeant le juge à interpréter les lois** à travers ce système de valeur. Quelque soit la loi, même le code civil doit être interprété par ce système de valeur. On constate une richesse de recours constitutionnel qui garantit le respect des règles de droit. Pour cette raison, la doctrine dit de manière ironique que l'Allemagne est un État de juge et non pas de droit. Le **contrôle de constitutionnalité est plus riche** que celui de France, car il y a aussi un contrôle de constitutionnalité au niveau des régions. **Chaque région est dotée d'un tribunal constitutionnel qui vérifie la conformité des textes à la constitution régionale**. Les citoyens peuvent engager des recours de manière constitutionnelle lorsqu'ils estiment que la puissance publique a porté atteinte à un des droits protégés par la loi fondamentale.

Le **droit civil et le droit pénal allemands connaissent des particularités que nous ne connaissons pas en France**. Au niveau civil, la loi la plus importante est le **BGB** qui régit le droit civil mais aussi le droit privé (?), sa partie générale est caractérisée par un souci d'exhaustivité et de rigueur très élevé.

S'agissant du droit civil, le **droit allemand consacre plus de disposition à l'acte unilatéral**, alors qu'en droit français, c'est la convention qui prime. S'agissant des actes juridiques allemands, ils connaissent l'acte abstrait.

Souvent, la cause n'est pas visible, pour des raisons de sécurité juridique, on privilégie d'avantage les conditions de forme, **à partir du moment où un acte juridique respecte les conditions de forme, il est valable** : c'est le principe d'abstraction. Ces distinctions entre les actes de nature causale et ceux de nature abstraite se voient sur la vente. En droit français, le contrat de vente transfère la propriété, l'échange de consentement est à l'origine de ce transfert. En **droit allemand**, une fois qu'on a conclu le premier contrat, il doit y avoir un deuxième contrat qui portera sur la remise de la chose. On a **deux actes juridiques** : le premier est un contrat, le second est la remise de la chose, cette remise est considérée comme un acte juridique. Ces **deux actes juridiques sont indépendants, il y a une autonomie juridique, si le premier n'est pas valide, on ne peut pas invoquer la nullité du premier pour annuler le second**.

S'agissant du droit contractuel, le droit français ne reconnaît pas la théorie de l'imprévision en tant que principe général, en revanche, le **droit allemand reconnaît cette théorie, si l'exécution du contrat devient difficile en raison d'un changement de circonstance économique, le juge peut réviser le contrat voire résilier s'il est nécessaire** (pouvoir que n'a pas le juge français).

L'évolution du droit civil en Europe va plus dans le sens allemand.

Pour ce qui est des lois pénales, le droit pénal allemand, régit par les lois, présente de grandes divergences avec le droit français. Le caractère

personnel de la responsabilité est plus prononcé. Le **droit allemand ne connaît pas la responsabilité pénale des personnes morales**. En droit français, il y a la classification tripartite (contravention, délit, crime), alors qu'en droit allemand, la **classification est bipartite** (délit et crime).

La loi est la source la plus importante dans les sources de droit les plus importantes.

En **droit autrichien** : le code civil autrichien date de **1811**. le droit allemand aura une grande influence sur le code autrichien en raison de la doctrine. Pendant que les autrichiens avaient un code, la doctrine allemande réfléchissait à la création d'un Nouveau code. Par rapport au code français, il y a des similitudes, car c'est un **code accessible**, moins savant que le droit allemand. Il est **toujours en vigueur**. Les **nouvelles solutions du code autrichien s'inspire beaucoup du code allemand**.

En droit autrichien, il faut un contrat, mais aussi un mode d'acquisition, mais contrairement au droit allemand, ce **mode d'acquisition n'est pas considéré comme un contrat juridique mais comme un contrat matériel**. Si le contrat est nul, la remise n'a pas lieu d'être. Sur le plan historique, cette solution tient la route car elle est proche du droit romain, où il fallait un échange de consentement mais le contrat était formel.

La vente, en droit allemand, est un contrat plus abstrait. Alors qu'en droit autrichien, il y a un lien de causalité.

**Kelsen**, auteur de la constitution de 1920, a instauré l'idée de la pyramide des normes. Selon lui, le **fondement de toutes les règles est la constitution**. Les règles ont aussi pour fondement une volonté politique. La théorie de Kelsen est très importante et a été adoptée dans beaucoup de pays. Depuis le **1er janvier 1995, l'Autriche fait partie de l'UE**, désormais, s'ajoutent les règles européennes dans la pyramide des normes autrichiennes. L'Autriche est aussi un état fédéral.

En droit suisse : la Suisse est un **État fédéral**, la loi n'a pas la même vie juridique dans un état unitaire et dans un État fédéral. La codification des règles de droit civil s'est faite en deux temps. Il y a d'abord eu un **code des obligations, de 1883, puis un code civil de 1907**. La fédération n'avait pas le pouvoir de régir toutes les matières de droit civil. Raison pour laquelle on a d'abord adopté le code des obligations. Par la suite, elle a eu des pouvoirs plus importants, ce qui lui a permis de régir les autres matières de droit civil, d'où l'existence du droit civil. On a désormais deux textes.

Le droit suisse force l'admiration, il a la **clarté, l'accessibilité et la modernité du code civil**. Toutefois, ce n'est pas un droit savant. Il a pu réunir les acquis des autres droits. **L'article 4 de la loi fédérale suisse permet au juge de recourir à l'équité**. En droit français, s'agissant de l'équité, elle n'est en principe, pas une source du droit, mais exceptionnellement, la loi peut autoriser le recours à l'équité. L'article 1135

précise que s'agissant des conventions, le législateur invite le juge à interpréter une convention de manière équitable. **L'invitation à acquiescer de l'équité est plus vaste en droit suisse**, puisque la constitution autorise le juge à combler les lacunes en recourant à l'équité. L'article 2 consacre la bonne foi, les obligations doivent être accomplies de bonne foi, dans le cas contraire, est sanctionné l'abus manifeste de droit.

Certains acquis du droit européen ont été repris par le code suisse. Le droit suisse a eu beaucoup d'influence sur les législations à venir, par ex, la Turquie a repris le code suisse, ce dernier a pu influencer le droit néerlandais par ses solutions modernes.

S'agissant du droit pénal, il existe une **codification pour l'ensemble de la Suisse depuis 1937**, cette codification pénale a repris des solutions du droit italien (ex : le droit italien fait la distinction entre les peines et les mesures de sûreté). Les réformes successives ont eu pour conséquence la modernisation du droit pénal, surtout en matière de peines. Elle favorise le recours aux peines d'intérêt général.

Pour ce qui est de la jurisprudence, comme en droit français, elle n'est **pas une source du droit** cependant, elle a une **influence de plus en plus grandissante en ce qui concerne la création des règles**. Contrairement au droit français, les plus **hautes juridictions allemandes citent leur décision de justice**. Le rôle des juges allemands dans la création des règles de droit explique pourquoi on dit que l'Allemagne est un État de juge. Le caractère unifié de la jurisprudence en droit allemand est plus présent qu'en droit français, **lorsqu'un tribunal régional souhaite s'éloigner de la jurisprudence de la cour fédérale, il doit saisir cette dernière, qui rendra une décision sur cette question**.

Concernant la doctrine allemande, elle est très riche. Elle a une **grande influence sur la formation des règles**, mais aussi sur d'autres législations. Puisqu'il s'agit d'un droit qui est très technique, l'avis des professeurs est important. La doctrine joue un rôle très utile, il arrive que les juges s'appuient sur les opinions doctrinales des décisions rendues.

Avant la codification, la coutume était une source du droit importante, dans certaines matières, comme en droit des régimes matrimoniaux ou en droit de la famille, La coutume était la source la plus importante, aujourd'hui son **rôle est plus restreint**, toutefois, elle a une influence sur les autres sources du droit. On la considère comme une **source du droit mais subsidiaire, pour combler les lacunes**. Une école allemande considérait la coutume comme la source la plus importante, comme étant la source ancrée dans la

conscience du peuple.

## B) le système judiciaire

Dans le système allemand, La **cour constitutionnelle fédérale** constitue le rouage essentiel de l'Etat de droit. C'est le **pilier du système juridique et judiciaire**. C'est probablement une des juridictions les plus puissantes du monde.

Elle est composée de 16 membres répartis en deux chambres. Elle décide, sur trois types de litiges.

- Elle est compétente dans les **litiges qui opposent les différents pouvoirs publics** (régions contre fédération par ex).
- Elle vérifie la **constitutionnalité des lois**.
- Elle peut statuer sur les **recours individuels des citoyens qui peuvent saisir directement** la Cour.

En dehors du système constitutionnel, on a la **Cour fédérale**, elle statue sur les questions relatives à l'application du droit fédéral. De façon générale, les litiges se déroulent en trois instances :

- La première instance
- L'appel
- la révision.

Il existe **quatre juridictions** :

- Le tribunal cantonal
- Le tribunal régional
- Le tribunal régional supérieur
- La Cour fédérale

La cour fédérale est la **cour suprême**, elle est composée de **25 chambres, dont 12 civiles**, elle est aussi bien le **juge de cassation que le juge de révision**. Les juridictions allemandes connaissent dans certaines procédures le juge unique, mais le principe reste la collégialité. Il existe des juridictions spécialisées, s'agissant des juridictions administratives, au sommet se trouve la **Cour fédérale administrative**.

## C) les métiers de justice

95% des **magistrats** sont dans les régions. Ce sont des magistrats professionnels.

Pour ce qui est des **avocats**, ce sont des personnes qui ont aussi aptitude pour exercer des fonctions de juge. En matière civile, une particularité veut que l'on puisse plaider devant la juridiction où l'on est inscrit.

Il faut avoir au moins 35ans et 5ans d'expérience professionnel pour accéder à ce métier. La majorité des avocats sont des hommes, en Allemagne.

Les **notaires** font un travail semblable aux notaires de France, mais il existe un métier qui s'appelle "avocat-notaire". Il y a aussi la possibilité d'être notaire fonctionnaire.

Une autre profession, du **nom de rechtspfleger**, se situe **entre le greffier et le juge**. C'est un professionnel de justice qui a une compétence en matière de registre foncier.

# Chapitre 2 : la famille socialiste

## SECTION 1 : L'EXEMPLE DE LA RUSSIE

Il existe quatre périodes :

- **Avant Pierre le Grand** : En 1018, il existe un recueil de coutume en Russie, de plus l'Eglise orthodoxe autocéphale a un rôle très important.
- **Entre Pierre le Grand et 1917** (révolution soviétique) : On constate l'arrivée de **Pierre le Grand, en 1689, il tente d'ouvrir la Russie au reste du monde**. il tente de moderniser le droit russe. Existe un organe, similaire au Parquet français, qui pendant une période, avait un pouvoir considérable. Il n'y a pas vraiment de grande codification civile, raison pour laquelle quand le pouvoir soviétique est arrivée, il n'y avait pas vraiment d'Etat de droit. la Reine Catherine a tenté de réformer le droit pénal en Italie, et avait invité (?) pour rédiger un code de procédures pénales nommé les *Instructions* en 1765.
- **De 1917 à 1993** : un premier acte en 1917 proclame que la **législation antérieure ne demeure en vigueur que dans la mesure où elle n'est pas contraire à la conception socialiste du droit**. L'idéologie remplace le droit. Dans une dictature, l'interprétation de la loi au cas par cas peut mener à des résultats imprévus.  
Avant le communisme, il y a eu une phase de socialisme. Car il fallait un système fort, un Etat fort, un droit fort. Il y a un intérêt général encore lointain à atteindre. **L'Etat socialiste** est au service de cette idéologie, d'où la prépondérance du droit public, le droit privé est quasi insistant alors que le **droit public et le droit pénal dominant**. Il y a un code civil et un code pénal en 1922, mais aussi la fameuse *Prokuratura* qui est un organe de la défense de la légalité sociale. Une **constitution est adoptée le 31 janvier 1924, elle officialise l'avènement du régime socialiste**. À partir de 1927, **commence la dictature de Staline, la propriété est collectivisée**, ainsi que l'agriculture. L'Etat est collectiviste. Cela a duré jusqu'en 1993, jusqu'à l'arrivée de Gorbatchev.

### A) les sources

#### 1) pendant la période soviétique

La source la plus importante est la **loi**. On est dans un pays qui appartient à la tradition du droit écrit. Cependant, son interprétation authentique faisait l'objet d'un **pouvoir qui était confié au présidium du soviet suprême, sa finalité politique était essentielle dans sa mise en œuvre**.

S'agissant de la propriété, il en existe trois types La propriété socialiste, elle comprend d'une part la **propriété de l'Etat** et d'autre part, la propriété non étatique. Selon l'article 11 de la constitution "*la propriété est le bien commun de tout le peuple soviétique*". Elle porte sur les **moyens de production qui sont collectifs, mais aussi sur les biens fonciers** (immeubles, terres, etc). Certains biens ne sont pas directement exploités par l'Etat, il s'agit de la propriété socialiste non étatique, telle que la propriété des kolkhoz ou les coopératives. Pour ce qui est de la **propriété personnelle**, elle a pour objet un droit de jouissance sur la parcelle de terre attribuée pour pratiquer l'économie auxiliaire. Tous les biens qui relèvent de la propriété de l'Etat ne peuvent faire l'objet de transactions individuelles par contrat. Il y avait aussi

peuvent faire l'objet de transactions individuelles par contrat. Il y avait aussi une propriété personnelle sur les biens, achetés avec ses propres revenus.

Le **droit pénal occupe une place importante** pour deux raisons, d'abord parce que les libertés fondamentales ont une importance réduite, et aussi parce que le droit civil a une portée limitée. Les infractions dirigées contre l'Etat : l'une était prévue par l'article 70, c'étaient les menaces et propagandes anti soviétiques. Le hooliganisme (tout groupement qui constitue un danger pour l'Etat).

S'agissant des lois civiles, il y avait un **code civil** qui s'appliquait de façon marginale, mais aussi un **code de la famille**. Les lois intervenues par la suite font preuve d'une grande modernité.

Il y a eu après 1993, un renouveau des sources du droit, de nouvelles codifications, aussi bien en droit civil qu'en droit pénal. En **1995, il y a eu un nouveau code de droit civil**. Ces nouvelles lois civiles russes s'inspirent surtout du code néerlandais mais aussi des solutions allemandes et italiennes.

Le **code civil est divisé en quatre parties**. Une loi de 2006 codifie la propriété intellectuelle dans la quatrième partie. Une loi nouvelle est entrée en vigueur en 2003 s'agissant de la procédure civile, les nouvelles solutions reposent sur les grands principes de droit européen : le contradictoire, l'impartialité etc.

À partir de 1993, la Russie a adhéré au Conseil de l'Europe. Elle a accepté de se soumettre à certaines contraintes émanant d'un État démocratique. Il y a eu un **code pénal, en 1997 qui réaffirme le principe de légalité**. Mais la **peine de mort est restée inscrite dans le code pénal**. En août 1996, sous la pression de la communauté internationale, le Président de la république a mis le moratoire aux exécutions, il a gracié, en août 1999, 713 derniers condamnés à mort, soit en remplaçant la peine de mort par une peine de prison à perpétuité (taux d'incarcération le plus élevé en Europe)

## B) la justice

Dans la première période, il y a eu les tribunaux des camarades et assemblées des communautés pour sanctionner les comportements antisociaux et éliminer les parasites. Le parquet avait une réputation redoutable. Les juridictions en première instance étaient composées de magistrats pro et de jurés élus assesseurs pour une période de 5 ans. Le principe étant la collégialité. Pour les juridictions supérieures, il n'y avait que des magistrats pro.

Le juge avait pour but de faire respecter la légalité socialiste. Le pouvoir d'interprétation était plus restreint.

Par la suite, en 1993, il y a eu des changements profonds, on constate la création d'une cour constitutionnelle composée de 19 Magistrats, qui effectue un contrôle de constitutionnalité (contrôle à priori et a posteriori).

La **Cour suprême de la fédération** agit au niveau national. Apparaissent les juges de paix, qui sont compétents pour régler les litiges de toute nature.

## C) le personnel de la justice

Pendant la période soviétique, le juge est là pour appliquer strictement la loi, il n'y a pas d'interprétation. Le parquet a un rôle très important, la profession d'avocat est quasiment inexistante.



En 1993, des changements radicaux interviennent, les juges sont indépendants, le recrutement se fait par concours, ils sont nommés après concours et aussi inamovibles.

L'action des avocats et la libre expression est assurée sur le principe.

# Les droits héritiers du droit anglais (Common Law)

## SECTION 1 : INTRODUCTION

La classification des systèmes juridiques est un préalable à l'étude du droit comparé. Elle est indispensable ne serait-ce que pour nommer les droits que l'on veut comparer.

La classification est une affaire de point de vue, d'idéologie, de politique.

### A) les différentes classifications

Selon René David, Les deux critères sont la **technique juridique** qui permet de distinguer les sources et les techniques en tant que telles (opposition civil law et Common Law), et **l'organisation sociale**, il renvoie à des critères politiques, économiques et religieux, ça qui conduit à distinguer de façon artificiel les systèmes occidentaux de tous les autres systèmes.

[revoir classification du début]

PatriCour de cassation Glenn se montre très critique vis à vis de la classification, mais il s'y soumet en s'appuyant sur les droits tribaux (mythes païens), talmudiques, islamique, indou, asiatique, etc.

Classification du **rapport Doing Business**, il a été publié en 2004 pour la première fois et a pour but de classer les différents droits du monde, les classer les systèmes par pays, par aptitude économique etc. La seule question à l'aube de laquelle on va apprécier les différents droits du monde est : est ce que ces droits sont favorables à une croissance économique élevée ? Il s'attache à La protection du droit de propriété, la garantie dans la conclusion et l'élaboration des contrats, la facilité pour constituer des sociétés libérales, efficacité du droit des sûretés, du droit des procédures collectives, *l'employing worker indicator* (critiqué puis supprimé en 2009)

On constate la faiblesse méthodologique et instrumentalisation politique des classifications

Popper disait que le simple fait de tenter d'appréhender une tradition de façon rationnelle était déjà le produit d'une tradition. Il discrédite toutes tentatives de s'intéresser aux traditions.

Les classifications sont très souvent ethno entrées et tentent d'avoir des atours scientifiques mais manquent d'objectivité.

## B) la fonction idéologique de la classification

La comparaison permet une classification. Le droit comparé a été inventé au XIXème (avec montée du nationalisme et révolution industrielle), tout ce que l'Europe compte d'intellectuels, quelque soit leur branche, vont tenter de rechercher le **génie des peuples**, faire un profil type d'une population. Les deux grandes **codifications allemande et française ne sont que des façons d'organiser des règles de droit qui existent déjà**. Cette codification manifeste le génie allemand et le génie français, elle singularise ces systèmes juridiques. Le moment où se constitue le droit comparé comme science juridique est fondée sur les orientations des auteurs.

Le rapport *Doing business* est critiqué car il semble mettre en avant le système américain, de nombreux auteurs suggèrent que dans le G20, ils y a 11 pays de *civil law*, 4 de *Common Law* et 5 "mixte".

## C) une définition critique du système de Common Law

### D)

#### 1) les approximations de la notion de système de Common Law

Ces différents droits de *Common Law* comptent : l'Angleterre, les USA, le Canada l'Australie, la Nouvelle-Zélande.

Des systèmes mixtes s'inspirent du *Common Law* (ex : Pakistan, Inde, Israël etc).

On a des pays de pur *Common Law* et d'autres pays mixtes. Le droit européen a aussi une importance. La CEDH et l'UE guident notre système juridique.

ex : article 6 sur le procès équitable, on rattache tout le droit hérité du droit anglais (la partie d'écroulement du procès) mais aussi le côté séparation des pouvoirs, impartialité de la justice plutôt français. L'arrêt **Mazurec contre France** de la CEDH condamne la France qui avait un article 760 dans le CC qui scindait le régime de la succession en fonction du caractère adultérin ou légitime de l'enfant. S'il était issu d'un adultère ou né hors mariage, il ne recevait que 50% de la succession. C'est le principe d'égalité des filiations qui s'applique sur tout le territoire européen.

La *class action* existe partout en Europe mais elle est une invention américaine.

#### 2) les différentes acceptations des acceptions de Common Law

- Un **sens historique** : il désigne le **droit appliqué par les cours royales jusqu'au milieu du XVIIème** qui ont longtemps jugé en français. Ces juridictions appliquaient une commune-ley (loi), nommée ainsi pour la différencier des systèmes juridiques locaux contrôlés non pas par le roi mais par les seigneurs (baron, comte, etc). Ils existaient au nord du royaume d'Angleterre, hérités des coutumes médiévales anglo-saxonnes. Dans ce premier sens, la Common Law **s'oppose aux droits féodaux d'origine anglo-saxonnes mais aussi viking** (danoise).

- Un **sens technique** : il sert à désigner les règles applicables dans les pays de droit anglais, qui viennent de la jurisprudence des cours de Common Law par opposition au cours des chanceliers qu'on oppose à la législation des actes. On parle de lui comme étant le droit positif, applicable à un moment donné dans un État de Common Law.
- Un **sens prétorien** : droit fait par le juge.
- Un **sens taxinomique** : il permet de classer les droits héritiers du droit anglais, on parle de système de Common Law.

## SECTION 2 : LES ORIGINES DES DROITS DE COMMON LAW.

### A) les origines du droit britannique

#### 1) la période des droits tribaux aux droits normands

Avant les 1<sup>er</sup> invasions viking (793 : massacre de Lindisfar), il n'y avait que les **droits tribaux qui sont des droits archaïques**. Le droit écossais n'a pas subi l'influence du droit romain. Les vikings s'installent dans le nord de l'Angleterre où il y a un droit danois qui s'applique, même après la christianisation. Guillaume le conquérant est un descendant des vikings, ces derniers envahissent régulièrement le nord de l'Europe, jusqu'à ce que Charles III décide de passer avec Rolond, un chef viking, un traité par lequel le roi cède toute la Normandie, qui devient le Duché de Normandie.

Les vikings sont de bons commerçants et de fins politiciens. Quand ils arrivent dans un pays, il n'y a pas de migration de population. Quand ils arrivent dans un pays d'Europe, ils remplacent l'aristocratie locale, pour exercer leur domination sur les peuples locaux en adoptant leur coutume, leur langue et leur système juridique. C'est ce qui est arrivé en Normandie, Rolond a gardé toute la structure administrative carolingienne, s'est mis à parler français et avait de bonnes relations avec les français au Moyen-âge (les franciliens). Quand les normands vont en Angleterre, ils importent leur langue, leur aristocratie mais pas leur population.

Guillaume envahi l'Angleterre au décès d'Edward (?), il traverse la manche avec une aristocratie normande descendant des vikings mais aussi avec des chevaliers français du début du premier millénaire.

Cette invasion des chevaliers se heurte à eux difficultés :

- Quand les chevaliers franco-normands arrivent, ils doivent imposer leur système juridique à une population qui a déjà un droit avancé.
- De plus, les suzerains sont obligés d'avoir des vassaux et le risque étant qu'ils peuvent se retourner contre leur souverain.

Quand il arrive en Angleterre, Guillaume est obligé de récompenser les chevaliers franco-normands avec les terres qu'il vient d'acquérir. La première difficulté étant de se faire accepter pour les chevaliers qui prennent la place de l'aristocratie locale, et Guillaume doit faire avec des vassaux qui peuvent se retourner contre lui. La Common Law est un des moyens pour les rois normands de consolider leur pouvoir, de contrebalancer la puissance des chevaliers par l'édiction d'une norme d'origine royale destinée à assurer la puissance du roi face aux nobles locaux. Les rois normands décident que cette norme qui assure leur pouvoir ne remplacera pas celle qui est encore d'application au sein des comtés, etc.

#### 2) l'essor de la Common Law

**L'essor d'une justice royale itinérante** : Guillaume le conquérant et ses successeurs décident de rendre une justice proche du peuple pour s'assurer

leur soutien. Progressivement se développent des formations de jugement qui rendent la justice au nom du roi d'Angleterre. On a deux corps de règles et deux ordres juridictionnelles : celui des baronnies locales et celui des cours royales itinérantes. De là intervient la création de la *Curia Regis*, à la fin du XIIème. **Elle s'occupe des affaires qui touchent directement aux intérêts économique de la couronne, aux affaires qui impliquent les personnages de premier ordre du royaume** (très haute noblesse), notamment les **litiges qui perturbent la paix du royaume** (quasiment tous les litiges comme ceux qui font des mécontents après être passés étant les juridictions seigneuriales locales, c'est l'invention de l'appel). La justice royale devient **de plus en plus attractive, elle est très efficace car rendue au nom du roi**, c'est une justice prestigieuse et elle offre une certaine sécurité juridique. Elle offre une sécurité juridique par un **certain nombre de formalités** qui ont un rôle fondamental dans l'invention de la sécurité juridique et de la légalité. Par des actes officiels frappés du sceau royal que sont les "Writs" dans lequel sont exposé l'objet du litige, ils sont écrits à la main mais préparés à l'avance. Un Writ correspond à chaque type d'affaire, chaque affaire a un type de procédure formelle qu'il faut respecter pour aller en justice, ils donnaient **naissance à des formes d'actions qui sont à la base de la constitution de la Common Law**.

La justice royale est progressive, elle va abandonner les règles de preuve divine que sont les ordalies, pour les remplacer par des procédures formelles.

**D'une justice d'exception à une justice générale** : la justice royale va **s'institutionnaliser au point de créer des juridictions de Common Law**, notamment le Tribunal de l'échiquier, instauré à la fin du XIIème. Les barons anglais se sont révoltés face à la création d'un corps de normes créés par le roi, de là que vient la Magna Carta charte imposée au roi par les seigneurs anglais les plus puissants. Eu cette révolte sera créée une véritable juridiction avec la Cour des plaidoyers communs de Westminster. Au XIVème apparaît une autre cour, qu'est la Cour d'or King's bench, à qui on attribue la matière pénale. Création de nouveaux actes formels qui permettront de saisir la justice royale dans un cas qui ne permettait avant de ne saisir que la justice seigneuriale. On a un processus d'extension de la justice royale, le droit se crée par le procès et non par la loi. Système du "Bottom up". C'est rendu possible par la notion floue de paix du royaume.

**D'une justice générale à un droit commun** : C'est un processus sous terrain, imperceptible au début, tous les nouveaux actes formels grignotent petit à petit le domaine d'application des droits seigneuriaux. Création de façon inductive (d'un point particulier à une règle générale) du droit anglais. **La sanction crée le droit.**

Apparaissent deux traits saillants : le droit anglais est avant tout un **droit pragmatique** qui est ancré dans la pratique, en lien avec la pratique et la recherche de solution à des problèmes concrets particuliers. C'est aussi un **droit prétorien**, fait pas les juges, un droit de magistrats, ce droit cultive une habitude du précédent. **Les juges jouent un rôle fondamental contrairement au législateur.** La loi n'intervient qu'assez rarement, elle est généralement fondamentale, sur des points cruciaux comme le fonctionnement de l'Etat, des pouvoirs royaux, du fonctionnement du personnel ecclésiastique, etc. La loi est rare mais elle demeure car des textes de 1300 continuent d'être appliqués. Cette Common Law va toutefois être concurrencée par un autre corps de règle qui est l'écouteille.

### *3) l'essor de l'écouteille*

**Le rôle complétif de l'écouteille** : c'est un **système de règle qui va concurrencer la Common Law** assez rapidement. Les barons anglais, héritiers des chevaliers franco-normands, revendiquent plus de pouvoir jusqu'à la Magna Carta, en 1258 pour faire écho à certaines demandes des barons, les registres des Writs vont être fermés, il n'y aura plus de nouvelles formes d'action et donc l'introduction d'un nouveau droit sera bloqué. Ce système étant fermé, on en saisit toute la rigidité, puisqu'il faut une certaine procédure pour que l'acte soit formel. À partir de la fin du XIVème, même si la Common Law s'est institutionnalisée dans les cours, les justiciables peuvent

La Common Law s'est institutionnalisée dans les cours, les justiciars peuvent toujours faire appel à la conscience du roi pour trancher un litige qui ne trouve pas de traitement possible dans la justice des hommes. Le **roi peut juger lui-même**. Le gardien de la conscience du roi est le chancelier, il reçoit les suppliques, au début le roi seul donne la solution puis, au fur et à mesure, il va déléguer cette fonction au chancelier (lord chancellor) qui statue comme l'aurait fait le roi, dans le litige particulier qui lui est soumis. Le chancelier, un ecclésiaste, va appliquer des principes religieux à certains cas qui n'auraient pas de similitudes en Common Law (théologie chrétienne). En droit des obligations, les différents actes formels prévoyaient comme seule Cause de nullité des contrats les vices les plus graves comme la violence physique et une erreur sur l'existence même de la chose. La seule sanction prévue était les D&I.

**L'institutionnalisation de l'écoutille** : la **justice des chanceliers s'institutionnalise**, on crée la Cour de la chancellerie chargée de **rendre la justice spéciale**, ces règles particulières d'écoutille. chaque jugement rendu en écoutille forge une sorte de précédent et donne naissance à un autre corpus de règles. Thomas Moore a été un des artisans de la constitution du corps de règle de l'écoutille. La coexistence entre écoutille et common law n'est pas évidente. L'écoutille servait de révision de jugement pour le justiciable. John Selden avait la comparaison qui disait que l'application de l'écoutille était une mesure tellement relative qu'elle répandait du chancelier, comme si l'unité de mesure variait avec la taille du pied du chancelier (l'affaire du compte d'Oxford dans laquelle il y avait un conflit sur la solution apportée au litige entre la cour de chancellerie et les tribunaux de Common Law). Vu que l'écoutille était vu comme une sorte d'arbitraire, le juge de Common Law appliquait la loi strictement et impartialement. On assiste à la naissance du début d'une justice équitable.

#### *4) la marche vers la rule of law*

**Le conflit entre écoutille et Common Law** : cette opposition va opposer deux figures que sont le chancelier du roi Jacques I, lord Halsmerre et un juriste Sir Edward Coke. Le conflit est un conflit de technique juridique, écoutille et Common Law n'appliquent pas les mêmes concepts et sanctions juridiques, ce conflit devient politique puisque les juges de Common Law n'acceptent plus que les juges d'écoutille puissent contourner leur propre jugement, ils vont chercher le soutien du parlement, qui compte des barons. Ils vont soutenir les juges de Common Law et soutenir l'idée d'une justice indépendante pour affaiblir le pouvoir royal. L'apogée de cette opposition est l'affaire du compte d'Oxford. Progressivement, à partir de la 1650, les juges de l'écoutille comprennent qu'ils doivent rigidifier l'application des règles de droit, les rendre systématiques pour qu'on ne leur reproche plus d'être arbitraire, ils vont adopter la doctrine du "précédent".

**Apparaît la justice équitable, qui juge tout le monde de la même façon.**

Les décisions de l'écoutille seront dans des rapports, pour permettre une Jurisprudence.

**Les mutations de la révolution industrielle** : période qui commence au XIXème et qui va bouleverser le visage de l'Europe. Les échanges vont se multiplier avec l'essor de l'économie de marché. Les **litiges et occasions de désaccord augmentent**. Ce qui va entraîner des **réformes importantes du système judiciaire anglais**, ces réformes n'affecteront au"incidence" le droit substantiel, tout le **droit du procès va évoluer. Fusion des cours d'écoutille et de Common Law** qui sont appliqués dorénavant par les mêmes cours même si leurs règles distinctes continuent d'être appliquées. On **abolit les rits** (forme d'action) qui allaient avec, par différentes lois de 1873 à 1875 que sont les Judicature Acts, on crée la **Haute Cour à Londres** à laquelle on fusionne différentes cours d'écoutille et de Common Law. Apparaît **l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui**, c'est un principe de justice moral qui vient de l'écoutille qui sera préservé. ce principe a mis du temps mais il est accepté, même en droit français.

L'émergence de l'Etat de droit en Angleterre est le fruit d'un long processus marqué par les spécificités du système féodal anglais.

En France, pendant la révolution française, on va à la fois inventer l'Etat de droit mais aussi inventer des principes de représentation démocratique. C'est la monarchie administrative française, un pouvoir monarchique centrale très fort qui s'installe avec les Bourbons de France, qui va contrôler tous le territoire français sans État de droit ni démocratie. La démocratie ne sera instaurée qu'en 1871 avec la IIIème République.

## B) Les origines du droit "Etats-unien"

C'est un **droit singulier**, on le dit héritier du droit anglais, mais c'est un droit qui met à mal l'expression de Common Law puisqu'il **puise à la fois dans le droit anglais et le droit continental mais il développe aussi son propre système**, et va influencer les droits européens.

La **class action** permet en un seul jugement de trancher la situation de plusieurs centaines ou milliers de personnes. Celle qui vient des USA a un système d'auto exclusion qui veut que toutes les victimes d'un même dommage n'on pas besoin de dire qu'elles ne veulent pas y être pour être défendue. Mais le système inverse veut que la victime dise qu'elle souhaite faire partie de la class action.

La **peine de mort** est aussi une spécificité américaine puisqu'elle est appliquée dans 32 de ses Etats. Il y a aussi le cumul des peines.

Le **port d'arme libre** dans un certain nombre d'Etats, rattaché à la constitution américaine. Il existe aussi les **chasseurs de prime**.

Il y a un **contrôle de constitutionnalité** très poussé aux USA, Roosevelt a vu toutes ses premières lois jugées anti-constitutionnelles. Dans la constitution, en tant que citoyen américain, on peut être jugé par des pairs et non par des juges professionnels (7ème amendement de la constitution).

Les **dommages et intérêts punitifs** veut qu'une action en responsabilité, qui vise à réparer un dommage, soit compensatoire, il y a ici cette idée d'application privée de la loi, au lieu de verser les dommages et intérêts à l'Etat, on le verse aux victimes.

L'affaire du café chaud (**LibeCour de cassation versus MacDonald** de 1994), la requérante commande un café et renverse son café et est brûlée grièvement. Elle attaque Macdonald en responsabilité civile. Elle est hospitalisée 8 jours avec greffe de peau. Un jury va lui attribuer 160 000\$ de dommages et intérêts au titre de réparation de son dommage, et en dommage et intérêts punitifs : 2,7 millions de \$. Avec une sanction forte, ils ne recommenceront plus ...

### 1) Du Mayflower aux Founding fathers

**Du Mayflower à BlaCour de cassation Stone** : les premiers colons (the Pilgrims) s'installent dans le nord des USA. Majoritairement français, anglais et hollandais. Les français vont occuper la Louisiane, les espagnols vont occuper le territoire du Texas à la Californie. La Louisiane sera vendu 15 millions de \$.

Dans les territoires du nord, on avait les quakers, des catholiques dans le Maryland, et des calvinistes anglais (minorité persécutée en Angleterre) dans la Nouvelle Angleterre. **Les USA se construisent dans un désordre spontané tout au Long du XVIIIème**. Les grands juristes anglais sont majoritairement issus de la grande société anglaise et peu avaient envie de partir aux USA. Finalement, les choses vont changer en 1750, la doctrine anglaise n'a jamais eu un rôle crucial ni dans la formation des juristes ni dans la formation du droit. Le droit s'enseigne de façon oral.



**BlaCour de cassation Stone**, un juriste important rédige deux traités du droit anglais : *Analyses des lois d'Angleterre* en 1756 et *Commentaires du droit anglais*, ces ouvrages vont **favoriser le développement d'une culture juridique américaine**. Avant lui, peu de juristes ont une formation juridique. Après lui, se crée une tradition doctrinale.

Au fur et à mesure que les USA s'étendent vers l'ouest, la culture juridique imprègne les populations (Californie à la fin du XIXème). Les américains vont instaurer un **système judiciaire et juridique différent de celui des anglais**.

**De Black Stone aux Founding Fathers : 1786 Déclaration d'indépendance et 1787 Constitution américaine** par les *Founding Fathers*.

C'est la convention de Philadelphie avec Benjamin Franklin, un des plus grand inspirateur de la philosophie libérale. On parle souvent des équilibres et compromis difficiles auxquels ont dû parvenir les pères fondateurs, qui vont imprégner tout le système judiciaire américain avec :

- La **séparation des pouvoir** : puissance inégalée du pouvoir judiciaire totalement indépendant.
- **Compromis entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés** : s'opposent les fédéralistes et le parti des nationalistes républicains modérés qui veulent que les Etats fédérés aient un pouvoir moins important que l'Etat fédéral. **Système bicaméral** : le Sénat (2 représentants par État) et la Chambre des députés (SU avec représentation proportionnelle au nombre d'habitants de l'Etat).
- Les pères fondateurs sont tous issus des plus hautes classes du peuple, ils étaient tous proprio, donc dans la constitution, ils ont protégé la propriété. Ils vont omettre volontairement de mettre une déclaration des droits de l'homme (Bill of Rights) car ils ne veulent garantir que le droit de propriété par crainte d'excès.

Mais les Etats fédérés qui ne sont pas majoritairement peuplés de cette élite ne ratifient pas la constitution tant qu'il n'y a pas de Bill of Rights, d'où un amendement en 1791 qui ajoute le Bill of Rights.

Les Etats fédérés ont peut des changements possibles de majorités. Ils vont demander à ce que la constitution soit la plus rigide possible pour les protéger des excès de majorité des Etats du nord. Ce qui est écrit en 1787 ne bougera plus.

## *2) des Founding fathers à Roosevelt*

**L'invention de la judicial review** : (le contrôle de constitutionnalité qu'inventent les américains). La période du XIX sera un mélange entre la tradition anglaise et celle de l'Europe continentale, va naitre l'identité propre des USA dont la preuve est le *judicial review*. Ce contrôle de constitutionnalité des lois vient de la séparation des pouvoirs, et de l'Etat de droit (soumission du pouvoir au droit). La constitution de 1787 est presque religieuse. En France, il apparaît en 1958. C'est un contrôle par voie d'exception que peut opposer un justiciable dans un procès, la QPC s'inspire de la *judicial review*.

**Marberry contre Madison de 1803** : cette affaire consacre le *judicial review*. Marberry saisit la cour suprême pour se plaindre que Madison n'a pas signé son arrêt de nomination. Pour appuyer sa requête directe, il s'appuie sur une loi de 1789. Les juges ont dans la main la loi de 1789 et dans l'autre la constitution de 1787 qui ne dit pas la même chose que cette loi. Ils décident que dorénavant, la constitution sera supérieure à la loi.

**Le double héritage juridique** : Au USA, l'enseignement du droit va être réformé au XIXème. Le droit est enseigné par des universitaires, et non pas des praticiens. La différence étant que les professeurs tentent d'avoir une vision d'ensemble du système juridique. Le professeur bâtit un système, cette méthode d'enseignement ressemble au système continental.

Le droit américain va, comme en France, inventer des grands principes de responsabilité :

- Responsabilité personnelle
- Responsabilité du fait des choses
- Responsabilité du fait d'autrui

**Le tournant du New Deal** : il y a une école scientifique qui invente une démarche qui veut que le droit anglais est une matière vivante, et qu'en tant qu'Américain rationnel, il vont sortir de cette matière de grands principes généraux. Le droit est une matière autonome, presque indépendante de la volonté humaine et que le devoir du juriste est de dégager les principes fondamentaux. Le XXème est le siècle de la sociologie, les juristes estiment que le droit n'est qu'un instrument politique utilisés à des fins sociales et politiques.

Ces juristes plus sociologues que nationalistes sont des **juristes progressives** qui vont soutenir Roosevelt et le New deal. On les appelle **les réalistes**. L'opposition va devenir très politique puisqu'on aura les **réaliste qui disent qu'il faut faire évoluer le droit américain, et ceux qui veulent rester dans les origines de la constitution (les conservateurs)** puisque le droit est un **ordre juridique préétablie qui échappe à la volonté humaine**. Les scientifiques disent que la constitution est une donnée immuable. Alors que les réalistes estiment qu'elle ne permet pas les grands problèmes contemporains. **Roosevelt va pouvoir écarter les opinions des conservateurs, en 1936**, au nom du principe démocratique, les lois du New deal seront appliquées, à partir de là, on remarque que dans l'opinion publique, le légitimité est passée du côté du président et va y rester.

Roosevelt arrive avec ses politiques socio-démocrates. Il s'appuie sur une administration très puissante, une des manifestations de l'administration sous Roosevelt consiste dans la création des **agencies, des AAI, elles sont sectorielles**. Roosevelt rompt avec l'habitude libérale de laisser faire américain et poser des autorités chargées de remédier aux inefficiences du marché. On a un renouveau de l'action politique, l'école réaliste va être capable de faire passer des réformes fondamentales et des réformes qui vont mettre à mal la séparation des pouvoirs. Régulation entre le libéralisme et des formes plus interventionnistes.

### *3) le mouvement des civil Rights*

Le libéralisme politique n'allait pas de paire avec le fonctionnement démocratique des institutions, les USA sont la preuve que soumettre l'Etat au droit n'est pas suffisant pour que la représentation soit parfaite (civil war 1861-1865), l'esclavage est aboli mais sont mis en place tout un certain nombre de lois ségrégationnistes dans les Etats du sud, elles vont remplacer les **BlaCour de cassation Codes** qui contenaient le statut des esclaves. Puis dans les années 1950, les citoyens du sud des USA commencent à défendre les communautés opprimées, pour l'idée d'une égalité des droits civiques, on va porter le terrain sur les droits fondamentaux. La revendication des droits fondamentaux se fait aux noms d'argumentaires juridiques.



Finalement, ce mouvement conduit à deux lois :

- La loi de 1954
- La loi de 1965

Elles **abolissent toutes discriminations légales**, mais dans la suite des années 1960, elles existent toujours.

Dire que le droit américain est un droit de Common Law est grossier, il a développé une expérience propre de justice, d'ordre juridique, marqué par les spécificités de l'histoire américaine, avec toutes ces institutions et ainsi que le *judicial review*.

### SECTION 3 : LES INSTITUTIONS DES PAYS DE COMMON LAW

#### A) Les origines des droits canadiens-australien

Un des traits communs des pays de Common Law européens est que ce sont tous des **démocraties libérales**.

Les **USA sont une république constitutionnelle de type fédérale et présidentielle**. L'impulsion politique se fait par le Président de la République. Le **Royaume Uni est une monarchie constitutionnelle parlementaire**, le pouvoir dominant est le législatif et non pas l'exécutif comme aux USA.

Le **Canada et l'Australie sont des monarchies constitutionnelles fédérales** (sous le joug de la Reine d'Angleterre). La reine Élisabeth II est chef d'Etat de 16 pays. Il y a un gouverneur général, héritage de l'administration colonial, qui est le véritable chef de l'Etat.

#### B) les institutions britanniques

##### 1) le pouvoir législatif

Il est exercé par le **Parlement**, c'est un **système bicaméral** avec une chambre haute (la chambre des Lords) et une chambre basse (la chambre des Communes). En cas de désaccord entre les deux chambres, c'est la chambre des Communes qui l'emporte. Cette règle suffit à prouver que l'Angleterre respecte les principes constitutionnels (idem en France). La **loi n'est pas soumise à un contrôle de constitutionnalité** puisque la Parlement est au sommet de la hiérarchie des normes, et qu'il peut faire, le Parlement peut le défaire.

La chambre des Communes est composée de 150 membres élus pour 5 ans

La Chambre des Communes est composée de 650 membres pour 533, deux partis les conservateurs et les travaillistes.

Jusqu'en 2009, la chambre des Lords avaient des attributions législatives mais aussi judiciaires, c'était la Cour suprême de l'ordre juridictionnel du Royaume Uni. Mais il n'y avait jamais de problème quant à la séparation des pouvoirs, les lords juges ne votaient pas quand ils étaient dans la section législative, malgré tout, une réforme de 2005 a séparé institutionnellement les fonctions de jugement et les fonctions législatives. Maintenant c'est la **Cour suprême du Royaume Uni** qui exerce la fonction judiciaire qui était celle de la chambre des Lords.

## *2) le pouvoir exécutif*

La **reine** n'exerce pas ce pouvoir, elle nomme le premier ministre, mais la règle veut que la reine nomme le premier ministre parmi les membres du parti ayant obtenu la majorité parlementaire.

Le **premier ministre** constitue son équipe de ministre (dit secrétaire d'Etat) qu'il choisit librement.

## *3) la justice*

Les litiges les moins importants sont jugés par une juridiction locale que sont les **tribunaux de comté** qui traitent les affaires civiles, alors qu'au pénal, ce sont les **Magistrate Court**.

Quand le litige est plus important, même en première instance, il est traité par la Cour londonienne, si c'est une affaire civile, La **High Court**, et si c'est une affaire pénale, la **Crown Court**.

**La Haute cour est divisée en 3 sections dont deux qui descendent de l'ordre juridictionnel d'écouille et de Common Law.**

L'unique Cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles et enfin la Cour suprême qui juge peut d'affaires, elle sélectionne les affaires qu'elle veut traiter.

## **B) les institutions américaines**

Depuis 1936, le Président impulse la politique américaine. Il y a un mimétisme des Etats fédérés. Au niveau fédéral c'est le **Président**, au niveau fédéré c'est le **Gouverneur**.

Pour le législatif, c'est le **Congrès** au niveau fédéral et des **Cours élues** au niveau fédéré.

Les **lobbys** aussi ont une place très importantes au USA, notamment dans le processus d'élaboration de la loi.

Les infractions entre le droit fédéral et le droit fédéré est le même que les rapports avec le droit privé en Europe, il y a une histoire de **primauté du droit fédéral**.

La **jurisprudence a une place fondamentale**. Voir **Théorie du précédent**.

Aux USA, la loi est aussi importante, il y a des codes. La coutume a une petite place. La jurisprudence est la source principe du droit en Common Law, même si elle est soumise à la loi.

(Pas le temps de faire la suite).

## Droit du monde arabo-musulman et judaique.

Ce sont des droits fortement imprégné par la religion, il y a plus de pays qui appartiennent à ce monde. L'Etat d'Israël repose sur des sources classiques, la religion a moins de place que dans les pays musulmans.

Le droit judaïque ne doit pas être confondu avec le droit de l'Etat d'Israël.

### Chapitre 1 : le droit arabo- musulman

Ce droit est appliqué dans plusieurs pays du monde arabe mais de manière différente. Le droit musulman ou islamique n'est pas le droit d'un État, il s'agit **d'un droit religieux, applicable aux musulmans, à une catégorie de personnes appartenant à une religion.** Le critère déterminant de l'application de ce droit est un **critère personnelle**. En principe, c'est le critère territorial qui prédomine mais ici c'est un critère personnel.

Le **droit islamiste est applicable dans certains Etats**, mais au titre de leur droit national, ce droit exerce une influence importante sur le système juridique des pays où la population de confession musulmane est majoritaire.

Des les premiers siècles de l'islam, les théologiens musulmans ont entrepris un travail qui consistait à **déduire des règles de droit des manifestations de la volonté divine.** Vers le **Xème avant JC, un corpus de règles commun à l'ensemble des musulmans est adopté.** C'est un droit savant, qui est le produit du travail de théologiens.

C'est le droit classique, commun aux différents peuples de tradition musulmane, c'est le noyau du droit islamique, un héritage commun. Ce droit classique donne un **système figé qui n'est pas forcément souple, il reste inamovible.** À côté de ce droit classique, **dans les pays de tradition musulmane, qui ont chacun leur évolution, ils ont développé leur droit positif.**

On oppose le droit classique au droit positif.

Deux pays seront vu : l'Arabie saoudite et l'Egypte.

Les **sources primaires sont le Coran et la Sounnah** mais aussi l'**Idjmâ** une source secondaire mais majeure. Les deux premières sources sont liées au prophète Mahomet et la seconde est un droit savant, liée à l'émergence des

écoles de droit islamique sunnite (vers le IXème après JC).

Le personnage de Mahomet et de ses compagnons sont essentiels dans l'évolution de l'islam, certains de ces compagnons ont épousé les filles de Mahomet, une seule Fatima, a eu des enfants à son tour. Au décès de Mahomet, il y a des divergences qui apparaissent. Ces divergences consistent à désigner les successeurs de Mahomet. Selon la première divergence, le successeur de Mahomet doit être élu par les autres membres de la communauté. La seconde veut que le successeur ne soit pas élu, il ne peut s'agir que d'un descendant direct de Mahomet, autrement dit, d'un descendant issu de la branche d'Ali et Fatima et leurs descendants.

Avec ces deux divergences apparaissent **l'islam sunnite et l'islam** chiite.

La deuxième repose sur le fait que le chef détient tout le pouvoir, c'est un descendant de Mahomet qui représente tout sur terre, c'est un islam radical. Elle repose sur le pouvoir des imams qui sont à la fois des personnes détenant le pouvoir politique mais aussi des chefs religieux. Le premier calife reconnu par les chiites fut Ali, par la suite, les onze califes qui ont suivi ont tous été assassinés. D'après la légende chiite, le fils du dernier calife est caché parmi les hommes et reviendra à la demande d'Allah pour guider les hommes.

**L'islam chiite** suppose qu'une personne détienne tous les pouvoirs, politiques et religieux, alors que **l'islam sunnite** dispose qu'il existe une séparation entre le pouvoir politique et le pouvoir religieux.

Puisque la religion est séparée du pouvoir politique chez les sunnites, elle œuvre des théologiens.

Par la suite, il y a eu un développement différent avec l'apparition de **nombreuses écoles de pensées dont 4 importantes, qui sont des écoles sunnites** :

- **L'école hanafite**, qui était présente en Turquie, en Égypte, en Libye. C'est une école savante qui étudie les livres sacrés pour en tirer des règles de droit.
- **L'école malekite**, au Soudan et dans les pays du Maghreb, la coutume est ici très importante.
- **L'école chafeite**, qui est plus récente.
- **L'école hanbalite**, présente surtout en Arabie saoudite. Elle étudie surtout la Sunnah, les passages liés à la vie de Mahomet.

Apparaît une justice islamique, notamment le **cadie, le juge qui rend des décisions. Cette fonction a d'abord été créée par Mahomet** lui-même avec l'expression de l'islam. Il fallait nommer des gouverneurs dans les provinces conquises, ils représentaient le pouvoir politique et rendaient la justice.

Il ne s'agit pas forcément de gens instruits, ils doivent être **pragmatiques, capable de trouver une solution à un problème**. Par la suite, il y a une séparation de ces deux pouvoirs, l'évolution de l'islam a fait que ces cadies n'appliquent pas forcément les règles islamiques mais aussi coutumières, anciennes et préexistantes. Au VIIIème, il y a eu une séparation entre la fonction judiciaire et la fonction politique.

C'est un pouvoir pragmatique, qui va trouver des solutions, procéder à des

C'est un pouvoir pragmatique, qui va trouver des solutions, procéder à des arbitrages et conciliations, mais c'est un pouvoir souvent corrompu car nommé par le pouvoir politique.

**Il s'agit d'une justice qui a un caractère privée dans la mesure où le cadie peut statuer n'importe où.** Il n'y a pas vraiment de tribunal destiné à la fonction judiciaire, le cadie peut statuer au marché, au domicile, Etc.

Il est possible que les **justiciables s'adressent non seulement au cadie, mais aussi au calife, au représentant du pouvoir politique.** Les décisions de justice ne pouvaient pas être remises en question dans la mesure où traditionnellement il n'y avait **pas de voie de recours** (c'est la loi divine, on ne peut pas se tromper). Exceptionnellement, il était **possible de s'adresser à la personne qui avait rendu la justice, pour qu'elle renvoie la même affaire, pour qu'elle statue à nouveau.**

Parmi les autres personnages de la justice, on trouve le **scribe**, pour rédiger les affaires, **l'huissier** en charge de la police et le **moufti**, un spécialiste du droit, qui donne son avis sur la question de droit, C'est une personne obligatoirement musulmane qui sait lire et écrire.

S'agissant de ce **droit classique, il est de nature divine, et donc, puisque c'est un droit divin, il est forcément parfait.** La complétude est un système de pensée qui régit tous, le coran le précise "nous n'avons rien négligé dans le livre, nous avons pensé à tout". C'est un système de règles qui régit tout, y compris la vie privée. La **séparation entre la sphère privée et la sphère publique n'est pas possible.**

S'agissant des sanctions dont dispose le droit musulman traditionnel, elles sont plus nuancées par rapport à celles qui existent en droit européen. **Ici, un acte juridique peut obligatoire, recommandé, permis, blâmable ou interdit.**

Même les actes interdits peuvent produire des effets juridiques.

Il y a 3 formes de répudiations : La triple répudiation immédiate est interdite (dire "je te répudie" trois fois).

Le **Coran**, le livre sacré, Mahomet n'a pas écrit le Coran, il lui a été transmis par l'ange Gabriel, envoyé par Dieu. C'est un **texte décousu, éparpillé**, ce sont des **révélations ponctuelles**. Ces révélations ont été conservées sur les supports très différents, les fragments de cuir, omoplates de chameau, d'où le rôle important des théologiens. Il n'y a ni chronologie, ni logique dans les événements.

Les différents passages du Coran sont des sourates, qui regroupent des versets. Ces **sourates ont été progressivement rassemblées et classées ensuite selon leur longueur décroissante.** Le **Coran n'est pas un code.** Son rôle est toutefois essentiel en droit musulman car il nourrit les croyances et la civilisation de l'islam.

Il y a environ **500 versets** qui concernent directement le droit, d'autres versets peuvent être utilisés pour interpréter le Coran et créer ainsi des règles juridiques.

Le Coran définit les **6 crimes coraniques** : l'homicide, l'adultère de la femme, la fornication (relations sexuelles hors mariage), le vol, l'usage du vin et l'abjection de l'islam.

Les **peines prévues sont très dures** (amputation, coup de fouet, etc) mais

restent appliquées dans certains pays.

S'agissant des **crimes de sang, ils relèvent de la justice privée, sur la base du Talion**, et les autres infractions relèvent du pouvoir discrétionnaire du cadie, lequel s'appuie beaucoup sur les coutumes locales. S'agissant des droits matrimoniaux, le père a le droit de marier ses enfants mineurs, il s'agit de la **contrainte matrimoniale**, ou le jabr.

L'interdiction du prêt à intérêt est prônée par le Coran.

Les juristes savants déduisent du Coran des règles juridiques, mais aussi de la Sounnah.

Cette dernière constitue un **recueil de coutumes de l'ancienne Arabie**. Ce terme de **Sounnah** a changé de signification, il désigne un **recueil d'histoires relatives à la vie privée du prophète**, ces histoires s'appellent les Hâdits. Cette source permet souvent d'éclaircir ce que dit le Coran.

**L'Idjma** est un accord unanime des docteurs en droit. En pratique, c'est **la source la plus importante** puisque le Coran et la Sounnah ne sont pas au départ des textes. Strictement juridique. Il repose d'abord sur le dogme de l'infailibilité de la communauté musulmane. Cet accord commun n'a pas pour autant empêcher les différentes divisions des écoles islamiques.

La porte de l'effort a été fermée au Xème, d'où la nécessité par la suite, de développer les autres sources plus modernes.

A côté des sources religieuses, les coutumes ont toujours été admises en tant que sources de règles, il fallait qu'elles ne contredisent pas les règles, l'issue de l'islam, aussi, nous verrons que l'évolution de chaque pays de tradition musulmane a permis l'instauration d'autres sources du droit et notamment des sources codifiées

. L'histoire de chaque pays est ensuite unique et déterminante. S'agissant du droit religieux, il régit surtout, dans les pays musulmans, des rapports qui relèvent du statut.

## SECTION 1 : L'ARABIE SAOUDITE

Il s'agit d'une **théocratie islamiste**, reposant sur une **monarchie absolue, tribale fondée sur la Charria**. Le royaume a été proclamée en 1932 par le Roi Al-Saoud, il prône la stricte application de l'islam.

### Paragraphe 1 : sur la plan constitutionnel

Il n'y a pas de constitution. Il existe un **statut fondamental de 1992**, le 1er article de ce statut dispose que le "*royaume d'Arabie saoudite est un État souverain, arabe, islamique, avec l'islam comme religion, le livre de Dieu, et la Sounnah de son prophète, les prières de Dieu et la paix sont sa constitution*".

Il s'agit d'un pays gouverné par une dynastie, un pouvoir royal ou traditionnellement, le pouvoir se transmet de ses frères à ses demi frères, depuis le statut donfalentale, il se transmet de père en fils.

Si le père a plusieurs fils, il est possible pour le roi de choisir le fils (pas

Si le père a plusieurs fils, il est possible pour le roi de choisir le fils (pas forcément de primogéniture).

Il existe trois pouvoirs :

- Judiciaire
- Réglementaire
- Exécutif.

Cependant, l'Arabie saoudite est une monarchie absolue, le **roi détient tous les pouvoirs**, il est la cause première de tous les pouvoirs, ce qui est conforme à la tradition. Le roi est limité seulement par les coutumes tribales et les règles de l'islam.

Il existe un pouvoir exécutif des ministres, le roi préside le Conseil, il nomme les ministres et le vice Président, il conduit l'armée.

Il n'y a **pas de pouvoir législatif car la loi est d'origine divine**. Mais il y a un pouvoir réglementaire. Depuis le statut fondamental de 1992, il y a une assemblée mais elle n'a qu'un rôle consultatif, elle ne vote pas les lois, donne son avis, discute du plan général économique et social. Elle donne son avis, ses décisions ne lient pas le roi et le Conseil des ministres. Le Roi nomme les 90 membres de l'assemblée et peut la dissoudre.

## Paragraphe 2 : sur le plan normatif

Le **statut fondamental est plutôt un texte réglementaire** mais qui met parfois en œuvre des principes déjà préexistants. Il y a des règlements dans les différentes matières qui sont plutôt des **règles de bonne administration**, elles sont prévues dans l'intérêt de la communauté des croyants.

## Paragraphe 3 : sur le plan international

L'Arabie saoudite n'a signé aucun traité international, notamment la Déclaration des Droits de l'Homme et non plus les pactes de l'ONU de 1966.

Mais elle a signé les différentes déclarations islamiques des droits de l'homme comme la **déclaration islamique universelle des droits de l'homme de 1981**, à Paris. Selon cette déclaration, l'homme n'a de droits que ceux qui lui sont reconnus par Dieu. Il y a une conception d'emblée **discriminatoire** : d'une part entre musulman et non musulman et d'autre part entre homme et femme.

Contrairement à d'autres pays musulmans, qui reconnaissent la liberté de culte, en Arabie saoudite, il n'y a pas de liberté de culte, de croyance et de liberté de culte. Les textes applicables sont surtout des règlements ou des conventions de nature islamique.

## Paragraphe 4 : au niveau jurisprudentiel

La jurisprudence **applique la charria islamique** telle qu'elle découle du Coran et de la Sounnah. Il y a une application des règles, mais contrairement à d'autres pays, la jurisprudence **peut procéder à une interprétation des règles**.

## Paragraphe 5 : Le système juridictionnel saoudien

### A) l'organisation juridictionnelle

Il y a une grande innovation, c'est une **ordonnance du 1er octobre 2007 qui régit l'organisation juridictionnelle**, selon laquelle il existe **deux ordres juridictionnels principaux** : un **ordre juridictionnel islamique**, des juridictions de droit commun. Et d'autre part, **l'ordre juridictionnel administratif**.

Les tribunaux de droit commun sont compétents pour toutes les affaires, dans tous les domaines. Le principe est du côté des juridictions islamiques de droit commun. L'ordonnance de 2007 a instauré les **1ères juridictions de première instance**, comme les **tribunaux de commerce, de travail, des affaires civiles, pénales**.

Elle crée des **cours d'appel pour chaque région** (13). Chacune est composée de chambres spécialisées, avec trois magistrats en matière civile et 5 en matière pénale.

La **généralisation des voies de recours est un grand progrès**. Traditionnellement dans l'ordre juridictionnel islamique, il n'y a pas de recours.

L'ordonnance met en place une **cour supérieure** qui **veille à la bonne application des dispo de la charria et des règlements**. C'est un juge de cassation sur le plan technique. Elle apprécie la régularité des décisions des cours d'appel. Selon la vieille coutume arabe reprise par l'ordonnance, le **dernier recours est le roi**.

Les conflits de juridiction entre les eux ordres sont tranches par le **comité de séparation de compétence**.

### B) le personnel judiciaire : les magistrats

Concernant les **magistrats**, en principe, ils sont **indépendant**, l'ordonnance de 2007 renforce cette indépendance, mais ils restent **soumis à la loi islamique**. Leur **carrière est placée sous le contrôle du CSM** constitué de 11 membres. Les magistrats sont **nommés par le roi sur proposition du CSM**, et ne peuvent être **ni suspendus ni révoqués sans l'accord du roi**.

## SECTION 2 : L'EGYPTE

Les origines de ce système remontent à la fin du XIXème.

Au début du XIXème, le droit égyptien a été exposé à une forte occidentalisation sous le règne de Mohammed Ali, de 1805 à 1848, À la suite de la réalisation du canal de Suez, la domination européenne, se substitue à la domination ottomane. Une convention internationale de 1876 instaure des **tribunaux mixtes compétents pour juger des litiges opposants les non égyptiens**, sur la base de codes mixtes rédigés français, et qui reproduisaient le code Napoléonien.



Il y avait aussi des cours indigènes créées en 1988 pour statuer sur les litiges entre indigènes sur la base de mêmes codes mixtes. **Le droit de la famille et des successions restent régis par la charria et soumis au juge religieux, le cadie. C'est progressivement installée une tradition civiliste.**

Les autorités britanniques ont eu l'intelligence de ne pas remettre en cause cet héritage civiliste, qui commençait à s'installer.

En **1936 arrive l'indépendance de l'Egypte**, le nouveau gouvernement a procédé à la codification du droit égyptien. Le **code civil égyptien a été achevé en 1948** : il a eu une grande influence dans les pays arabes. Toutefois, les droits **de la famille et des successions demeurent régis par la charria**.

Par la suite, la **monarchie a été abolie et la république proclamée, le 18 juin 1953** par le Président Nasser. C'est un nouveau **système constitutionnel** qui sera modifié à plusieurs reprises.

### Paragraphe 1 : le système constitutionnel

C'est un **système présidentiel et semi présidentiel** (partage du pouvoir avec le Conseil des ministres). Il est élu au SU. Avec le Conseil des ministres, le Président établit la politique générale et nomme le Président du Conseil des Ministres, les vices premiers ministres, les ministres et leurs suppléants.

Il a le pouvoir **d'initiative législative, il peut proposer des lois**. Il a aussi un **droit de veto**. Il peut aussi dissoudre l'assemblée, prendre des mesures d'urgence en cas de danger, adopter des ordonnances ayant force de loi.

**Le Conseil des ministres est l'organe exécutif et administratif suprême de l'Etat.**

### Paragraphe 2 : le système normatif

Le **pouvoir législatif** appartient au parlement composé de deux chambres : **l'assemblée du peuple** et une chambre purement consultative qu'est le **Conseil consultatif**.

**L'assemblée du peuple comprend 454 membres, dont 10 sont nommés par le Président.**

Elle a un pouvoir législatif, elle **contrôle les actes administratifs** et peut **mettre en jeu la responsabilité du gouvernement**.

**Le conseil consultatif n'a qu'une fonction consultative**. Il y a 264 membres donc 48 (?) nommés par le Président.

La **charria est aussi une source du droit**, d'après la Constitution dans sa version de 1980 : *"L'islam est la religion de l'Etat dont la langue officielle est l'arabe"*. Elle est appliquée essentiellement en droit de la famille et des successions, le législateur est intervenu dans ce domaine en 1920 et 1929

pour la pension alimentaire et la dissolution du mariage.

Pour ce qui est des traités internationaux qui sont des sources du droit, ils ont force de loi, il n'est pas supérieur à la loi mais à la même valeur. Une loi postérieure peut contredire le traité.

Concernant la JURISPRUDENCE, le système égyptien ne connaît pas le système du précédent. Le juge a un pouvoir d'interprétation.

### Paragraphe. 3 : le Système juridictionnel

Il y a une autre **cour constitutionnelle** qui contrôle la constitutionnalité des lois.

Il y a aussi des **juridictions d'exception** comme la cour de sûreté de l'Etat.

Pour ce qui est des magistrats, il y a un concours mais l'accès à un certain nombre des juridictions est soumis à une condition d'âge.

## Chapitre 2 : le droit judaïque

Le droit de l'Etat d'Israël est un droit mixte, un système hybride d'une certaine originalité qui s'explique par des raisons historiques et politiques.

En 1922, la GB s'est vue confier le mandat d'administrer la Palestine. Avant l'arrivée des britanniques, il y avait un droit de tradition ottomane (musulmane turque) qui s'appliquait en Palestine. Les autorités britanniques ont décidé d'instituer la Common Law. Par la suite. Le droit anglais a épousé ces traditions ottomanes.

Ces deux traditions cohabitaient jusqu'à la création de l'Etat d'Israël le 14 mai 1948. S'agissant du droit d'Israël, cette mixité concerne d'abord le système étatique constitutionnelle qui implique des institutions traditionnelles judaïques. Le nouvel État, sur le plan constitutionnel, repose sur un Président qui est élu pour une durée de 5ans, au SU tout comme le PM qui exerce le pouvoir exécutif.

Il y a aussi la chambre des députés qui vote les lois. Lorsqu'on regarde l'héritage juridique de l'Etat d'Israël, il y a quatre sources principales :

- Des **sources ottomanes** qui sont maintenant des exceptions
- Il y a une **tradition de la Common Law**, Sur le plan du raisonnement, le Common Law a une influence importante sur le système juridictionnel de façon durable.
- Il existe également un **droit juif traditionnel Halakah**, appliqué par les **juridictions rabbinique, il régit surtout les rapports en droit de la famille, en matière de succession, en droit de la filiation.** Ex : l'institution de Geth qui est un acte écrit, à l'issue d'une procédure de divorce, l'époux donne à sa future ex épouse, une déclaration par laquelle il met fin au lien de mariage. Le Geth dissout le lien de mariage entre les époux et permet à l'épouse de se remarier librement.

époux et permet à l'épouse de se remarier religieusement.

Il peut avoir une double influence, lors de l'élaboration des lois, les commissions d'élaboration peuvent **prendre en compte les traditions juridiques religieuses, quand il y a une lacune juridique**, les juges peuvent s'inspirer des solutions qui viennent des lois religieuses.

- La **cour suprême d'Israël** est une juridiction bénéficiant d'une grande influence, elle jouit d'une respectabilité qu'on trouve rarement. C'est une cour suprême qui, dans certaines matières, peut agir comme une cour d'appel. Elle juge moins d'affaires qu'une Cour de Cassation. elle rend des arrêts d'une motivation d'une grande qualité. Ex : arrêt du 6 septembre 1999 où elle jugeait illégale les interrogatoires qui résultait de pratique de torture, Malgré le fait que l'existence de ces tortures était légale. Elle a invoqué une loi israélienne de 1992 qui proclame le principe de la dignité de l'individu. Au nom d'une loi nationale, elle juge ces pratique illicite. En 2006, pour la première fois, une femme est élu pour présider la Cour israélienne.

## Les droits d'Extreme-Orient

### I - L'INTRODUCTION

La **Chine** est un pays immense ayant 1,3 milliard d'habitants. C'est un pays ayant une grande unité culturelle et ethnique. L'ethnie des Han est majoritaire, apparemment ancienne de 5 000 ans. L'empire chinois à une structure politique stable de l'antiquité jusqu'en 1911.

Confucius, le principal père de philosophie chinoise est contemporain des philosophes romains. La Chine est le plus grand pays du monde de par sa superficie, et la deuxième économie mondiale depuis 2010. Sa croissance avoisine les 10% par an. Elle est fondée sur l'économie socialiste de marché.

Elle a un régime particulier, la capitalisme est une initiative privée mais il n'échappe pas au pouvoir du gouvernement chinois.

Le **Japon** est une archipel d'îles, dont quatre principales. Sur le plan culturel, le Japon alternait avec des phases de grandes ouvertures et des phases de grandes autarcie. On trouve comme en Chine une forme de cohésion culturelle en raison de la concentration de la population japonaise. Sur le plan institutionnel, c'est une **monarchie constitutionnelle démocratique** depuis la seconde guerre mondial, elle est convertie au marché et au capitalisme. C'est la troisième économie mondiale derrière la Chine depuis 2010, détrôné de sa deuxième place. Il a des indicateur de développement extrêmement élevé, ce qui tient à certaine façon de vivre et au décollage économique antérieure à celui de la Chine. Le pays est en déclin économique, la démographie aussi est déclinante. Il y a 127 millions de japonais.

## Chapitre 1 : le droit chinois

Il a une place dans les grands systèmes juridiques contemporains, qui tient aux spécificités politiques, historiques et démographiques (?) de la Chine. C'est le droit d'un peuple qui connaît une homogénéité inédite dans le droit des civilisations : les Han. On trouve l'emprunte pluridisciplinaire de la doctrine de Confucius qui explique certaines particularités du droit chinois. C'est le droit de l'État le plus peuplé du

monde, le droit d'un État socialiste, autoritaire, mais aussi converti à l'économie de marché.

## Paragraphe 1 : les origines du droit chinois

### A) le droit sous les différentes Chines

#### 1) la Chine impériale

De -5000 à 1911.

La Chine est un pays à l'histoire ancienne dont les normes et même le rapport de la population au droit s'explique très largement par de vieux héritages philosophiques (Confucius dont le vrai nom est Kong fuzi, -551 à -519). L'enseignement de Confucius est traduit dans des classiques, rédigés par ses disciples, la Chine impériale est faite sur l'idéologie de Confucius.

Le confucianisme est une doctrine qui prend pour point d'appui une **idée d'harmonie naturelle**, d'ordre préétabli des choses de la nature. Une sorte de "prédestinée", **L'ordre social ne serait qu'une déclinaison de l'ordre des choses**. la place de chaque individu dans l'ordre social est préétabli et induit certaine lois naturelles pour que l'ordre sociale fonctionne. Il faut donc respecter la place qui nous est assignée, d'ou cinq préceptes forts qui vont forger les normes de comportement entre individus, c'est le *Fen*, que l'on é retrouve dans la philo japonaise.

- La relation du père au fils
- La relation du mari et de la femme
- La relation de l'aîné et du cadet
- La relation du souverain et de son sujet
- La relation entre amis.

À l'exception des amis, les quatre autres rapports **induisent une hiérarchie**, des comportement d'obéissance de la part de l'inférieur et du côté de celui qui est supérieur, en contre partie, la protection, la tendresse.

Ces cinq relations fondamentales structurent l'ordre social. La place du droit dans la société impériale chinoise est appelée à être résiduelle : "on en a pas besoin". On considère que faire valoir ses droits perturbent cette harmonie naturelle puisque l'ordre sociale ne s'auto régule, et pour le réguler, il faut faire intervenir un juge. Il est plus avantageux de résoudre les choses par soi même en suivant l'ordonnement social, plutôt que tout chambouler avec l'intervention du droit.

Le *Li* est une norme de comportement souple (traduction : le respect d'autrui). Il traduit une noblesse d'âme qui suffit à favoriser les relations. À l'inverse on voyait le peuple de façon négative, il n'avait pas la grandeur d'âme de la noblesse, le *Li* ne leur suffisait, ils se disputaient sans trouver de réponse consensuelle, il fallait donc trouver un système juridique

contraignant. Le **droit était vu comme un mal dont il fallait s'abstenir le plus souvent possible : le Fa**. On considère que le **droit est quelque chose de négatif puisqu'il est appliqué quand on arrive pas à appliquer des principes d'harmonie sociale**.

Le *Li* et le *Fa* vont maintenir la stabilité de la Chine impériale, le *Li* légitime la place de l'empereur au sommet de la hiérarchie sociale, car il est l'ordre des choses, tandis que le *Fa* est une émanation de la pensée de l'empereur.

Le **Fa était codifié**. Il pouvait être appliqué de façon assez systématique grâce. Ces codes, mais comme son application supposait un passage par un juge, un tiers venant rétablir l'ordre social, il était très mal vu. La **population chinoise cherchait le plus possible à éviter son application en passant par des procédés de médiation, en ayant recours à la personne qui a autorité selon le Fen**. C'est ainsi que l'essentiel des relations privées était régulée par les principes des concepts confucéens.

Les **droits subjectifs n'existaient pas**, le *Fa* ne s'appliquait que lorsque l'ordre social avait été perturbé. Le

**Fa était une sorte de droit pénal administratif.**

## *2) la Chine républicaine*

Cette période s'étend de **1911 à 1949** avec des soubresauts de dictatures. Elle reste importante dans l'histoire juridique chinoise car c'est à ce moment que la Chine s'ouvre au système juridique occidental sans pour autant s'affranchir de l'héritage impérial. Certains vont étudier le droit en occident. Après la dynastie *King*, on réorganise le système juridique chinois. Sous Chang Kai Tchek, leader du parti socialiste chinois, **plusieurs codes inspirés de modèles européens seront instaurés** : code civil, code de procédure civile, code pénal, code de commerce, idem en matière agricole ou maritime.

Apparaît la **notion de droit subjectif**, le créancier du droit peut demander l'exécution en justice, faisant apparaître des **règles de droit civil**.

On trouve "l'égalité" entre hommes et femmes, l'abolition "provisoire" de la torture, certaines garanties en matière pénale ou procédurale, héritées du droit anglais.

Les **emprunts à la culture occidentale sont reçus avec une certaine circonspection**, ce qui va justifier certaines évolutions plus tardive. Le droit occidentale est vu comme une source intéressante, mais il vient d'un droit étranger, donc : méfiance. Ils supposent le procès, donc s'applique une certaine réserve quant à leur application.

Elle **va s'arrêter des années 30, le Japon envahi la Chine**, la première invasion à Mandchourie date de 1931, le mouvement s'accroît en 1937, c'est la grande invasion par l'armée japonaise, qui prendra fin avec la reddition du Japon en 1945.

C'est une guerre qui fait 3 millions de morts militaires dans les rangs militaires chinois et 17 millions de morts dans les rangs civils chinois. Cf : Massacre de *Nankin*.

À la suite de l'invasion japonaise, c'est **l'armée rouge de l'URSS qui va libérer la Chine**. Mao Tsé Tong qui se battait pour la libération de la Chine va prendre appui sur l'armée rouge, en Mandchourie pour essayer de l'emporter dans la guerre qui l'oppose, après la libération, aux nationalistes de Chang Kai Tchek. **Mao l'emporte en 1949** et contraint Chang Kai Tchek à aller à Taïwan, qui est la Chine nationaliste.

## *3) la Chine communiste*

**La proclamation de République populaire de Chine** : la proclamation en 1949 conduit à une **remise à plat total de l'ordre juridique chinois**. Une conférence politique proclame la Chine État de démocratie populaire, pour en faire une dictature du prolétariat.

Dans les textes, une constitution est votée et promulguée (ex 1982), **de nombreuses libertés politiques sont attribuées aux citoyens chinois. En réalité ces droits sont purement formels, car non effectifs**. Toute l'économie est contrôlée par les dirigeants du parti communiste, au service du parti communiste, de nombreuses entreprises sont nationalisées, les terres sont confisquées et redistribuées aux paysans, si on préserve encore la propriété privée, la propriété des classes bourgeoises est démembrée par des impôts lourds et d'autres confiscations.

Tous les **codes promulgués sous la République sont abrogés. Rien ne remplace l'abrogation de ces codes**. Le système fonctionnait via la place du parti et de l'administration qui contrôlaient tous sans textes. **Mao et le parti communiste considère que le droit est un instrument de domination de la classe bourgeoise sur le prolétariat, il fige l'ordre social préétabli.**

On reprend l'idée marxiste d'arriver à une société sans État, sans classe sociale, sans droit.

**L'absence de norme législative est remplacée par une régulation administrative très faible qui s'exerce dans tous les domaines de la vie sociale et qui suffisent provisoirement à régir la société chinoise.**

### **B) la constitution d'un ordre juridique communiste**

On met à bas le système juridique communiste, remplacée par un système de normes administratives, une régulation administrative. En 1954 est promulguée une première constitution, une assemblée populaire nationale est établie par cette constitution, elle est dotée de pouvoir législatif. En théorie, C'est cette seule assemblée qui est habilitée à faire du droit mais en réalité il n'en est rien, à l'abri de cette façade institutionnelle, c'est l'administration qui gouverne, via les documents normatifs.

On trouve aussi quelques réformes plus localisées (ex : réformes agraires, lois sur le mariage)

### **C) le refus du droit après la campagne des 100 fleurs.**

Le rejet de l'héritage occidental, le rejet de l'héritage soviétique et confucéenne. Le passé va être vu comme le temps des structures sociales anciennes.

Ça va renforcer le climat de méfiance vis à vis du droit dans le contexte anti intellectueliste. Concrètement de nombreux acquis sont mis à bas comme l'indépendance de la justice. On observe même une fusion de certains tribunaux locaux avec les forces de police qui montrent qu'elle n'est qu'une instance de maintien de l'ordre. À partir de là, plus aucune loi n'est faite par l'assemblée, on observe une tendance juridique : il y a une **fracture immense entre le droit fixé par les textes et la pratique quotidienne du droit qui n'a rien à voir avec les textes.**

Révolution culturelle : les gardes rouges déferlent sur la Chine. Elle a achevé de décrédibiliser le droit comme un instrument de régulation des relations sociales. Maintenant c'est Mao qui se substitue au système juridique avec son administration.

#### D) le retour du droit après le décès de Mao

Il meurt en 1976, son décès va **changer à la fois la donne politique mais aussi la donne juridique**, une nouvelle constitution est proclamée en 1978, il est remplacée par Deng Xiaoping, il décide de mettre un terme à la révolution culturelle. Il va insuffler un mouvement de développement économique qui va donner à la Chine le visage qu'on connaît. Elle s'ouvre à l'économie de marché.

La constitution de 1978 est remplacée par une **constitution de 1982 qui vise la modernisation politique et économique de la Chine**. Elle entérine la révolution idéologique, les investissements étrangers sont encouragés.

Sur le plan juridique, ça conduit à l'adoption de lois sur les contrats économiques. Est inventée la propriété intellectuelle.

Dans les **années 80-90, tout un courant de lois civiles vient étayer le système juridique**, retour de l'influence occidentale sur le droit chinois.

**Nouveau code pénal en 1980**, la peine de mort n'est plus la seule peine pour les opposants politiques (lol). On a progressivement une soumission à la légalité car la place du droit augmente, il devient de plus en plus difficile pour les autorités publiques de s'affranchir de cette légalité croissante.

Les règles de droit progressent, de même que la légalité (fonctionnaires au CE), des facultés de droit se dopent, la Chine s'ouvre aux influences occidentales. **Malgré tout, les règles non écrites héritées de la pensée confucéenne continuent d'avoir leur place.**

#### Paragraphe 2 : les institutions du droit chinois

On parle de "centralisme démocratique", d'un point de vue formel, on a une séparation des pouvoirs conforme avec l'idéal démocratique. On a en fait une hiérarchie pyramidale (histoire des comités qui élisent des comités etc). Le parti communiste chinois est structuré de la même façon que les institutions étatiques. **Le secrétaire général du parti communiste est le Président de la République chinoise**, il y a une confusion entre le parti communiste et l'Etat chinois.

C'est un **fédéralisme de fait**, c'est important car le parti communiste chinois, aussi puissant soit-il ne peut que difficilement contrôler le milliard de chinois disséminés dans un territoire immense, il y a pleins d'autorités locales au niveau des provinces chinoises. C'est le même système d'interaction entre les organes du parti communiste étatique et des partis communistes locaux. Le parti communiste central a tendance à laisser la main aux autorités locales tant qu'elles ne contredisent pas la ligne politique du pouvoir central. Par ex, les fonctionnaires au CE, ce qui les intéresse est de savoir comment contredire légalement les autorités locales. La Chine serait de fait "un peu fédérale" de par sa taille.

#### Paragraphe 3 : les sources du droit chinois

L'articulation entre les institutions chinoises.

La place des normes non juridiques héritées de la pensée confucéennes qui conduisent à **superposer aux règles formelles, des règles formelles** (qui viennent de la pratique autoritaire du système juridique chinois). Ex : **nomination à la tête des grandes entreprises chinoises par le gvt.** Ces nominations doivent obéir au droit des sociétés. Pour les postes stratégiques, c'est l'éparpillement communiste qui décide qui et où il nomme les grands dirigeants dans les entreprises chinoises.

Dans les territoires **Ouïghour** : On a des cérémonies religieuses qui sont tolérées, la répudiation qui est acceptée, le divorce qui est interdit, on applique pas la politique de l'enfant unique, etc.

Dans les territoires du Tibet, en 1981, il y a eu une loi maritale mais avant, on procédait à la polygamie, il y a des mariages, avant 1980, qui sont toujours polygames. Mais ceux contractés après 1980 sont obligatoirement bigames.

**Conclusion : Émergence de la légalité et sociologie politique** : on a progressivement l'émergence peut être pas d'un État de droit mais du respect d'une forme de légalité, qui ne tient pas aux textes (qui sont parfaits mais pas appliqués). La sociologie politique, la pratique quotidienne, n'est pas protectrice des libertés, mais la tactique de la Chine change, on assiste à une forme de respect plus ou moins prononcée de la légalité dans le fonctionnement du régime chinois.

Trois évolutions:

- Le fonctionnement de la justice commence à s'émanciper du pouvoir politique.
- Le parti communiste essaye d'agir de façon conforme au droit (sous Mao, jamais n'a été prise la peine de se conformer aux règles de droit).
- Le parti communiste de plus en plus laisse la main aux autorités locales pour réguler les opérations privées, il se mêle de moins en moins du droit privé. Il relâche sa domination dans la régulation des relations privées.
- On observe au sein du PC, des procédés délibératifs, des débats. On parle parfois d'une démocratie interne propre au PC.

## Chapitre 2 : le droit japonais

Ses spécificités sont telles qu'on a du mal à classer le droit japonais dans les systèmes juridiques contemporains.

La culture japonaise a été influencée par la culture chinoise, à l'époque la Chine dominait culturellement l'Asie (ex : avec les *kanji* qui parfois sont identiques en japonais et en chinois). On retrouve aussi une doctrine confucéenne importante au Japon, qui a été cultivée comme en Chine depuis le 1er millénaire de notre ère. À partir du moyen âge jusqu'à la première moitié de 19ème, le Japon est resté fermé aux évolutions de l'extérieur, le Japon féodal a été très hermétique puis il s'est soudainement ouvert, ce qui explique certaines évolutions de système juridique japonais.



## A) les origines du droit japonais

### 1) le Japon féodal

En 540, il était très influencé par la culture chinoise, le *Fa* était codifié. Le Japon va reprendre ces codes, leur donner des noms particuliers : le droit pénal : *Ritsu* ; le code administratif : *Ryo*. On appelle ce système juridique le *Ritsuryo*.

Vont monter en puissance les *Bushi* (samouraïs) qui vont supplanter la démocratie de l'époque. Jusqu'à ce que le commandeur en chef des samouraïs dit le *Shogun*, va supplanter dans les faits l'empereur du Japon. Les samouraïs vont dominer politiquement le régime japonais, l'idéologie des samouraïs va être diffusée dans toute la société japonaise. Ce sont les normes sociales telles que les ont conçues les samouraïs entre eux (honneur et loyauté) qui vont ensuite structurer toutes les relations sociales du corps japonais. Ce sont des règles informelles et non juridiques. Ces règles sont d'une grande rigidité et conduisent à des combats et des suicides (*seppuku* et *hara-kiri*).

Jusqu'au 19ème, les samouraïs se baladent et imposent leur régime.

Cette société samouraï est consolidée sous l'ère des *Tokugawa*, qui commence en 1600 après la bataille de *Sekigahara*. Des castes rigides sont fondées (cf : film de Akira Kurosawa). Les relations sociales ne sont pas régies par le droit, les **tribunaux existent mais sont aux mains d'une élite guerrière** (assez violente), le plus possible, la population inférieure se tient à l'écart des samouraïs et de l'autorité publique, on vit en autarcie. Des clans, des familles des villages sont très isolés d'Edo (ancien Tokyo). On règle les **différents par des médiations**. Cette organisation rigide explique pour beaucoup la **méfiance vis à vis de l'autorité publique et du droit qui va avec.**

### 2) de l'ère Meiji à la capitulation de 1945

Très brutalement, au début des **années 1960, le Japon va s'ouvrir à l'influence occidentale.** L'Empereur Meiji fondera cette ère de grande ouverture qui entame une **période de modernisation sociale et économique du pays mais aussi juridique.**

À cette période, une constitution va être promulguée mais le pouvoir est concentré dans les mains de l'empereur. Un parlement est créé (la Diet), il y a des changements limités au plan institutionnel mais sur le plan civil, les **japonais voient ce droit civil comme un instrument de libération de l'économie et du développement économique.** Les japonais **s'inspirent du droit le plus dominant c'est à dire le droit napoléonien.**

Il y a un droit tout neuf à l'époque, le **droit prussien/allemand, ils s'en inspirent.** En réalité, il y a des héritages du droit français mais c'est surtout similaire au régime Allemand. Cette idée de modernisation des institutions politiques et économiques va avec une réception du droit européen continental. Commencé à être importée ces notions typiques des droits continentaux. Dans les dernières décennies du 19ème, on a un certain nombre de codes promulgués (code pénal, code d'instruction criminelle, code de commerce, de procédure civile, etc). **Un ordre juridictionnel sera créé sur le modèle du système européen.**

Dans les années 20-30, le Japon se militarise complètement, les *Bushi* refont leur apparition. S'en suit l'invasion du Mandchourie, Pearl Harbor, la guerre du Pacifique, puis la reddition MacArthur.

**Commence la deuxième phase avec la domination américaine.** L'établissement de la jurisprudence est mieux assuré, certaines règles de droit privées sont faites sur le modèle américain, on a une évolution du procès civil vers un modèle inquisitoire. L'influence occidentale passe par ce nouveau canal qu'est le droit américain. Mais les vieilles habitudes du Japon féodal persistent. Un peu comme en Chine, on observe une dualité des influences avec le droit continental tout en maintenant le système politique des *Bushi*.

On dit souvent que la société japonaise exprime un certain dédain pour le droit : c'est une image de moins en moins vraie, car la règle juridique écrite d'origine étatique, prend de plus en plus de place depuis MacArthur et l'entrée de plein pied du Japon. Un **système de valeur et de normes sociales héritées du système féodal continuent largement et régir les rapports entre les individus**.

On a des normes informelles qui régissent largement la société japonaise, qui contribue à construire son ordre social : ex : les *Giri*, sont des héritages des rapports de fidélités martiales de fidélité entre les samouraïs et leur maître, qui concernent toutes les relations sociales et s'appliquent aux cinq relations du *Fen*. Ils sont consubstantielles à la hiérarchie japonaise. Ces *Giri* font l'objet de codes de conduite informelles et sont très présents dans les relations de travail. Ces *Giri* peuvent aller très loin, on y retrouve une sanction très forte qui peut aller jusqu'au *seppuku* en cas de déshonneur.

### **B) Les institutions du droit japonais**

Le Japon est une démocratie, l'organisation des pouvoirs ressemble à notre démocratie parlementaire, le rôle de jurisprudence est comparable à celui de la Cour de Cassation française.

### **C) Les sources du droit japonais**

Le Japon a une constitution, on a un contrôle de constitution similaire au *judicial review*, sauf qu'elle est peu pratiquée puisqu'on considère que les règles votées par le parlement ont déjà fait l'objet d'un Contrôle.

**Conclusion : convergences et divergences** : la trajectoire du droit chinois et japonais s'illustre par certaines différences et similitudes. On y retrouve la même unité culturelle d'une trajectoire, même place de la doctrine confucéenne, le code d'honneur.

L'irruption du modèle occidental est apparue dans les mêmes périodes. Attitude de rejet vis-à-vis du modèle occidental, les emprunts du modèle occidental se font sur un plus ou moins long terme. Concernant le Japon, à partir des années 1945, l'héritage occidental est incontournable et fondamental, tandis que la Chine le rejette (en raison du régime de Mao). Depuis l'émergence d'une économie de marché chinoise, le modèle continental prend une place. À mesure que la Chine se libéralise, elle emprunte des pans entiers du droit continental.

Toutefois, malgré cette convergence, il reste malgré tout une forte présence des systèmes normatifs hérités de la pensée confucéenne avec les spécificités japonaises du *kiri* (ou *Giri* ?).

# Le droit pénal comparé

## Chapitre 1 : le droit pénal général

Il s'agit d'une branche de droit couvrant de nombreuses questions. On étudie deux thèmes : la **responsabilité pénale et les auteurs des infractions**.

On retrouve quelques grands principes dans les différents systèmes de droit telle que la présomption d'innocence et le principe de légalité des délits et des peines.

On constate aussi que la 2<sup>de</sup> GM a laissé des traces sur l'évolution du droit pénal en Europe. Pour certaines notions, il y a un consensus, on retrouve des solutions semblables, mais il y a des branches de droit connaissant de plus grandes divergences.

### SECTION 1 : LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

En plus d'une responsabilité légale, la responsabilité pénale suppose l'existence de deux éléments : le premier dit **l'élément matériel** et le second dit **l'élément moral**.

Le premier est un comportement : une action ou une abstention.

Le second est plus difficile à appréhender, il suscite plus de divergences entre les systèmes juridiques car il concerne une attitude psychologique que l'on a à l'occasion d'un comportement.

Ce sont les infractions intentionnelles qui sont punies plus sévèrement dans tous les cas.

Selon le **CC italien**, les articles 42 et 43 "*nul ne peut être puni pour une action ou une omission prévue par la loi comme infraction s'il ne l'a commise avec conscience et volonté*".

D'après le **droit allemand**, paragraphe 5 "*l'acte intentionnel est seul punissable si la loi n'a pas puni de manière expresse l'acte commis par imprudence*".

On punit les infractions intentionnelles, or, les **infractions non intentionnelles ne sont pas punies sauf si la loi le prévoit**.

En **droit français**, s'agissant des comportements non-intentionnels, ils sont punis uniquement si la loi le prévoit (article 121-3 CP "*il n'y a pas de crime ou de délit sans intention de la commettre, toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui*").

En **droit anglais**, l'élément moral est en principe une composante indispensable de l'infraction pénale, Cependant, de manière exceptionnelle,

il existe des infractions caractérisées par le seul élément objectif. Quelque soit le droit, le juge doit établir tous les éléments prévus par la loi (matérielle et moral).

En droit français, il y a une particularité pour les contraventions ou la simple matérialité suffit, mais en droit anglais, normalement les deux éléments sont nécessaires mais il existe aussi une responsabilité pénale objective, il peut y avoir des infractions composées du seul élément matériel, la question de l'élément moral ne se pose pas (ex : la possession illégale d'arme à feu).

En droit anglais, il peut y avoir une responsabilité objective comme il peut y avoir une responsabilité du fait d'autrui. Alors qu'en droit pénal français, seule existe la responsabilité personnelle.

S'agissant de l'élément intentionnel, il peut s'agir d'une intention, mais le droit anglais connaît différents degrés d'intention. En droit français, il peut s'agir d'un dol général ou d'un dol spécial.

Le degré le plus dangereux en droit anglais est lorsqu'un acte est accompli avec l'intention de nuire.

Les mobiles n'entrent pas dans l'intention, en revanche, ils peuvent jouer sur la détermination de la peine mais ne font pas partie de l'intention.

Lorsqu'il s'agit de la responsabilité pénale, la question qui se pose est de savoir si une infraction a été constituée. Le juge doit établir si les faits dont il est saisi correspondent à ceux prévus par la loi. Une fois que l'infraction est constituée, ne peut se poser la question de savoir si l'infraction va aussi engager la responsabilité pénale de son auteur, ou s'il y a une cause d'irresponsabilité qui va faire en sorte que bien que l'infraction soit constituée, la personne ne va pas en répondre.

Les causes d'irresponsabilité peuvent être soit de nature objective : les faits justificatifs. Ou alors subjectifs.

## Paragraphe 1 : les faits justificatifs

Il s'agit de circonstances objectives neutralisant l'application des règles relatives à la responsabilité pénale, on retrouve assez de similitude entre les différents Systèmes, on pointe les originalités

### A) le consentement

Le droit comparé nous permet de dire que le consentement de la victime en matière pénale n'est pas une cause d'irresponsabilité. Ex : beaucoup de lois ne connaissent pas l'euthanasie, lorsque la victime demande la mort et qu'une personne accède à sa demande, ce fait n'est pas justificatif.

En droit italien, article 50 du CP "*n'est pas punissable celui qui lèse ou compromet un droit avec le consentement de la personne qui peut valablement en disposer*". C'est une cause d'irresponsabilité en matière civile mais pas pénale.

Pour les autres faits justificatifs, le premier est l'ordre de la loi et de l'autorité légitime. Il arrive que la loi prohibe un certain comportement,

mais que dans certaines situations, il sera autorisé.

Ex : en droit français, les articles 16 et suivants du CC prévoient le principe de l'inviolabilité de la primauté du corps humaine. Mais il y a des exceptions parfois prévues par la loi ou résultant des usages (ex : la situation où la loi précise que le médecin peut porter atteinte à l'intégrité corporelle du malade à deux conditions, il doit y avoir un intérêt médical et le consentement du malade).

Dans certaines situations, la loi interdit la violation du secret professionnel. Dans d'autres cas, la loi l'oblige à violer ce secret s'agissant des sévices et violences infligés aux mineurs.

Dans certaines régions de la France, il existe des régions où sont autorisés les corridas ou les combats de coqs car c'est une pratique résultant d'un usage local.

S'agissant de l'éducation des enfants, pendant longtemps, les parents avaient un droit de correction.

Le législateur peut autoriser quelque chose qu'il interdit normalement.

### B) le commandement d'une autorité légitime

Ce **commandement suppose qu'on nous a ordonné un comportement qui constitue une infraction, mais puisque l'ordre provient d'une autorité légitime, il n'y a pas d'infraction.**

Le sujet s'était posé pour la période de l'occupation. L'ordonnance de 1945 avait déclaré que les actes rendus conformément aux ordres donnés sous l'occupation ne sont pas des infractions s'il s'agissait de simples exécutions. Tous les actes où il y avait une prise d'initiative étaient constitutive d'une infraction.

Aujourd'hui une autorité légitime peut donner un ordre qui lorsque celui-ci est effectué va justifier un comportement, Mais s'il s'agit d'un ordre manifestement illégal, il n'y a plus de faits justificatifs.

Le **fait justificatif disparaît si l'ordre est manifestement illégal.**

En droit italien, c'est différent, deux articles sont consacrés à ce fait justificatif : selon l'article 51 "*celui qui exécute un ordre peut invoquer une erreur de fait*" de ce fait, n'est pas punissable celui qui exécute un ordre illégitime lorsque la loi ne lui accorde aucun moyen de se rendre compte de la légitimité de cet ordre. **Pour que le fait justificatif puisse être invoqué, il faut que la personne qui a exécuté cet ordre soit de bonne foi.**

Dans ce cas seule la personne de bonne foi est déresponsabilisée.

En droit français c'est différent, puisqu'on peut savoir que l'ordre est illégal : il ne faut pas exécuter un ordre manifestement illégale.

### C) la légitime défense

C'est une tradition connue en droit romain et en droit grec, elle a été mise en œuvre en France sous l'A.D. dans la mesure où on considérait que

en parennese en France, sous l'AR dans la mesure où on considérait que c'était contraire à l'acte de charité.

C'est une notion adoptée à peu près partout sachant qu'elle reste une **exception dans les sociétés civilisées car nul ne se fait justice soi-même**. De plus, les différentes législations connaissent des degrés différents de la légitime défense. On peut imaginer aussi bien la légitime défense des personnes que celle des biens.

Il y a une divergence entre les JURISPRUDENCES, certaines sont plus clémentes que d'autres, certaines plus réservées s'agissant de la **légitime défense des biens, qui suppose une agression puis une riposte qui doit être légitime**.

En droit comparé, les différentes législations exigent que la **riposte soit proportionnelle à l'attaque**.

La légitime défense est plus facilement admise en droit français, très souvent, les jurys acquittent une personne qui pour défendre ses biens a blessé ou a tué le voleur.

En **droit italien, on connaît la légitime défense, la riposte doit être proportionnée et répondre à une agression actuelle**.

Le **droit allemand prévoit une solution assez restrictive** : le législateur ne connaît que la légitime défense des personnes, en revanche, la jurisprudence et la doctrine ont aussi admis la légitime défense des biens. Il est nécessaire qu'il y ait une condition de proportionnalité.

Dans le cas où la riposte a été plus importante que l'attaque, en droit allemand, il peut y avoir l'impunité de celui qui a agi, soit en exonérant soit en atténuant la responsabilité. Pour ce qui est de la légitime défense des biens, il est possible lorsqu'une personne défend ses biens, d'être excusée en cas d'homicide. Le juge tient compte de l'ensemble de la situation, des rapports particuliers qui peuvent exister entre l'agresseur et l'agressé. Même en cas de légitime défense des biens, il peut avoir un fait justificatif si l'agressé a blessé ou tué l'agresseur.

En **droit français**, la légitime défense est prévue au article 122-5 et 122-6. Les conditions législatives sont restrictives. De plus, la jurisprudence est extrêmement sévère. En pratique, **la légitime défense est admise de façon exceptionnelle**. Celle des biens est admise. Quand il s'agit de la légitime défense des biens, il existe deux exceptions : elle est possible uniquement en cas de crimes ou de délit, il n'y a pas de légitime défense des biens en cas d'homicide. L'Article 122-6 dispose que l'auteur de la riposte est présumé

avoir agi en légitime défense dans le cas où une personne pénètre de nuit dans un lieu habité. Il ne faut pas arriver à un État disproportionné pendant la riposte, si on a juste repoussé la personne et qu'elle est morte, on y peut rien, et les gestes n'étaient pas forcément disproportionnés.

Si la riposte intervient après l'agression, il n'y a plus de légitime défense, c'est une revanche. Il n'y a pas non plus de légitime défense de manière préventive.

#### D) l'état de nécessité

Il existe dans d'autres législations mais c'est un fait justificatif qui n'est pas facile à appréhender, c'est une **réponse à une situation de danger**. Pendant très longtemps, l'état de nécessité était associé à la contrainte qui est une cause de défense légitime.

Ex : on abime de façon volontaire la voiture d'un autre pour ne pas écraser un enfant.

Il s'agit de sacrifier l'intérêt le moins important au profit d'un autre. Il **n'a pas été admis facilement en droit français ni par les autres législations nationales**. On le confond avec une situation de contrainte. La contrainte est plus une situation où l'on a pas de choix, alors que dans l'état de nécessité on a le "choix".

S'agissant du droit anglais, l'état de nécessité n'est pas admis en tant que fait justificatif général. En revanche, il existe des décisions où l'état de nécessité a été admis, notamment dans le domaine de la sécurité routière (arrêt *Martin* en anglais), le rapporteur avait précisé qu'en l'espèce il y avait une personne conduisant dangereusement toutefois, son comportement était justifié car il y avait des dangers objectifs qui le menaçaient et menaçaient d'autres personnes. L'état de nécessité est ici admis dans un domaine précis. La doctrine anglaise critique souvent cette solution en précisant que l'état de nécessité pourrait aussi être admis dans d'autres infractions.

Il y a d'autres cas où ce fait justificatif avait été invoqué : en 1972, il s'agissait d'une tentative de meurtre, un père menaçant son fils de tuer sa mère, la défense avait invoqué une contrainte morale, qui n'a pas été admise. En revanche, dans une autre affaire de 2000, contre deux chirurgiens devant procéder à une opération délicate (des enfants siamois liés par la tête) l'un des enfants est mort, les parents avaient appelé à un homicide volontaire, mais la chambre des lords a retenu l'état de nécessité, si l'un n'était pas mort, les deux seraient morts.

Ce sont des raisons objectives d'irresponsabilité. Il existe aussi des raisons subjectives d'irresponsabilité.

## Paragraphe 2 : les raisons objectives d'irresponsabilité

### A) la maladie mentale

Il y a des progrès scientifiques qui ont rejailli sur l'évolution du droit. Dans certains droits, on parle de maladie mentale, dans d'autres on parle de troubles (ex : en droit français).

En droit italien, la maladie mentale peut exclure partiellement ou totalement la responsabilité pénale. Cependant, les états émotionnels ou passionnels ne sont pas considérés comme une maladie mentale ou un trouble psychologique permettant d'excuser un comportement.

En droit allemand, la maladie mentale peut tantôt exclure tantôt atténuer la responsabilité pénale. La notion de trouble est conçue de façon large (paragraphe 20), la responsabilité pénale est exclue lorsque le trouble psychologique ont pour conséquence l'abolition de la capacité de gouvernement, il reconnaît les troubles d'intelligence, les états passionnels qui peuvent aboutir à une abolition ou une atténuation de responsabilité.

### B) la minorité

La minorité est traitée différemment dans les différentes législations. Certaines fixent une limite d'âge en dessous de laquelle il n'y a pas de responsabilité pénale.

Par ex, en **droit anglais**, les enfants de moins de 10 ans bénéficient d'une présomption irréfragable d'irresponsabilité. Entre 10 et 14 ans, il y a une présomption simple d'irresponsabilité qui peut être renversée, l'accusation peut démontrer que l'enfant avait une capacité de discernement et qu'il savait que son acte était gravement répréhensible.

En **droit allemand**, en dessous de 14ans, on est irresponsable, entre 14ans et 18ans on est pénalement responsable à condition d'avoir la capacité de discernement nécessaire.

En **droit français**, on choisit une autre méthode. Pour être pénalement responsable, il faut avoir une capacité de discernement quelque soit l'âge. Si oui, il est responsable quelque soit son âge.

Pour ce qui est des **sanctions**, on distingue les **mesures éducatives**, les **sanctions éducatives** et les **peines**.

Pour ce qui est des peines, c'est soit une peine d'emprisonnement ou de réclusion criminelle ou une peine d'amende.

Pour le droit français, pour les mineurs de moins de 10ans, on ne peut appliquer que des mesures éducatives. Entre 10 et 13ans, on peut appliquer des mesures éducatives ou des sanctions éducatives. À partir de 13 ans, on peut prononcer les peines. Pour les mineurs de 13 à 16ans, ils ont une atténuation légale des peines qui sont réduites de moitié. Entre 16 et 18ans, la perpétuité est réduite à 20ans, il bénéficie toujours de l'atténuation de peines mais elle peut être refusée sur décision spécialement motivée.

Pour les plus de 18ans, pas d'atténuation de peine sauf décision spécialement motivée.

La minorité est appréciée au moment de l'accomplissement de l'acte. Entre le moment où l'acte s'est produit et le jugement, donc ce sera la juridiction des mineurs qui sera compétente.

Si l'âge ne peut être établi avec précision, on peut recourir à une expertise médicale, c'est le médecin qui établira l'âge de l'auteur.

### **Paragraphe 3 : les autres faits justificatifs.**

Il existe des causes d'irresponsabilité qui anéantissent la liberté de l'auteur d'un comportement, c'est le cas de la contrainte et de l'erreur.

#### **A) la contrainte**

Elle suppose qu'une personne n'agit pas librement, soit en raison d'une **contrainte physique**, soit en raison d'une **contrainte morale** (menace). La contrainte morale est plus difficilement admise. La contrainte est proche de l'état de nécessité. En droit anglais, il y avait une particularité, avant une loi de 1925 s'agissant d'une femme mariée agissant sur ordre de son mari, elle bénéficiait d'une présomption de contrainte morale.

#### **B) l'erreur**

Pour ce qui est de **l'erreur**, elle suppose qu'on se trompe soit sur un élément de fait, qui compose une infraction, ou l'erreur de droit l'orque l'on pense que nos comportement est licite alors qu'en fait il est illicite. L'erreur de fait est admise beaucoup plus facilement que l'erreur de droit



L'erreur de fait est admise beaucoup plus facilement que l'erreur de droit.

Par ex : le droit italien accorde beaucoup de place à l'erreur, s'agissant de l'article 47, l'erreur sur le fait qui constitue l'infraction exclue la possibilité de punir l'agent.

### *1) l'erreur de fait*

**L'erreur de fait** est aussi admise en droit français mais elle est admise assez sévèrement surtout s'agissant de l'âge.

En **droit allemand**, l'erreur de fait est é reconnu d'abord comme cause d'irresponsabilité par la JURISPRUDENCE, ainsi, la cour Fédérale de justice a rendu un arrêt le 18 mars 1952 par lequel elle consacre l'erreur de fait comme une cause d'irresponsabilité pénale. Cette solution a été aussi retenue par le législateur dans l'Article 49. L'erreur de fait peut non seulement excuser un comportement ou parfois atténuer la responsabilité.

Pour ce qui est du **droit anglais**, on admet l'erreur de fait assez facilement. C'est un moyen de défense souvent utilisé. Dans le temps, la jurisprudence anglaise exigeait que l'erreur soit raisonnable, qu'elle repose sur un raisonnement assez logique. Cette condition du caractère raisonnable de l'erreur a été abandonnée en 1976 par la chambre des lords qui admet plus facilement l'erreur.

### *2) l'erreur de droit*

Concernant **l'erreur de droit**, elle est admise plus difficilement en raison du principe qui veut "*nul n'est censé ignorer la loi*". En droit italien, une telle formule n'existe pas, ce qui fait que parfois, l'erreur de droit peut être admise aussi, mais pour ce qui est des autres législations, en principe, elles ne l'admettent pas.

De façon générale, l'erreur de droit n'est pas admise.

## SECTION 2 : LES AUTEURS DES INFRACTIONS

Concernant les **auteurs des infractions** : qu'en est-il de la pluralité des auteurs ? Des personnes morales ?

### Paragraphe 1 : les complices

En **droit français**, on **distingue l'auteur ou les Co-auteurs des complices** (rôle plus en retrait).

Il existe des systèmes législatifs qui ne distinguent pas autant, on parle plus de participant, c'est le cas en **droit italien** qui régit cette question de façon plus "moderne", l'article 110 régit cette question s'agissant des participants à une infraction, chaque personne est passible de la peine établie pour cette infraction en fonction de la mesure de sa participation.

Le **droit allemand** connaît la distinction entre l'auteur et le complice, la notion d'auteur est conçue assez largement, il peut y avoir l'auteur intellectuel puni à titre principal. La loi a aussi des dispo précise pour chaque participants, notamment pour les complices.

L'infraction est punie plus sévèrement en cas de participation de l'auteur

L'instigateur est celui qui provoque un comportement de façon intentionnelle, elle est régit par le paragraphe 26, il encourt la peine principale prévue pour un comportement. Le droit allemand connaît la notion de complicité, il encourra la même peine que l'auteur principal avec possibilité d'atténuation.

En **droit anglais**, il y a un changement depuis la loi de 1967, désormais, il n'y a plus de complicité postérieure à l'acte principal. Ce comportement est désormais puni à titre principal.

Pour le **droit français**, la complicité est prévue par les articles 121-6 et 121-7, le complice était vu comme un participant de second plan. Aujourd'hui, la complicité a acquis une autonomie juridique, le complice est responsable de façon autonome s'agissant des différentes causes d'atténuation de la peine mais pour que la complicité puisse être punie, il doit y avoir une infraction principale.

On peut constater l'existence d'une infraction, cette existence nous permet de ne pas condamner pénalement la personne malade, mais aussi, engager une procédure civile en réparation de dommages et intérêts mais aussi condamner pénalement d'éventuels complices de la personne malade.

## Paragraphe 2 : les personnes morales

Deux problèmes peuvent se poser, concernant les groupements qui ont une autonomie sans pour autant avoir de personnalité juridique propre.

Le **droit anglais** reconnaît la responsabilité de ces entités. Si un salarié commet un dommage dans l'exercice de son travail, on peut condamner la société même si elle n'a pas de personnalité juridique.

Il y a une exception, en **droit allemand**, la responsabilité pénale des personnes morales n'existe pas, le droit répressif est organisé autrement : il y a un **droit administratif répressif**. Les personnes morales peuvent répondre sur le plan admin en vertu des infractions de nature admin.

En **droit français**, le code pénal a introduit la responsabilité pénale des personnes morales, elles peuvent être privées ou publiques. Avec une exception : l'Etat n'est pas pénalement responsable. Pour ce qui est des peines qu'encourent les personnes morales, ce sont des peines d'amendes au principal. Mais il existe des peines complémentaires plus sévères comme la fermeture définitive de l'établissement en cas d'homicide involontaire pour défaut de sécurité.

La loi du 9 mars 2004 a redéfini la responsabilité des personnes morales, c'est une responsabilité généralisée. Certaines infractions ne peuvent pas être commises par une personne morale (ex : le viol).

# Chapitre 2 : la comparaison de la procédure pénale

## SECTION 1 : LE SYSTÈME ANGLAIS

C'est une procédure de type **accusatoire**, l'initiative du procès appartient aux parties. Le juge à un rôle passif, il se contente de diriger les débats, les débats sont oraux.

C'est une procédure **orale** où les témoins ont beaucoup d'importance, certains rapports écrits peuvent être utilisés. La procédure *Trial* est orale et composée de deux parties : **une procédure de nature préparatoire**, elle va réunir tous les protagonistes du procès sauf le jury. Le juge va rendre un acte d'accusation dit *indictment*. Commence ensuite la **procédure principale** devant la *Crown Court*. Chaque partie peut ainsi interroger le témoin de l'autre, c'est une phase orale. Cette procédure est parfois lourde.

Depuis la loi de 1967, il existe des **possibilités de simplification, les parties peuvent convenir de s'arrêter à la première phase**. Le jury décide sur la réalité des faits, le juge n'y participe pas, il se contente de déterminer la peine après observations du jury.

En droit français, il y a la reconnaissance préalable de culpabilité, l'accusation et la défense peuvent se mettre d'accord sur l'existence des faits (article 180-1 CPC). Elle a beaucoup d'utilité car on peut avoir une procédure rapidement, mais dans des conditions plus sereines.

Concernant les voies de recours, **l'appel est admis** sans difficulté mais au delà, il faut, pour **s'adresser à la chambre des lords, que la question soulève un problème de droit d'intérêt général**.

En droit français, l'accès à la justice est plus simple.

## SECTION 2 : LE SYSTÈME ITALIEN

Il n'y a pas de juge d'instruction, c'est le ministère public qui chargé chercher les preuves, préparer l'acte d'accusation, etc. Cela suppose un parquet indépendant.

# Partie II - La comparaison des grandes branches des droits contemporains (la micro-comparais

Droit civil comparé :

personnes,  
familles et

## Chapitre 1 : le droit de la famille

### I - le couple

#### SECTION 1 : LA FORMATION DU COUPLE

##### A) Le couple marié

###### L'inceste est une interdiction fondamentale.

Lorsqu'on parle des **restrictions à la liberté de mariage**, beaucoup de pays interdisent le mariage entre les parents de son époux après dissolution du mariage : **CEDH 13 septembre 2005** qui condamne le Royaume-Uni pour atteinte à l'article 12 sur la liberté de mariage. Le RU est condamné dans la mesure où sa législation interdisait le mariage entre l'époux et les beaux-parents.

En droit français, il y a actuellement une affaire devant la Cour de Cassation qui concerne la même affaire, la cour n'a pas encore statué. L'arrêt de la CEDH est contraignant. Selon le droit Français le mariage est nul mais la CEDH peut condamner la France et demander un changement de la législation française.

Mais se pose une question concernant cette affaire par rapport à l'article 8 de la CEDH sur le respect de la vie privée et familiale : au bout de 22 ans de mariage, peut-on contester ? L'annulation ne porterait-elle pas atteinte à l'article 8 de la CEDH ?

La question qui s'était posée était aussi de permettre le mariage entre personnes de même sexe, la CEDH s'est toujours gardée d'intervenir : ce n'est pas son rôle mais celui du législateur de savoir s'il faut ou non autoriser ce mariage. Mais on constate qu'actuellement, il y a plusieurs pays qui autorisent le mariage homosexuel :

Pays bas, La Belgique, L'Espagne, le Canada, l'Afrique du sud, la Norvège, la Suède, le Portugal, le Luxembourg, l'Islande, l'Argentine, le Mexique, le Danemark, l'Uruguay, la France et le Royaume uni en 2013. Au USA, 8 Etats l'autorisent.

Il n'existe aucune obligation pour les Etats d'admettre le mariage homosexuels. La CEDH le rappelle dans un **arrêt du 24 juin 2010 Schalk contre Autriche**.

Le CC a estimé que l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe ne contredisait pas un principe de valeur constitutionnelle et qu'il ne lui appartenait pas de se substituer au législateur **DC 28 janvier 2011**.

La Cour de Cassation dans un **arrêt du 13 mars 2007** avait estimé que

l'interdiction de mariage de personnes de même sexe ne contredisait aucune disposition de la CEDH et de la charte des droits fondamentaux de l'UE.

Désormais, en France, la loi du 17 mai 2013 s'applique à toutes les personnes, nonobstant leurs lois nationales, dans la mesure où le mariage pour tous est élevé au rang des principes essentiels constitutifs de l'ordre public français en matière internationale. En conséquence, la loi personnelle prohibitive de l'un des époux sera mise à l'écart si une personne vient d'un pays qui interdit le mariage entre personnes de même sexe : si une personne d'un autre pays souhaite se marier, elle pourra le faire en France. La seule réserve est celle résultant des conventions internationales. Désormais le principe est celui de territorialité (article 202-1 du code civil). **Le mariage peut être célébré en France entre personnes de même sexe si l'un des époux ou les deux ont leur domicile ou leur résidence établie en France.** La question de nationalité ne se pose pas.

Qu'en est-il de la convention internationale qui renvoie à l'application de la loi nationale des parties ? Dans ce cas, la loi de 2013 ne pourra pas s'appliquer.

La nouvelle loi française permet de **reconnaître la validité des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger**, il peut s'agir aussi de **mariage célébré avant la loi de 2013**.

## **B) Le couple non marié : partenariat enregistré et concubinage.**

Le **partenariat enregistré** était conçu comme une **forme de reconnaissance juridique du couple homosexuel**. En France, on parle du PACS. Mais aujourd'hui, en France, la majorité des couples ayant contracté ce partenariat sont des couples hétérosexuels.

Il a pour objectif l'organisation **d'une vie de couple entre personnes de même sexe ou de sexe différent**. Il se caractérise par une certaine facilité de création, d'établissement et aussi, une facilité de rupture. (Unilatérale).

On peut constater que s'agissant de ses partenariats, on peut parler **tantôt d'un contrat tantôt d'un quasi-mariage**. Ils peuvent parfois produire des **effets sur le plan de l'état civil, c'est un statut en France depuis la loi du 23 juin 2006**.

Il peut arriver que les **partenaires soient des ressortissants de pays différents, selon l'article 517-7-1, la loi applicable ici est celle dont les autorités du pays ont enregistré le partenariat**. S'il s'agit d'un PACS enregistré en France, c'est la loi française qui s'appliquera, quelque soit la nationalité des partenaires.

Des difficultés peuvent exister : la loi française **interdit le PACS entre proches parents et alliés**, cette interdiction est encore plus ferme dans la mesure où dans le PACS, il n'y a pas de dispense possible comme pour le mariage.

Certains pays comme la Belgique admettent le partenariat entre proches parents qui ne pourraient pas se PACS en France. *Faut-il reconnaître un tel partenariat en France ?*

La loi impose un certain nombre d'obligations aux partenaires, tel n'est pas le cas dans le **concubinage**, qui est **situation de fait**. Contrairement au mariage et au PACS où on peut constater l'existence d'un régime juridique, un ensemble de règles régissant toutes les questions susceptibles de se

poser, le **concubinage ne fait pas l'objet d'un régime conerent**. Il existe par-ci par-là des règles qui régissent des situations.

On constate qu'en **droit international, il y a peu de litiges concernant le concubinage**, ce sont plus souvent des litiges de droit interne. En droit français, la **CA de Paris de 1983** concernait un couple de société portugaise qui vivaient en France, le droit français était applicable en l'espèce, car la concubine demandait des dommages et intérêts, on avait estimé que le dommage avait été causé en France donc c'est la loi de la situation où s'est produit le dommage qui s'applique.

La notion de concubinage est assez variée, il s'agit d'une situation de fait mais il y a des **pays où le concubinage ressemble au mariage et où les concubins ont les mêmes droits que les époux** : ex pays scandinaves, Slovaquie (le concubin est héritier, etc), le Kosovo, etc.

On peut constater une divergence entre les pays qui appartiennent à la tradition romano-germanique et la Common Law. S'agissant des premiers, ces conventions ne sont en principe pas valables, puisqu'il s'agit d'une situation de fait. En revanche dans les pays de la *Common Law*, les conventions entre concubins lorsqu'elles portent sur l'organisation de la vie de couple, elles peuvent être valables.

Les modes de dissolution sont nombreuses.

## SECTION 2 : LA DISSOLUTION DU COUPLE

Il y a le **divorce** réservé partout au couple marié,

la **séparation** qui peut avoir plusieurs formes : de fait, ou le concubinage, de corps pour les Mariés (elle ne dissout pas le mariage, elle met simplement fin à l'obligation de communauté de vie et de lit, la répudiation pour mettre fin au mariage dans les pays arabo-musulmans voire occidentaux).

### A) divorce et séparation

On constate une augmentation de mariage mixte, il y a de ce fait une augmentation de divorce mixte, ce qui entraîne de nombreuses difficultés. Pour faire face à ces difficultés, plusieurs actes de nature internationale existent : la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ; une deuxième convention de Bruxelles du 28 mai 1998 ; la convention de La Haye du 1er juin 1970 sur la reconnaissance du divorce et de la séparation de corps ; il y a eu par la suite plusieurs règlements de Bruxelles, le dernier en date du 20 décembre 2010. Et enfin, la décision du Conseil de l'UE du 12 juillet 2010 relative à la coopération renforcée dans ce domaine.

On peut constater d'une part une **objectivation des causes de divorce** : la faute est de plus en plus abandonnée, d'autre part, une **souplesse sur le plan procédural**, elle est liée au besoin de rapidité.

En **droit belge**, on constate des similitudes. Il existe **deux causes de divorces** depuis une loi du 27 avril 2007 : la première est la **désunion irrémédiable** et la seconde est le **consentement mutuel**. Le droit belge comme beaucoup d'autres droits a conservé la séparation de corps bien qu'il s'agisse d'une institution rarement utilisée.

Le terme **désunion irrémédiable** comprend des situations assez

différentes, elle repose sur une idée de l'écoulement du temps. Article 229, *le divorce est prononcé lorsque le juge constate la désunion irrémédiable entre les époux, la désunion est irrémédiable lorsqu'elle rend raisonnablement impossible la poursuite de la vie commune et la reprise de celle-ci entre les époux.*

De façon générale, il y a des situations différentes. La désunion existe avec un certain écoulement du temps, l'un des deux époux demande le divorce au bout d'un an de séparation de fait. Il peut arriver que les deux eux souhaitent divorce, dans ce cas là passé 6 mois de séparation de fait, les deux époux demandent via une demande conjointe, le divorce.

Dans les deux situations, le juge doit établir l'existence d'une telle situation si ce n'est pas le cas pour la désunion irrémédiable unilatérale, il va fixer une deuxième audience pour savoir si oui ou non il y a désunion irrémédiable.

Exceptionnellement, malgré l'absence de cette écoulement nécessaire, il est possible de soumettre au juge des faits de nature à entraîner une désunion irrémédiable qui rend impossible la poursuite et la reprise de la vie commune. On peut aussi prouver l'existence des faits qui rendent la reprise impossible : comportements fautifs (infidélité, violence conjugale, etc), de situations extérieures (mari alcoolique, en prison, etc).

Le **consentement mutuel** ressemble à la version 2004 du droit français : il faut deux conventions entre les époux l'une relative aux enfants et une autre relative aux rapports entre époux. On peut le demander au bout de 6 mois passé la contraction du mariage. Une deuxième audience sera fixée pour que les eux puissent réitérer leur volonté de divorcer. Il faut que **les époux soient d'accord sur tout concernant le partage tant des enfants que des biens.**

Sur le plan procédural, on peut changer de procédure. S'agissant des effets de divorce, notamment les différents paiements, en droit français on parle de prestations compensatoires.

La notion de faute est marginalisée, elle n'a rien à voir avec le montant. Il est possible en cas de faute grave de l'un des époux de lui refuser la pension alimentaire.

En droit français, c'est possible aussi lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des conjoints. Dans certains cas, la faute peut être concernée.

Malgré une objectivation du divorce qui consiste à le rendre plus rationnel, on constate que la faute est difficilement supprimée de la façon absolue en droit de la famille et en divorce.

## B) la répudiation

Au départ, la répudiation existe dans les systèmes juridiques où la religion joue un rôle prépondérant (droit musulman et juif) mais on la retrouve aussi dans d'autre système : en droit français, on parle de dissolution unilatérale du PACS que l'on compare à une forme de répudiation. Ou encore le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

C'est une **manière unilatérale de mettre fin à un couple.**

Il existe **trois formes de répudiation** qui ont pour effet de mettre fin au mariage. ces formes ne sont pas toutes recommandables. le **droit**

musulman traditionnel connaît **plusieurs niveau de licéité** : l'acte peut être **obligatoire, recommandé, permis, blâmable ou interdit**.

La première c'est **Ahsan**, qui considérée comme la **meilleure forme de répudiation**.

La deuxième est **Hasan**, elle est aussi considérée comme une bonne répudiation.

Ces répudiations sont toutes deux une répudiation unilatérale du mari, mais elles varient selon le moment où le mari demande la répudiation, elle va dépendre de la pureté de la femme (règles ou pas).

En revanche, la troisième **talak bibat**, elle est **blâmable** car c'est répudiation immédiate qui peut être prononcée nonobstant la pureté de la femme et donc à tout moment.

Elles ont toutes les trois le même effet, le mariage est dissout. Mais la dernière est interdite d'après l'islam chiite. D'après l'islam soufite, c'est un péché qui dissout malgré tout le mariage.

S'agissant du **droit juif**, on avait parlé du **Guet**, c'est un acte du mari, qu'il donne à la femme à l'issue d'un divorce. : Il y a un jugement des juridictions rabbinique, **à l'issue de ce jugement, le mari donne à sa femme le guet, le droit de se remarier**. Le souci étant que le mari est le seul pouvant donner le guet. Parfois, une décision de justice peut se substituer à un acte juridique, ce qui n'est pas le cas ici. En droit français, il y a eu des condamnations pour refus de guet abusif.

Il peut y avoir des sanctions contre le mari par les différentes juridictions rabbiniques, mais elles ne se substituent pas au don de Guet.

Pour ce qui est des droits non religieux, s'agissant du PACS, la loi du 15 novembre 1999 qui a introduit le PACS a permis la rupture unilatérale, sans motif, oui des raisons qui n'appartiennent qu'à la personne qui sollicite la rupture.

La **liberté de mariage suppose une souplesse au niveau du divorce**. On assiste à une sorte de banalisation du divorce, de la séparation. Pendant longtemps le droit français n'admettait pas le PACS s'agissant des majeurs incapables, car c'était une situation qui correspondait à un couple égalitaire, là où l'un des deux est en difficulté alors que le PACS n'est pas un cadre protecteur à l'image du mariage.

La **loi de 2004 a introduit le divorce pour altération définitive du lien conjugal** qui repose sur une séparation de fait qui a duré au moins deux ans. Ce divorce est déduit de la séparation de fait. Une personne qui a quitté son conjoint obtient le droit au divorce au bout d'un certain délai.

## II - La filiation

Il existe deux groupes : une filiation qui résulte des liens charnels et une filiation qui résulte d'un lien artificiel. Ces deux filiations sont rapprochées, les questions liées à la filiation se croisent en raison du progrès en matière de procréation médicalement assistée.

### SECTION 1 : LA FILIATION RÉSULTANT DES LIENS CHARNELS



Traditionnellement, on distingue la **filiation issue du mariage, autrefois dite légitime**, et la **filiation hors mariage, dite naturelle**.

Les deux principes étaient liés à la filiation maternelle et paternelle.

Concernant la mère, elle est toujours certaine qu'elle est la mère de l'enfant. S'agissant de la paternité, les choses sont plus complexes, on est souvent obligés de **recours aux présomptions et de dire que le père de l'enfant est le mari de la mère : de la filiation maternelle, on déduit la filiation paternelle**.

Lorsqu'il s'agit d'un couple non marié, traditionnellement, dans les systèmes juridiques issus de la tradition romaine, il fallait que la mère non mariée mette au monde l'enfant mais aussi qu'elle le reconnaisse. Alors que le père devait simplement reconnaître l'enfant.

Les droits belges et français sont issus de la même famille, le premier s'est beaucoup inspiré du second. La Belgique a été condamnée par la CEDH dans un **arrêt Marx du 13 juin 1979**, dans laquelle elle avait été condamnée pour discrimination car le législateur imposait cette démarche supplémentaire à la mère non mariée.

Désormais, depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, le droit français a supprimé cette deuxième condition, l'article 311-25 prévoit un uniquement mode de filiation : **concernant la filiation maternelle, il suffit que la mère soit désignée comme telle dans l'acte de naissance, qu'elle soit mariée ou non**.

Désormais, avec la loi du 17 mai 2013, s'il s'agit d'un couple de femme, il est possible que l'une ait un enfant à l'étranger par une insémination artificielle avec donneur, qu'elle mette au monde un enfant et que par la suite, son épouse adopte l'enfant de sa femme.

S'agissant des couples d'hommes, il faut procéder à un raisonnement différents, il faut recourir à la GPA. S'agissant de insémination avec donneur (IAD), c'est une technique de procréation autorisée par le code de la santé publique, alors que la GPA n'est pas autorisé mais aussi contraire à l'article 16 de la DDHC.

La plupart des pays qui ont admis le mariage homosexuel, ont neutralisé la présomption de paternité du mari. D'autres l'ont conservé comme le Canada ou l'Argentine.

## SECTION 2 : LA FILIATION RÉSULTANT DES LIENS ARTIFICIELS

Certains pays ne reconnaissent pas l'adoption, comme les pays musulman. la *kafala* n'est pas une adoption, mais une personne adulte s'engage à nourrir et élever un enfant. C'est le cas dans lequel un enfant de l'entourage familial d'un adulte se retrouve orphelin.

Le **droit français interdit l'adoption des enfant dont la loi nationale ne connaît pas l'adoption** (article 70-3).

Le Cour de Cassation qui autrefois disait que la *kafala* équivalait à une adoption simple, opère un revirement de JURISPRUDENCE, elle ne reconnaît plus l'adoption en faveur des enfants issus de pays musulmans. Il est néanmoins possible de demander un regroupement familiale (CE 2004), il

est possible de demander un titre de séjour pour l'enfant, puis au bout de deux ans, il pourra faire l'objet d'une adoption.

En droit comparé, parmi les pays qui connaissent l'adoption. Elle est ouverte à tous les couples, mariés ou non, hétéro ou homos, comme les pays scandinaves.

Les pays qui reconnaissent le mariage homosexuel reconnaissent aussi le droit à l'adoption, sauf le Portugal. Souvent, les pays étrangers ne veulent pas donner les enfants à l'adoption en faveur des couples homosexuels.

## Chapitre 2 : le droit patrimonial

On peut distinguer les régimes séparatistes des régimes communautaires. On constate que s'agissant de la **communauté, elle n'est possible que dans les mariages monogames**. Toutefois, il y a une exception, c'est le droit camerounais, qui prévoit à l'article 1400, la possibilité de stipuler par convention matrimoniale un régime spécifique et à défaut, le régime légal de la communauté.

S'agissant des différents pays, les pays anglo-saxons sont plus attachés à l'idée de la **séparation des biens, le mariage ne change rien quant à la situation patrimoniale des époux**. Les questions patrimoniales sont souvent réglées par des conventions avant le mariage.

Les anciens pays communistes ne connaissaient que la communauté.

## Chapitre 3 : le droit successoral.

De façon générale, on peut imaginer deux formes de transmission successorales : soit la **succession est transmise dans son ensemble, avec l'actif et le passif** qui la compose, automatiquement aux héritiers (ils héritent aussi des dettes). Soit au moment du décès, la **succession est administrée par une personne souvent nommée par le testateur ou le tribunal, cette personne a pour devoir le paiement des dettes.**

**Lorsque le passif est payé, les héritiers reçoivent uniquement un actif net**, il n'y a donc pas de transmission directe.

Dans les pays de la Common Law, les héritiers reçoivent uniquement l'actif alors que le passif a été préalablement réglé par un exécuteur.

## Droit civil comparé : contrats et responsabilité

## Introduction historique

Le droit civil et notamment le droit des obligations mais aussi les autres branches du droit civil puise ses origines dans différentes sources, il est le fruit de différents processus. Le droit civil peut être :

- la **traduction d'une culture majoritaire par la pop** régie par le droit civil, la collectivité, il va tisser des liens étroits avec les cultures majoritaires de la collectivité donnée qu'il doit régir.
- Le **résultat d'un processus d'élitiste**, il va refléter non pas les exigences de la pop majoritaire mais celle d'une élite dirigeante.

Ces deux courants expliquent les évolutions du droit civil à l'heure actuelle et dans l'histoire.

### A) de l'antiquité à la révolution française

La **distinction entre droit des contrats et droit de la responsabilité** date du droit romain, on la doit à Gaius.

- Le **droit des contrats** : le droit romain n'a légué que **4 catégories de contrats** qui ont été appliqués tout au long de l'histoire romaine qui correspondaient à quatre types de transaction bien précise : la vente, le partenariat, l'embauche et le mandat. Ces contrats consistaient en un échange de promesse, de consentement. On pouvait demander l'exécution forcée des promesses faites par son Co-contractant. Sous Justinien, les contrats innommés font leur apparition, ils permettent de saisir de nouvelles transactions. Au moyen âge, la catégorie des contrats va croître, les transactions comprises dans le droit des contrats va aussi augmenter. Apparaît alors une distinction entre la *Common Law* et la *civil law*.
- Le **droit de la responsabilité** : on a le même principe de divergence au Moyen-âge. Le droit romain connaissait une **variété de causes de responsabilité civile bien précises**, ce qui n'est pas sans rappeler le droit anglais. Ex : l'*os fractum* (délit de l'os brisé) était une cause de responsabilité particulière. Jusqu'au Digeste, une loi aquilienne va commencer à regrouper ces causes de responsabilité. On va voir apparaître la **notion de "faute" qui devient une cause générale de responsabilité**, alors qu'on avait autrefois une typologie particulière. Ces progrès du droit romain, de constitution de principe général de responsabilité du droit civil va tomber en miette avec les invasions barbares. Viennent ensuite les **lois saliques**, posées par les peuples germaniques, les francs avaient des lois particulières avec une **tarification particulière en fonction de qui était blessé**. Il faudra attendre la période comprise entre le XIII et le XIVème siècle pour qu'émerge de nouveau un principe général de responsabilité civile. Cette diffusion va surtout se faire sur l'Europe continentale. À partir du **XVIIème, sous la plume de deux auteurs, des principes généraux de responsabilité civile**. À cette même période, le droit anglais n'a pas évolué de la même façon lorsqu'il redécouvre les principes généraux de responsabilité civile.

### B) de la révolution française à la révolution industrielle

En **1804, est rédigé le code civil des français** qui consacre les idéaux de la révolution mais ce n'est pas un code qui fait table rase du passé. Les principes généraux antérieurs vont être transcrits dans ce code, on reprend **la faute à l'article 1382 qui consacre un principe général de**

**responsabilité du fait personnel** : c'est la responsabilité pour faute.

C'était article incarne la philosophie des lumières. En tant que citoyen, on a toute latitude d'action mais la contrepartie est que l'on doit assumer les dommages que l'on cause. La **formule de l'article 1382 est universaliste**. Le XIXème siècle est une constitution des identités nationales, notamment avec le romantisme allemand. Le **droit civil français va être vu comme étant une sorte d'émanation de l'identité française, du génie français**. Les juristes français vont nouer un rapport identitaire avec le droit civil. Le **droit civil français va devenir un produit d'exportation**, partout où les armes napoléoniennes vont passer, va être greffé le droit civil français (Belgique, Luxembourg, pays-bas, Pologne, etc).

Le droit civil français va aussi être adopté, pour des raisons philosophiques par d'autres pays qui loin d'être forcés, le trouvent pertinent et intéressant (Italie, Espagne, il influence le droit civil allemand, etc), s'ajoute aussi le droit civil sud-américain, influencé par le droit civil espagnol, lui même influencé par le droit civil français.

Le droit civil est un produit parfois d'une culture populaire et d'autre fois d'un processus élitiste, ici, le **droit civil français résulte d'un processus élitiste puisque la révolution française est le fruit d'une communauté bourgeoise qui entend protéger ses intérêts**. C'est un code civil bourgeois qui transcrit les intérêts d'une certaine catégorie de l'Europe.

L'école de l'Exégèse a pour but de dégager, de textes sacrés, le sens profond sans pour autant le critiquer. Tout au long du XVIIème, on va faire des commentaires sur le droit civil sans jamais le critiquer politiquement parlant. Cette critique arrive à la fin du XIXème, à la **révolution industrielle. Les structures de la société européenne change considérablement, apparaît une nouvelle classe sociale : les ouvriers**.

Le code civil va évoluer.

### C) de la révolution industrielle à la construction européenne

#### 1) la prise en compte progressive de certains des équilibres contractuels

Critique du droit civil à la fin du XIXème siècle. **S'oppose à l'école de l'exégèse, l'école scientifique** (Planiol, Saleilles qui invente la notion de contrats d'adhésion, Bonnet-Cane), dont les membres **Critiquent le droit civil pour lui permettre d'évoluer**. Marx va critiquer le droit civil français, ainsi que certains professeurs de droit, comme Picard, qui disait que le droit français était l'épopée bourgeoise du droit civil français.

Le **code de Napoléon est édité sur une idée très forte qu'est la défense de la propriété, mais aussi une conception bourgeoise de la famille** (mariage, filiation, transmission du patrimoine). **Absence de toutes dispositions relatives au contrat de travail**, or, les ouvriers en bénéficiaient. De ce fait, le Code Civil se désintéressait des ouvriers, ce qui était le cas dans toutes l'Europe.

Le droit des contrats souscrivait à une définition très libérale de l'engagement, le droit des contrats n'avait aucun contre-poids pour appréhender les déséquilibres contractuels, on partait de l'idée fausse que chaque individu pouvait négocier les termes de son contrat.

Seulement deux articles pouvaient s'appliquer au droit du travail alors que 31 articles concernaient un bail pour les troupeaux animaliers.

Se développent les législations particulières : **1911 code du travail qui**

**régira le droit du travail.** C'est le **début de la spécialisation du droit du travail.**

1978 : législation française sur la consommation.

Au Moyen âge, il y a un phénomène de dissociation entre *civil law* et *Common Law*. Ensuite, au fil du XXème, la réalité socio-économique est similaire, on assiste à un resserrement des idéaux européens. Les droits convergent.

À peu près à la même période, on a une doctrine aux USA : *doctrin of unconstability* qui montre que le courant de prise en compte des déséquilibres contractuels ne concerne pas que l'Europe.

## *2) la convergence des systèmes de responsabilité civile*

Initialement, les droits de la responsabilité civile européen sont représentés comme ayant des méthodes disparates : *civil law* est un droit de la responsabilité civile qui connaît des clauses générales, (le droit allemand développé une clause médiane entre la typologie et la clause générale) alors que le droit anglais se fonde sur une typologie de cas précis.

Tout au long du XIXème et du XXème, on observe une **convergence des systèmes de responsabilité civile**, entre pays de *civil law* et de *Common Law*.

**Évolution des sociétés européennes** mais aussi **changement de la doctrine de langue anglaise**, BlackStone va rationaliser le droit anglais, il a regroupé différentes causes de responsabilité et les classer à la manière d'un juriste pour les rationaliser. Pour finir, on assiste à la construction européenne, avec une **harmonisation de certains domaines du droit de la responsabilité civile** (ex : produits défectueux directive de 1985 - articles 1386-1 et suivants).

En quoi le droit comparé est-il instrumentalisé dans les projets de codification du droit européen ?

# Chapitre 1 : droit comparé des contrats

## SECTION 1 : LA PLACE DU DROIT COMPARÉ DES CONTRATS DANS LA SCIENCE COMPARATISTE

Historiquement, le **droit des contrats est l'objet fondamental de la science comparatiste.**

Depuis le XIXème, la **majorité des spécialistes de droit comparé sont des spécialistes du droit des contrats** et lorsque le droit comparé se structure en science autonome, l'essentiel des recherches portent sur le droit des contrats.

C'est un **héritage du droit romain** et ce dernier est vu comme étant le socle de règles communes que partagent tous les juristes du droit européen. Le droit des contrats est aussi vu comme un droit au service du libéralisme

droit des contrats est aussi vu comme un droit au service du développement politique et économique, à ce titre, dans la pensée juridique libérale, c'est logiquement un corps de règles qui occupe une place fondamentale.

Le droit comparé des contrats permet de mettre en évidence les droits de convergences entre les droits qu'il a engendré et les droits de divergences entre le *Common Law* et le *civil law*.

Le **droit des contrats est une matière fondamentale dans les relations commerciales et internationales**. Elles reposent sur du droit des contrats, lorsqu'il y a une problématique internationale, on a tendance à faire du droit des contrats. Les enjeux font qu'assez naturellement, les praticiens, les avocats, les juges, les universitaires, **tous les usagers du droit ont intérêt à connaître les différents droits des contrats dans l'ordre international.**

## SECTION 2 : LES FONCTIONS DU DROIT COMPARÉ DES CONTRATS

Le droit comparé n'est pas une science neutre. Ceux qui font du droit comparé ont souvent une arrière pensée.

**=> lire impérativement le rapport *Doing Business*, il risque de tomber à l'examen.**

### *1) le droit comparé des contrats et le commerce international*

C'est une tendance constante depuis le XXème, la **variété du droit des contrats est vue comme une entrave aux échanges trans-frontières**. La commission euro explique que la différence entre droit nationaux est cause d'absence de rapports.

**Il faut uniformiser le droit des contrats à échelle mondiale.**

Les comparatistes prennent le droit des contrats de tous les Etats européens et **mettent en évidence toutes leurs divergences pour inciter à unifier le droit des contrats.**

Il y a une autre partie de la doctrine qui pense autrement, elle s'intéresse moins aux échanges économiques et plus à la construction de l'Europe comme projet politique et culturel. La posture de ces auteurs est inversée, vise à montrer qu'il existe des règles communes à échelle européenne, donc autant pousser cette culture jusqu'au bout et **unifier le droit des contrats en raison de leur convergences.**

Dans les relations internationales, le droit comparé des contrats est employé contre l'Europe.

La convention de Vienne de 1980 sur la vente est applicable, sur élection des parties, aux ventes internationales, entre pays signataires (60 pays pas seulement européens), elle a permis de dégager une convention de règles. Il existe aussi des principes uni-droit, sont des principes de droit privés qui se nourrissent d'influence distinctes, ils sont applicables notamment dans les arbitrages internationaux.

### *2) le droit comparé des contrats et l'hypothétique codification européenne.*

Le projet est d'unifier le droit privé à échelle européenne. Le congrès

international de droit comparé de Paris est organisé en 1900 par Édouard Lambert et Raymond Saleilles. Ces deux juristes soutenaient **l'idée de**

**forger un droit commun de l'humanité civilisée.** Le droit comparé des contrats, la mission de combler les fossés, combler les différences entre droits nationaux a conduit à divers projets de codification européenne.

- **les projets de codification savante** : Qui s'oppose à la codification administrative ou à droit constant (= dès qu'il y a une loi, on l'intègre dans le code). La **codification savante consiste à donner le travail de regroupement et de rédaction à un groupe de travail.**

Le groupe du projet Lando, ils ont voulu créer un modèle de droit privé européen en faisant une synthèse du droit civil des différents Etats, son travail a été repris par le groupe Van Bar.

Le groupe du projet Van Bar ou *Study group*, on lui confie en 2001 le soin de faire un code civil européen. Le projet a échoué .

Le code civil européen n'ayant pas marché, la **Commission européenne a fait une autre proposition : elle a tenté de poser un cadre commun de référence**, Qui est consultable, on y trouve un certain nombre d'articles qui mentionnent les règles communes des différentes règles des différents Etats européens. La commission a proposé d'unifier le droit des contrats de la vente.

- **la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente : le DCEV** : Le droit comparé tient une large place, la **commission européenne a justifié ce règlement par le fait que les divergences européennes conduisent à limiter les échanges trans-frontières.**

Les réactions ont été variées, il y a eu un rapport officiel demandée par le conseil national de la consommation qui a reproché à la commission euro d'avoir mis l'accent sur des préoccupations secondaires tout en soulignant, que peut être qu'il y a des problèmes trans-frontières qui ne résultent pas des contrats mais plutôt de la barrière de la langues, etc. Des sondages ont démontré que 80% des entreprises disaient qu'il y avait des problèmes liés au droit des contrats mais ça ne les dissuadait pas de faire du commerce trans-frontière.

Le DCEV n'est pas d'actualité, c'est un instrument optionnel : si les parties décident de l'appliquer.

### **SECTION 3 : LES ENSEIGNEMENTS DU DROIT COMPARÉ DES CONTRATS**

#### **A) la force obligatoire des contrats : un cadre théorique variable pour des résultats comparables.**

- **La doctrine of consideration** : c'est la doctrine anglaise qui justifie la force obligatoire des contrats en droit anglais, ce terme de "*consideration*" désigne les promesses qui, au regard de l'intérêt général, sont suffisamment importante pour que la force publique garantissent leur exécution. Pour les anglais, pour qu'une promesse accède à la vie juridique, elle doit avoir fait l'objet d'une négociation pour savoir si les promesses ont été suffisamment négociées. **C'est la négociation effective qui justifie la force obligatoire des promesses**, cette conception est adaptée à une société de marchands qu'est la société anglaise après la renaissance. Cette doctrine ne consiste pas à contrôler l'équilibre

contractuel, un **contrat a force obligatoire car il a été négocié**. Seul le processus de négociation est contrôlé et pas l'équilibre contractuel. En cas de problème dans le processus de négociation (dol) il est possible de demander l'annulation du contrat.

- **Les droits de civil law** : ce n'est pas le processus de négociation qui est contrôlé mais **l'échange de consentement, contrôlé grâce à la théorie des vices du consentement**. On contrôle aussi la cause, et notamment sa conception objective (l'objet de l'obligation de l'autre partie) qui permet de contrôler si l'autre apporte quelque chose.

On s'aperçoit que malgré ces contrôles, on ne peut pas **contrôler l'équilibre contractuel, pour ce faire, on a des règles spéciales de droit de la consommation, de droit du travail**.

## **B) le contenu du contrat : les effets différenciés de la volonté.**

### *1) le forçage du contrat et la parence evidence rule*

Pour ce qui est des **traditions de civil law**, les devoirs de bonne foi et d'équité ont une place importantes et **font naître un certain nombre d'obligations qui ne sont pas forcément prévus par les parties** (article 1134 alinéa 3 pour la bonne foi ; article 1135 pour l'équité). En Allemagne, on parle d'un devoir de bonne foi et de confiance.

La **parence evidence rule** permet, contrairement au droit continental, de **fixer les obligations réciproques des parties à ce qui est dans le contrat et qui interdit la possibilité de forcer le contrat ou de déduire tacitement des obligations qui ne seraient pas dans l'écrit**.

### *2) les contours mouvants de la violation du contrat.*

Il y a quelques divergences :

- en **Common Law**, le simple fait de **ne pas respecter rigoureusement la lettre du contrat est suffisant pour engager la responsabilité contractuelle**.
- Alors qu'en **civil law**, on est moins rigoureux dans l'admission d'une violation du contrat. On a une **distinction en droit français avec l'obligation de moyen** (il faut démontrer une faute) et **l'obligation de résultat** (il faut démontrer que le résultat n'a pas été atteint). Le droit allemand a tendance à être du côté de l'obligation de moyen, la violation du contrat nécessite la preuve d'une faute.

### *3) la prise en compte presque généralisée de l'imprévue*

Pour ce qui est de la prise en compte de l'imprévue qui porte atteinte à l'équilibre économique du contrat :

en **Allemagne**, le juge a le pouvoir de libérer une partie de son engagement en cas d'événements imprévisibles si l'exécution est impossible ou si le fondement du contrat a disparu (chercher le nom).

En droit **britannique**, on a une conception comparable de révision pour imprévision avec la doctrine de la *frustration*.

En **France**, on a **l'exclusion de la révision pour imprévision (COUR DE CASSATION, Chambre des Requêtes, 1976)** qui interdit au juge de



CASSATION Canal de Crampoune de 1870 qui interdit au juge de réviser le contrat pour imprévision. Un canal avait été donné à bail au XVIème. En droit administratif, on accepte la révision pour imprévision mais en droit français des contrats on a des obligations de renégociation de bonne foi qui est rattaché au devoir d'exécution de bonne foi.

*4) les remèdes à l'inexécution du contrat : convergences des droits nationaux, divergence du droit européen.*

Dans les directives euro, il y a du droit des contrats : **directive 90-314** qui concernent les contrats de vente à forfait de vacances qui prévoient tout un certain nombre de sanctions contractuelles qui permettent de maintenir le contrat passé avec l'agence de tourisme. On peut avoir une réduction du prix, la résolution des contrats est seulement subsidiaire.

Les clauses abusives du droit de la consommation viennent de la directive 93-13 fondatrice des contrats de consommation. On réputé non écrite la clause en question mais on maintient le contrat. Cette sanction est l'illustration **en droit européen des contrats qu'on cherche le maintien du contrat plutôt que sa disparition**.

Les **droits nationaux sont moins sensibles au maintien du contrat** : nullité et restitution ou exécution en nature (on force l'exécution) ou exécution par équivalent (D&I).

Pour ce qui est des droits européens des contrats, malgré les divergences, les droits nationaux sont comparables. Les pays de l'est convergent vers les pays de l'Europe occidentale sur leur développement juridique et économique. Même les droits de ces pays commencent à ressembler aux droits d'Europe occidentale.

On ne contrôle qu'à la marge l'équilibre contractuel ou alors on contrôle par des législations spéciales applicables à certains contrats où le déséquilibre est consubstantiel à l'opération commerciale.

Une partie non négligeable du droit des contrats tend à être harmonisée par les directives.

## Chapitre 2 : droit comparé de la responsabilité civile.

(Pas le temps faire la section 1)

### SECTION 2 : LES ENSEIGNEMENTS DU DROIT COMPARÉ DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

On a tendance à présenter le droit de la responsabilité en Europe comme étant une alternative entre trois modèles : l'option française, allemande, anglaise.

#### A) des méthodes apparemment divergentes

Le modèle français : clause générale, une seule disposition englobe tout le droit de la responsabilité

## Le modèle anglais : une suite de cas de responsabilité civile

Le modèle allemand : il n'y a pas de clause générale comme en droit française mais plusieurs clauses générales applicables à plusieurs matières. L'article 823 prévoit une liste d'atteinte à la vie, au corps, à la santé, à la liberté. L'alinéa 2 prévoit des atteintes à certaines catégories de personnes (la concurrence déloyale ou le secret professionnel). L'article 826 prévoit des atteintes à la morale (tromperie, abus de droit, etc). Certaines lois spéciales de responsabilité comme une loi de 1952 sur les accidents de la circulation, etc.

Le droit allemand se dissocie car :

- On peut moduler la responsabilité en fonction du type d'intérêt lésé.
- Les atteintes corporelles auraient un régime plus favorable que les dommages matériels.
- La mise en balance des intérêts, quand deux intérêts contraire d'une même valeur hiérarchique (vie privée vs liberté d'expression), dans ce cas, on procède à une mise en balance au cas par cas.
- Sur le lien de causalité et l'exigence d'un rapport de causalité adéquate, la cause la plus proche du dommage tandis que le droit français pratique l'équivalence des conditions.

Toutes ces évolutions ne sont pas inconnues du droit à cause dans les responsabilité objective, on a la causalité adéquate, pour ce qui est dommages corporels, on a un régime plus protecteur (régime de prescription).

Pour les dommages médicaux, la jurisprudence **Distilben**, la jurisprudence a fait un régime plus favorable pour les victimes (concernait des vaccins contre l'hépatite B qui provoquait une sclérose en plaque).

La mise en balance des intérêts existent en droit français : arrêt des **Guignols de l'info** (la liberté d'expression vs la protection de la réputation pour le PDG de Citroën et la société. La Cour de Cassation a répondu que les guignols s'inscrivent dans la satire et donc que le dommage n'était pas indemnisable).

## B) les finalités discrètement convergentes

Dommages et intérêts compensatoires en droit français qui ressemblent aux Dommages-intérêts punitifs :

- En droit de la concurrence
- Droit de la protection intellectuelle
- Droit boursier
- Etc

Conclusion : faut-il unifier le droit privé européen ? : le droit comparé ne permettra d'apporter de réponse à cette question. Ce sera plus un projet culture et politique qu'autre chose.

# Droit commercial comparé et

## droit processuel comparé

L'expression de droit processuel est empruntée à une expression italienne qui désigne le droit des procédures et les règles de la matière civile : c'est le droit du procès. L'expression est employée en France et est relativement bien acceptée.

## Chapitre unique : la procédure civile comparée

### SECTION 1 : INTRODUCTION HISTORIQUE

#### A) l'opposition "schématique" entre Common Law et Civil Law.

La **Common Law est la première famille de procédure occidentale** qui est l'héritière de cette constitution progressive du droit anglais, et notamment des *rits*, ainsi que les procédures moins rigide de l'écoutille. En réalité, **à partir du XIXème, les procédures civiles "anglo-américaines" vont converger vers le modèle de civil law :**

- Pour le droit américain : le code de *Duddleyfield* de 1948 qui est le CPC de New York qui va lui même inspirer les autres procédures civiles nord américaines).
- Pour ce qui est du droit anglais, réforme importante au cours de laquelle on a fusionné les tribunaux de *Common Law* et les tribunaux des écoutilles, elles sont aussi inspirée de la "tradition processuelle" continentale.

La procédure continentale est influencée par **deux sources, deux modèles : le droit romain et le droit canon**. Le **décret de Gratien** est un ensemble de compilation qui s'étaient entre 1140 et 1150. On va par ce décret compiler 3800 textes religieux, chrétiens, romains et grecs. Ce décret va poser les bases de la procédure civile ainsi que certaines habitudes que l'on connaît aujourd'hui encore.

**Vont être créées des cours supérieures pour contrôler les cours inférieures, par ce décret.**

Ex : dans les Etats allemands, il y a une chambre impériale qui contrôle les jugements des chambres inférieures. Le parlement de Paris contrôle, en tant que juridiction suprême, les cours inférieures sous l'Ancien

Régime.

La fin du XIX<sup>ème</sup>, en Autriche, sous la plume de **Franz Klein**, d'importantes réformes de procédure civile (PC) vont être conduites, notamment quant au rôle du juge. Depuis l'héritage du décret de Gratien, le juge est dans une attitude passive vis à vis de la procédure, de la conduite du procès, avec ces réformes autrichiennes, on **confie au juge un pouvoir plus étendu sur la conduite du procès ainsi qu'un développement d'esprit de coopération entre le juge et les parties**. Ces réformes de font encore présentent dans la PC actuelle.

Ex : En droit anglais, l'article 32.1 des procédures civiles donne au juge de grand pouvoir en matière de preuves. En droit américain, qui converge vers la PC continentale, les parties ont un rôle plus décisif que pour les systèmes continentaux de procédure.

Damaska soutient qu'il y a une distinction entre *civil law* et *Common Law*, il retient deux critères : l'organisation de l'autorité judiciaire, il oppose les pays dans lesquels les juges sont des fonctionnaires dans un système hiérarchisé (*civil law*) et les pays où les juges sont élus, indépendants, où ils échappent à la hiérarchie (*Common Law*). La différence se fait via les interactions entre procès civil et pouvoir politique. Le pouvoir politique se sert du procès pour faire passer des réformes pol, les mettre en place, à dans le système du *civil law*.

### B) l'exception américaine

La distinction de Damaska fonctionne mieux, elle tient à deux choses :

- Les **jurés populaires**, même en matière civile, ce sont les **citoyens qui jugent**. Ils ne sont pas des juristes pro, de plus ils sont convoqués et doivent arrêter toute vie sociale et pro durant le procès, ils sont convoqués une semaine. Le procès doit être rapide et efficace. Il n'est pas si le de soumettre au juré des centaines de pages de conclusions : la **procédure est plus orale** qu'écrite.
- La **procédure de discovery** qui est une **procédure d'injonction de divulgation de preuves, très large**. Elle n'existe pas dans les pays de *Common Law*. Elle **permet de trouver des infos que l'on avait pas au début de la procédure**. Elle peut s'expliquer par les jurés populaires, elle permet de trouver des preuves tangibles et convaincantes puisque l'on peut avoir accès à tous les documents concernant une personne. Parfois, des avocats et des victimes vont au procès avec très peu d'éléments, mais grâce à la *discovery*, ils pensent trouver durant le procès des éléments de preuves. Elle permet d'entretenir un rapport de "preneur de risque". Les avocats aux USA ont des honoraires de résultat, ils peuvent avancer les frais du procès et ensuite se rémunérer avec les indemnités.

Le distinction entre *civil law* et *Common Law* est souvent exagérées, des institutions souvent convergentes remplissent des fonctions sociales souvent similaires.

### C) la science, l'humain et le marché, ou les facteurs d'une lente convergence.

Dans une étude de la PC occidentale, un prof soulignait que la distinction entre le système accusatoire et inquisitoire était présentée de façon caricaturale. Pour lui, les PC se manifestent par des nuances plus que par des contrastes.

Pour ce qui est de la science, il relève que la **science et son lot de progrès scientifique conduit à une homogénéisation des techniques probatoires** (ex : tests ADN, empreintes digitales, preuves électroniques comme les

saisies de disques durs, etc). L'établissement des faits étant nécessaires à l'application d'une règle de droit, la preuve scientifique permet l'application de la règle de droit.

Il y a un mvt inverse qui est une tendance lourde de l'Europe occidentale et de d'Amérique du nord, qui va limiter les progrès de la procédure scientifique et qui réside dans **les exigences de certaines valeurs fondamentales** (dignité, protection de la vie privée, loyauté de la preuve, etc). Elles favorisent la convergences entre les différentes procédures civiles.

Depuis la 2ème moitié du XXème, la **construction de grands marchés à échelle régionale favorise la convergences des PC mais aussi des droits nationaux en tant que tels**. C'est vrai pour l'UE. Le Mercosur et son institut ibéro-processuel ont rédigé un CPC, qui a été adopté par l'Uruguay et a influencé toutes les PC d'Amérique du sud. Se sont alignés sur ce CPC le Pérou, le Costa Rica, etc. Certains modes alternatifs de résolutions des différents (arbitrage) se retrouvent. On applique des règles unifiées dans l'arbitrage, notamment certains instruments non contraignants comme les principes uni-droit.

Les **grands traités internationaux en Europe** : le traité de Rome et ses conséquence, ainsi que l'article 6-1 de la CEDH.

## SECTION 2 : L'EUROPÉANISATION DE LA PROCÉDURE CIVILE

On veut lister les **principes communs aux PC occidentales**. Il est possible que **certaines Etats empruntent des dispositifs à leurs Etats voisins** (ex : Allemagne, dans sa révision de PC a renforcé les pouvoir des juges uniques et à plus largement ouvert l'accès aux preuves, en s'inspirant des modèles de ses voisins, qui fonctionnaient bien).

### A) la fondamentalisation du droit de la procédure civile : l'influence de l'Europe de Strasbourg.

Qu'en est-il de la place des droits fondamentaux dans la PC ? Le procès équitable n'est pas une invention nouvelle, il vient du droit anglais. Il n'est pas étonnant qu'avant même la signature de la convention européenne des droits de l'homme, la jurisprudence insiste beaucoup sur la procédure équitable.

Pour ce qui est du développement moderne des droits fondamentaux en PC, il découle de :

- l'article 10 de la DUDH, qui a fait l'objet de nombreuses déclinaisons régionales,
- l'article 6-1 de la CEDH,
- l'article 8 paragraphe 1 de la convention américaine relatives au droit de l'homme
- la charte africaine des droits de l'homme.

De l'interprétation prétorienne de l'article 6-1 de la CEDH ont découlé tout un certain nombre de principes qui précisent l'effectivité du procès équitable.

Les principes sont :

- Le **droit à un tribunal**, décliné en sous-principes comme l'exigence de

**motivation des décisions de justice, le contrôle des lois rétroactives, le droit à l'exécution des décisions de justice, l'accès effectifs au juge** qui est une illustration pragmatique de la CEDH (ex : **Bellet contre France 1995** dans laquelle la CEDH a condamné le refus de la Cour de Cassation d'admettre que les personnes hémophiles contaminées par le sida pouvaient obtenir réparation de leur préjudice aux motifs qu'elles n'avaient pas intérêt à agir, en même temps le dispositif d'indemnisation était d'une mise en œuvre complexe qui faisait que les victimes n'arrivaient pas à obtenir réparation. **CEDH 1998**, en l'espèce, pour avoir accès à la justice pénale, il fallait déposer une consignation excessive au regard des capacités financières du demandeur), **l'égalité des armes** (présence commissaires du gouvernement aux délibérés du CE a été jugé comme violant ce principe **Kress 2001**, on permet aux parties d'exclure le commissaire du gouvernement de la phase de délibéré), **le principe du contradictoire, le principe d'impartialité du juge, le principe du délai raisonnable** (ou célérité de la justice).

Cette culture du procès équitable n'est pas toujours bien reçue, cette procédure est parfois un peu variable, elle met du temps avant de "pénétrer" les ordres juridiques internationaux. On a des phénomènes de rejet, mais les Etats doivent tout de même respecter les principes de la CEDH.

(Le prof n'a pas mentionné d'autres principes).

## **B) l'harmonisation de la procédure civile : l'influence de l'Europe de Bruxelles**

Un code a été formulé en 1994, on avait confié à un prof de procédure civile belge, Storme, le soin de rédiger ce **code européen de procédure civile**. Mais comme pour le code civil européen, ce prof a manqué de soutien, il regroupe 14 articles qui synthétisent les principes généraux de la procédure civile, communs aux Etats européens = c'est un **échec**.

Les tentatives de codification savante a échoué, **l'harmonisation de la Procédure Civile est venue d'une lente agrégation de règles processuelles éparses qui sont pour l'essentiel destinées à protéger le consommateur afin de réaliser le marché intérieur.**

Il y a de la **Procédure Civile dans les directives et les règlements. Une trentaine de textes prévoient les règles de procédure civile applicables dans les règlements notamment** (Rome 1 et Rome 2 sur les conflits de lois ; le règlement de Bruxelles I). D'autres instituent une procédure européenne d'injonction de payer, au niveau européen, d'autre en matière de preuve, de procédure exécutoire. Etc.

Il y a de la **PC dans la cour de justice, les règles de PC sont aussi instituées par la JURISPRUDENCE.** Ex : **CJUE Pannom 2009**, il fait obligation au juge de relever d'office les moyens de droit omis par le consommateur pour ce qui est des moyens de droit de l'UE. Cet arrêt reconfigure le rôle du juge dans le procès de consommation. Avant cet arrêt, le juge n'avait que la simple faculté de relever d'office. En l'espèce, une consommatrice espagnole d'un forfait téléphonique avait été assignée en paiement dans un tribunal loin de chez elle, en vertu d'une clause présente de le contrat de téléphonie, cette clause d'attribution de juridiction était illicite. Le jugea espagnole n'avait pas relevé le caractère abusif de cette clause.

## **SECTION 3 : L'AMÉRICANISATION DU PROCÈS CIVIL ?**

### **A) Les fonctions du procès civil : de la justice corrective au private enforcement**

On dit que **le PC a pour fonction d'assumer un rôle de justice corrective**, réparer le dommage, restituer les sommes indûment payées, rétablir un équilibre contractuel.

Mais le **contentieux de la réparation aux USA ne sert pas uniquement à assurer une fonction de justice corrective** : ex : les dommages et intérêts punitifs. **On fait du PC un rouage, un instrument de la bonne application du droit de la protection de l'ordre public**. Il assure la punition des comportement déviant, raison pour laquelle les juristes américains parlent de *private inforcement*. Il y a une symétrie dans le système juridique nord américain (personne publique et personne privée qui assurent l'application de la règle de droit). Il y a une logique instrumentale du **procès civil, il sert des buts plus amples que la simple réparation d'un préjudice**. Dans une affaire, **la cour suprême qualifie les victimes de ministère public "privé"**.

### *1) Les fonctions éradicatrices du procès civil*

Elles sont assurées par deux fonctions civiles que sont la **nullité et la réparation du dommage**.

La doctrine considère que le **JJ dans le procès civil joue un rôle clé dans l'éradication des décisions illicites**. En droit éco, on a tendance à avoir de la nullité absolue partout, car on considère que n'importe quel contrat porte atteinte à l'économie du marché en général.

Pour ce qui est de la réparation, on a tendance à penser que l'indemnisation du dommage peut éradiquer les atteinte à l'ordre public.

### *2) les fonctions dissuasives du procès civil*

- **Une fonction dissuasive assumée dans les pays de droit anglo-américains** : selon l'analyse économique, la **responsabilité civile permettrait de lutter efficacement contre les fautes "lucratives"** (faute que je commets et dont la condamnation que j'encours est inférieur au bénéfice que je tire de ma faute). On observe cette logique en droit de l'environnement, en matière de pollution par ex. Ronald Coase se base sur le modèle de l'homme économique, l'humain est un individu rationnel qui agit dans son propre intérêt, et de ce fait, on essaye de prévoir les conséquence d'un comportement et la sanction juridique adaptée. Concernant les **sanctions punitives : cf affaire Mac Donald**. On retrouve cette logique au Québec depuis 1991 (article 1621) qui prévoit la possibilité pour le juge québécois de prononcer une sanction punitive quand il constate une faute lucrative. On la retrouve aussi en GB, mais on parle de "D&I exemplaire".
- **La fonction souterraine en droit français** : habituellement on présente le droit civil français comme étant un droit qui n'a pas pour vocation principale de punir. Mais la Cour de Cassation elle-même rappelle que la **responsabilité civile a pour fonction de réparer le dommage : principe de réparation intégrale**. En réalité, les choses sont plus complexes, **certaines évolutions discrètes, souterraines apparaissent, en**

**faveur d'une fonction plus punitive du procès civile**. Article L.331-1-3 du code de la propriété intellectuelle s'applique en matière de contrefaçon, il la sanctionne et prévoit qu'en cas de contrefaçon, pour fixer le montant des D&I, la juridiction prend en considération les conséquence économique de la contrefaçon, le manque à gagner, mais aussi les bénéfice qui sont réalisés par l'auteur de l'atteinte au droit (on confisque le profit, pour qu'il n'ait aucun intérêt à recommencer). Souvent, des auteurs défendent l'idée que la marque ne subit pas de dommage puisque ça leur fait de la "pub". Cet article est mentionnée comme le premier article en droit français qui pose le droit civil comme un droit punitif dissuasif



Ex : Civ 2ème 1995, admet l'indemnisation d'association de familles victime de crimes nazis. Le Pen avait dit que les modalités condamnations et d'extermination des juifs était un point de détails, l'association n'avait subi aucun dommage mais la Cour de Cassation retient qu'elle a subi un dommage moral. Le but est de dissuader les propos négationnistes des crimes nazis (qui sont interdits). La doctrine en tire une peine privée, la responsabilité civile a été prise sur le fondement de l'article 1382, pour manifester la réprobation de la société à l'égard des propos négationnistes.

Dans certains domaines particuliers, la jurisprudence allège l'objet de la preuve des victimes, notamment quant aux dommages, si des victimes arrivent à démontrer une faute, la jurisprudence ne sera pas regardante sur la façon dont le dommage a été prouvé (ex : les litiges entre les people et la presse à scandale).

En droit prospective : l'avant-projet Catala de 2005, à l'Article 1371, les auteurs ont proposés des dommages et intérêts punitifs en cas de faute lucrative. Idem dans le projet de loi Betaille, qui s'inspirait du droit anglais. Il y a un "vent d'Amérique" qui souffle sur le procès civil européen et qui tend à doper cette idée que le PC n'est plus uniquement pour réparer un dommage.

## **B) le régime du procès civil : du contentieux individuel au contentieux de masse (class action).**

### *1) le regroupement des victimes*

- La **variété des modalités de regroupement des victimes** : la *class action*. En France, il existe un **projet de loi Amont qui prévoit la création d'une action de groupe**. Ce qu'il faut retenir c'est que les actions de groupe sont très variées, il y a tous les types de dispositifs possibles, le plus abouti est la *class action* américaine, mais aussi le système *opt out class action*, qui influence tous les législateurs européens.

Le **groupe des actions de groupes "opt out"** ou option d'exclusion, lorsque **celui qui décide d'engager l'action, le représentant, une fois qu'il a identifié le type de dommage qu'il souhaite réparer, toutes les personnes qui ont subi le même dommage que lui sont automatiquement dans l'action**, pour en sortir, il faut manifester son intention. Ce système est souvent présenté comme étant **redoutablement efficace**. Elles sont surtout appliquées en matière de consommation et aussi dommages éco. L'*opt out* existe aux USA, au Canada, au Portugal (mais il est peu utilisé). Au Pays-Bas, ce n'est pas d'actions de groupe, mais une transaction *opt out*, une négociation par contrat qui vise à terminer un litige potentielle, toutes les victimes qui ont subi le même dommage peuvent bénéficier de cette transaction.

Les **actions de groupe opt in**, on la retrouve dans tous les pays d'Europe (sauf le Portugal), **le représentant de l'action est seule quand il initie son action, il fait des annonces, toutes les victimes qui se reconnaissent dans le dommage subi doivent opter pour être incluses dans l'action**. Ne fonctionne jamais pour les grands litiges de masse. Il y a différentes déclinaisons d'*opt in*, c'est parfois une action où pleins d'actions individuelles sont regroupées en une seule action, ou alors un groupe de victimes qui va en justice, ou alors une victime seule ou une association de consommateurs ou un dépositaire d'une fonction particulière (*ombudsman*) qui peuvent conduire au nom des consommateurs des actions de justice. L'Espagne a une faculté intéressante, si les victimes n'ont pas optées pour être dans la classe, si elle démontrent qu'elles font parties du groupe, elles peuvent être indemnisées si le jugement est un succès.

Les **systèmes mixtes entre opt in et opt out** comme au Danemark et en Norvège, le **juge choisit quel système sera appliqué**. Pour les grands litiges de masse, notamment si le dommage est faible, s'il pense que l'*opt in* ne fonctionnera pas, etc.



Les **actions représentatives** sont particulières, les **représentés ne sont pas parties au procès, chaque représenté doit ensuite reconduire une action individuelle mais il peut se servir de la première action qui représentait ses intérêts au sens large** (Autriche et Grèce). On défend aussi l'action en déclaration de responsabilité par laquelle le représentant décide de conduire une action pour établir la responsabilité civile de quelqu'un, chaque victime devra faire un mini procès pour obtenir réparation (plus besoin de prouver la responsabilité).

- **Les statistiques d'efficacité contrastées des différentes modalités de regroupement** : une étude anglaise de 2008 démontrait que pour *l'opt out* aux USA, on avait une participation de 98,9% alors que pour *l'opt in* c'était 28%.

## 2) le financement des recours collectifs

La question de financement du procès est indispensable. La **première est la modalité américaine des honoraire de résultat**, un financement privé avec une logique entrepreneuriale de prise de risque. Et un financement "canadien", ce n'est pas un système d'honoraires de résultat mais de **fond public de financement**, remplit par les amendes.

**Conclusion** : à échelle de l'Europe, l'opposition entre *Common Law* et *civil law* est caricaturale, surtout

face aux puissantes forces de convergences, de rapprochements, qui conduisent progressivement à une large harmonisation et à une unification des règles de PC. En 2011 la commission euro a lancée une grande consultation sur le lancement d'une *class action*.

De plus, à l'échelle du monde occidentale, les évolutions qui s'annoncent dans la PC, l'inspiration ne vient plus d'Europe mais d'Amérique, le modèle américain entretient un rapport un peu ambigu, entre attraction et répulsion. Un nouveau modèle : canadien, influence beaucoup les juristes de langue française, il est héritier du droit français. On pense que si ça a fonctionné au Québec ça peut fonctionner en France, voire toute l'Europe.

# Libertés et droits fondamentaux comparés.

Par leur vocation universaliste, leur attachement philosophique fréquent au droit naturel, les droits et libertés fondamentaux font l'objet d'une étude "decontextualisée". Il est usuel de prendre comme point de départ pour cette étude l'année 1789 avec la DDHC. On voit l'année 1789 comme un Big Bang de la matière des droits fondamentaux.

Pourtant cette matière n'échappe pas au point des contingences historiques, culturelles, ni même à la production progressive du droit.

Penser que le début des droits et libertés fonda commence en 1789 relève d'une vision simpliste. L'analyse comparatiste consiste à prendre en compte

une analyse culturelle et historique. Elle porte en elle-même, une dimension critique de la vision universaliste des droits fondamentaux. L'application de la matière est complexe, l'analyse fait ainsi naître une intuition, malgré sa vocation universaliste, la matière est traversée par des conflits, des arbitrages subtils qui sont le fruit de l'histoire et des représentations collectives propres à chaque peuple.

## SECTION 1 : LE POIDS DE L'HISTOIRE ET DE LA CULTURE DE L'ANTIQUITÉ À NOS JOURS

### A) les libertés de l'Antiquité à 1789

La place de l'individu dans les sociétés occidentales et même ailleurs était peu enviable. Au fil de ces années, on relève les éléments annonciateurs de nos libertés modernes.

#### 1) l'antiquité

À Athènes au 5ème et au 6ème, le fonctionnement de la cité, comme entité politique, s'appuie déjà sur une notion de liberté politique qui peut être comparée à notre liberté politique actuelle :

- La liberté civile donne au citoyen des garanties quant à ses biens, quant à sa personne.
- La liberté politique donne au citoyen la possibilité de participer à la vie politique de la cité.

La notion de liberté peut dater de cette époque. Il y a une différence entre la liberté et l'égalité. Il y a un lien étroit entre ces deux notions, tous les citoyens qui sont libres, disposent des mêmes libertés, à égalité. On parle d'*isonomia* (la norme égale) qui est une norme d'égalité dans l'exercice des libertés. Et l'*isokratia* (la liberté d'exercer le pouvoir) l'*isegoria* (l'égalité dans la liberté de parole dans les espaces publics) etc.

À Rome, il existe un concept politique différent de celui de Athènes, c'est une **liberté politique qui permet au citoyen de s'opposer à l'absolutisme de ses dirigeants** : il combat la tyrannie par la liberté politique (un fait à l'origine de la philosophie des Lumières et de la DDHC).

Le **citoyen possède aussi des droits civils**, la plus sûre illustration de cette attribution est la propriété et tout le droit des obligations. Les citoyens sont libres de disposer de leurs biens, ils peuvent avoir des rapports de créances et de dettes envers d'autres citoyens.

Le statut de citoyens romain sera très étendu à partir de notre ère : elle sera étendu à tous les hommes libres.

#### 2) le Moyen-Âge

Entre la **chute de l'empire romain et la constitution d'un système féodal**, toutes les structures politiques s'effondrent, l'ordre impérial romain est remplacé par un ordre féodal. **Le statut de citoyen disparaît avec celle de l'empire romain et des grandes agglomérations romaines.**

Les **seigneurs féodaux deviennent la principale source de pouvoir**. Progressivement, on assiste à une **constitution de libertés politiques au sein du système féodal. Ce processus va prendre 10ans.**

Ces sphères de libertés émergent progressivement :

**Des coutumes** sont des **règles légitimées par le temps et la répétition, elles vont progressivement borner le pouvoir des seigneurs**. C'est un processus long. On trouve les coutumes en matières fiscales, elle fixe un cadre à la levée d'impôts (impossibilité pour le seigneur de lever un impôt qui n'est pas prévu dans la coutume), ou encore la coutume dans l'exercice pénal avec une échelle de peines (cf : lois saliques).

Naissent les **villes franches ou les bourgs francs**, qui sont des territoires peuplés par des bourgeois et des artisans et non pas par les seigneurs féodaux, dans ces territoires, **les bourgeois et les artisans ont un certain nombre de libertés qu'ils n'ont pas sur le territoire féodal des seigneurs** (ex : plus d'impôts, plus de corvées, etc). Au fil du Moyen-âge, **un certain nombre de territoires vont être créés pour échapper à la justice féodale, dans lesquels on appliquera la justice canonique**. La liberté d'enseignement et de recherche est fondée sur la création de communautés académiques nommées les *Universitas* (plus connue de 1150 Université de Paris qui bénéficie d'une charte de liberté).

L'Ancien Régime reste une période où l'arbitraire s'exerce volontiers : guerre de religion avec édit de Nantes, etc. On a une avancée politique de la société civile.

### 3) 1789

Cette date est souvent grossière pour faire partir l'histoire des libertés et droits fondamentaux. Avant même 1789, on avait des textes fondateurs dans l'histoire de l'Europe juridique qui marquaient la consécration de certaines libertés : Magna Carta ; Habeas Corpus ; Bill of Rights ; la déclaration d'indépendance de 1776 et la constitution américaine de 1787.

On retrouve dans ces textes les fondements du libéralisme politique.

La **DDHC** est rédigée en 9 jours, après plusieurs semaines d'effervescence. Elle est rédigée par Mirabeau.

Ce **textes de 17 articles** ne fait preuve d'aucune logique, toutefois il met en place **un texte entièrement universaliste**. Les droits qui y ont été proclamés sont déjà connus : certains comme des droits naturels, d'autres comme une participation à l'ordre public et enfin la préservation de la vie privée (propriété etc) qui seront transformés par le code civil de 1804 comme des droits positifs.

- La **liberté** tient dans la DDHC une **place majeure**, telle qu'elle est conçue, révèle une assimilation entre des influences diverses. Elle relève de principes moraux et chrétiens comme la résistance à l'oppression. Mais aussi des principes juridiques de l'AR comme l'échelle des peines. Voire des principes nouveaux hérités des Lumières comme la liberté de conscience, etc. Elle limite le pouvoir de l'Etat par le droit et ce faisant, tente de trouver un équilibre entre la société civile et l'Etat, les pouvoirs politiques. Cet équilibre fragile est lui aussi un héritage de la pensée politique des Lumières et de leur traduction juridique en Angleterre et aux USA.
- **L'égalité** est le véritable héritage du christianisme, elle tient une **place secondaire** dans le texte. C'est surtout une **égalité juridique, abstraite** : chaque individu a les mêmes droits mais l'égalité matérielle est relayée au second plan (idem pour l'égalité dans la société athénienne).

Ce texte a fait l'objet de nombre critiques, dès 1790, Edmund Burke critique la DDHC en disant que ces droits sont seulement des déclarations de principes sans effectivité. Karl Marx critique lui aussi l'ineffectivité des droits et surtout, il ajoutait que les droits de l'homme étaient des droits de propriétaires, pour des bourgeois, qui méconnaissaient les enjeux de la société. Il mentionne que les libertés françaises sont simplement abstraites et non pas mise en application, elles sont formelles.

## **B) de 1789 à nos jours.**

### *1) les droits de la seconde génération*

ce sont des droits que l'Etat doit garantir à ses citoyens). La DUDH n'a pas été ratifiée par tous les Etats, ce qui remet en cause le caractère universel de ces droits.

**Le bloc de l'est pendant la guerre froide va défendre les droits de la seconde génération** tandis que le **bloc de l'ouest, va défendre traditionnellement les droits civils et politiques de la première génération.**

La DDHC déclare ces deux générations, mais en **1966, deux pactes** sont rédigés pour mettre tous le monde d'accord :

- **le premier sur les droits civils et politiques**
- **Le second sur les droits sociaux, économiques et culturels.**

Les Etats de l'ouest signent plus facilement le 1er tandis que les Etats de l'est n'en signe aucun. Ils finissent par signer les deux. La Chine n'a ratifié aucun des textes. Les USA ont refusé de ratifier le pacte de seconde génération.

**On consacre ces droits dans les nouveaux textes internationaux récents** (ex : chartes africaines des droits de l'homme). Au moins dans les textes, il existe un consensus large sur la nécessité de protéger les droits de la première mais aussi de la seconde génération.

**160 Etats sur 180 (et quelques) ont signé les deux pactes de 1966.**

### *2) les spécificités nationales*

Malgré cette unanimité sur les textes, l'analyse comparatiste démontre que c'est une unanimité de façade, l'application de ces libertés fonde varie radicalement en fonction des Etats que l'on considère.

- **Une unanimité de façade** : de nombreux régimes même s'ils sont signataires violent allègrement les droits de l'homme et manquent à leurs engagements internationaux. Ce qui renvoie à une question, qu'en est-il de l'effectivité de ces droits fondamentaux ? De plus, au delà de la violation assumée par les pouvoirs pol, **la notion même de ce qu'est une violation des droits de l'homme varie** (ex : la peine de mort qui est contraire aux droits de l'homme en Europe, ce qui n'est pas le cas aux

USA). Enfin, concernant **la place des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, elle diffère selon les Etats**, ce qui explique des différences d'effectivité des droits de l'homme. **On distingue les systèmes dualistes et les systèmes monistes.** Dans le premier cas, les droits de l'homme sont directement intégrés dans l'ordre juridique, c'est l'application directe. Dans

le second cas, les textes internationaux ne lit que l'Etat qui l'a signé vis à vis des autres Etats signataires, en revanche, les justiciables n'ont pas le droit de se prévaloir en justice de ces textes, il doit y avoir une transposition dans l'ordre juridique. En l'absence de transposition, le droit national primera sur le droit international.

- **La marge d'appréciation des Etats** : il existe au cœur de la méthode d'appréciation des droits et libertés fonda une marge d'appréciation des Etats signataires que l'on retrouve dans l'application de la CEDH.

Cette marge illustre la **tension entre cette vocation universaliste et la réalité de leur mise en œuvre dans les ordres politiques internationaux. Elle leur permet dans certaines hypothèse d'écarter les droits de l'homme selon des standards proclamés par la JURISPRUDENCE.** Ex : la liberté d'expression et la préservation de la morale, la protection de la dignité humaine et l'autonomie personnelle (arrêt sur les pratiques sado-maso). L'exercice fondamental est de savoir ce qui est légitime ou pas, quelles sont les atteintes que l'on tolère quelles sont celles que l'on ne tolère pas. Cette marge d'appréciation est très critiquée, soit parce qu'elle est trop large, les droits fondamentaux sont mal protégés, soit car elle n'est pas assez large, que la CEDH n'a pas autorité pour décider s'il y a violation ou pas, que c'est une compétence souveraine qui revient aux Etats.

- La **mise en balance des intérêts contraires** : elle vise à savoir dans un cas particulier, lorsque deux droits ou libertés fonda s'opposent, lequel il faut mettre en avant. On arbitre la violation la plus légitime en l'espèce. Analyse des droits fonda et de l'exercice des puissances publiques, mais aussi articulation entre différents droits fondamentaux.

## SECTION 2 : COMPARAISON EURO-AMÉRICAINNE, L'EXEMPLE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION.

### A) le contrôle de la liberté d'expression par la puissance publique

#### *1) les différences textuelles entre les USA et l'Europe*

La **liberté d'expression tient une place fonda dans les démocratie occidentales.** Depuis la 2<sup>de</sup> GM c'est doublement affirmée : un des premiers arrêts européens rendu par la cour constitutionnelle allemande a vu dans la liberté d'expression la matrice de toutes les autres libertés. Cette vision aura une postérité limitée en Europe mais pas aux USA, elle est la position officielle des textes américains.

J. S. Mill, un des premiers auteurs sur la liberté d'expression, y voyait une liberté fonda à la formation intellectuelle des citoyens et à la quête de vérités. Selon lui, l'État ne doit intervenir que le plus rarement possible dans la régulation de l'exercice de la liberté d'expression. Les idées excessives doivent tout de même être exprimées, c'est en les confrontant aux idées vraies que ces dernières gardent en force et en conviction. Il est

interdit au Congrès de faire des lois qui contreviennent à la liberté d'expression.

Par contraste, tous les textes postérieurs à la 2<sup>de</sup> GM vont être plus prudents, la majorité va consacrer la liberté d'expression mais pour tout de suite l'assortir d'exceptions.

Dans la CEDH, l'article 10 paragraphe 1<sup>er</sup> pose le principe de la liberté d'expression mais le paragraphe 2 pose les exceptions, elles sont **extrêmement variées et font douter de la place de la liberté d'expression**

(prévention du crime, sécurité publique, etc).

On a le texte américain et le texte européen : on est après la 2<sup>de</sup> GM et

On a le texte américain et le texte européen : on est après la Zine SM et on a vu les limites des démocraties et des droits fonda lorsqu'ils n'étaient assorties d'une limite. La philosophie européenne est tournée vers la démocratie alors que la philosophie américaine est tournée vers une marché d'idées (?). **Arrêt de 1919**

**Abrams de la cour suprême américaine dans lequel un juge, Holmes, qui a conçu un nouveau principe qu'est le principe du marché libre des idées (*free market of ideas*) qui est un marché d'auto-régulation des idées. Selon cette théorie, toutes les idées doivent être exprimées sur un marché libre, les mauvaises idées vont être éliminées par les bonnes idées concurrentes.**

## *2) le sort différencier des messages à caractère politique*

Les USA s'illustre par une conception large de la liberté d'expression toutefois, un des caractères de la société américaine hormis son libéralisme, est la religion. Elle a une conception du message, de son contenu. Il y a certains contenus, messages qui doivent faire l'objet d'une protection absolue car ils sont protégés par le 1er amendement. Mais les messages qui ne sont pas politiques sont exclus de cette protection. Pour avoir cette conception absolue de la liberté d'expression, il faut être d'an le domaine protégé du 1er amendement, donc un message politique (ex : interdiction de dire "*fuck*" à la télé).

Par rapport au symbole officiel, se pose la question de savoir si le fait de porter atteinte à un symbole officiel est un message à caractère politique ou pas. L'affaire **Johnson vs Texas** de 1989 dans laquelle un militant, lors d'une convention du parti républicain pour la réélection de Ronald Reagan, avait brûlé un drapeau américain devant les caméras, en scandant "nous crachons sur l'Amérique", il est arrêté et condamné sur le fondement du code pénal du Texas qui punit le fait de porter atteinte au drapeau américain. Son affaire arrive jusqu'à la cour suprême, ses avocats disent quand notre client brûle un drapeau américain, il ne porte pas atteinte au USA mais critique l'idée pol que symbolise le drapeau américain (une certaine idée de ce système politique). La cour considère que porter atteinte aux symboles nationaux américains est protégé par le 1er amendement.

Avec l'Europe, il y avait eu un scandale pendant un match France-Algérie où l'hymne national avait été sifflée par les supporters algériens, des drapeau français avaient été brûlés. Réflexion sur la nécessité de faire une loi sur la protection des symboles nationaux. Une loi de 2010 a insérée dans le code pénal français un article 433-5-1.

## *3) le sort différencié des messages à caractère sexuel (obscenity)*

**Miller vs California** dans lequel l'exploitant d'un commerce de vente par correspondance spécialisée dans la vente de livres et films pornographiques, pour faire de la pub, il envoie une brochure publicitaire apparemment très explicites. Cette brochure atterrie dans un restaurant, le proprio ouvre le courrier avec sa mère et choqué, il dénonce et porte plainte l'exploitant. Il est accusé d'avoir violé le code pénal qui interdit de diffuser des messages à caractère sexuel. Il est jugé coupable, condamnée par les juridictions californiennes. Son affaire arrive devant la cour suprême qui définit ce qu'est un contenu obscène. Le juge est investi de qualifier les contenus qui sont ou non protégés par le 1er amendements (Flaubert et Balzac ont été censurés aux USA).

L'arrêt de principe est un arrêt **Andysite contre Royaume** dans lequel un éditeur avait traduit un livre danois vu comme un ouvrage d'éducation sexuelle. Il est arrêté par la police britannique qui saisit les ouvrages, le vendeur va devant la CEDH pour dire qu'il a fait l'objet d'une mesure attentatoire à sa liberté d'expression. La CEDH sur cette question va forger

les critères qui permettent de dire si l'atteinte à la liberté d'expression est légitime ou pas. Ce n'est pas le contenu du message qui permet de savoir si on peut borner la liberté d'expression ou pas mais des critères :

- L'ingérence doit être connue par la loi (légalité de l'atteinte)
- Légitimité du but protégé, cette légitimité dépend en réalité des conceptions nationales majoritaires (en l'espèce, la protection des mineurs). La cour va décréter que c'est aux Etats d'apprécier la légitimité du but en fonction de leurs conceptions nationales.
- La nécessité de l'ingérence (et ce que l'atteinte est proportionnée au but poursuivi). Oui en l'espèce.

La cour avait considéré qu'il n'y avait pas eu de violation de la liberté d'expression.

CEDH **Akdas contre Turquie 2010** qui témoigne des évolutions de la jurisprudence européennes sur les faits. Un éditeur décidé de publier un ouvrage de Guillaume Apollinaire dites les "11000 verges". Le vendeur saisit la CEDH qui apporte une réponse qui n'est plus la même que celle de l'arrêt *Andysite*, elle rappelle le principe de la marge d'appréciation mais ajoute qu'elle peut être limitée dans certains cas, notamment lorsqu'il y a un consensus ou une majorité en faveur de la tolérance pratique. Elle forge une nouvelle notion : Apollinaire fait partie d'un patrimoine littéraire commun européen. Du coup, la Turquie n'a pas à empêcher sa diffusion à échelle de l'Europe (publication dans la Pléiade quand même, donc il appartient au patrimoine littéraire commun européen même s'il choque !)

**VD et CG contre France de 2006**, une réalisatrice avait fait un film nommé "*Baise Moi*" qui se disait féministes, dans lequel des femmes étaient violées puis tuaient tout le monde ... Le film avait des scènes de sexe non simulées et explicites. La réalisatrice disait que c'était un film politique et non pas sexuel, la CEDH avait dit que la marge d'appréciation de la France autorisait les autorités françaises de censurer ou interdire le film.

La jurisprudence américaine est plus nuancée que la jurisprudence européenne qui comprend une gradation.

## **B) l'articulation entre liberté d'expression et droits subjectifs concurrents**

En pratique, c'est un des problèmes fondamentaux qui se pose dans la matière : comment assurer l'exercice de la liberté d'expression sans que cet exercice ne heurte, de façon intolérable, d'autres droits subjectifs d'égale valeur normative ?

### *1) L'atteinte à la dignité d'autrui*

En Europe, la **majorité des démocraties libérales prohibent les discours de haine** (hate speech), dans lesquelles les idées sont dépréciatives, choquantes à l'égard d'un groupe particulier. Ces discours de haine sont réprimés, ils sont vus comme des **abus de liberté d'expression**. Ils peuvent engager des poursuites civiles ou être punis par des sanctions pénales.



Les **lois mémorielles** prohibent certains propos que l'on juge intentatoire à certains groupes : ex loi Gesso prohibe la diffusion de propos raciste, discriminatoires et révisionnistes et négationnistes à l'égard de la Shoah.

Même en France et en Europe, les lois mémorielles font débat (faut-il interdire les propos négationnistes sur le génocide arménien ?). Un projet de loi a été invalidé par le CC français **DC 2012-247** dans lequel il juge que cette loi mémorielle violerait la liberté d'expression. La protection de la dignité ne fait pas obstacle à la diffusion de propos négationnistes sur le génocide arménien.

Un argument juridique est avancé pour expliquer la différence de traitement et du traitement arménien, il y a eu des décisions judiciaires (tribunal de Nuremberg) pour le génocide juif, raison pour laquelle on protège la Shoah et pas le génocide arménien puisqu'il n'y a jamais eu de procès qui reconnaisse la culpabilité des autorités ottomanes.

Pour ce qui est des discours discriminatoires, on retrouve la méthode de la mise en balance entre la protection de la dignité d'un groupe identifié par un propos discriminatoire, pour savoir si le propos peut être toléré ou pas. **CEDH Le Pen contre France** dans lequel il était attaqué pour certains propos discriminatoires sur les musulmans, pour provocation à la haine raciale. Il est condamné pour usage abusif de sa liberté d'expression en portant atteinte aux musulmans de France. La cour est appelée à savoir si l'atteinte était disproportionnée. Elle rappelle que toute atteinte à la dignité d'expression doit faire l'objet d'un besoin social impérieux, elle rappelle le critère de légitimité et pose une distinction en disant que c'est un élu du peuple français. Elle a un contrôle plus strict pour les personnes publiques. Finalement sa position consiste à dire que le discours de Le Pen peut participer au débat public mais que de ce fait, il incite tout de même à la haine puisqu'il manque de nuances et vise la communauté musulmane dans son ensemble.

**Aux USA, ce type de discours est toléré voire fréquent.** Toutes les lois ou tous les procès qui sont faits en invoquant la dignité ou la discrimination sont jugés contraires au 1er amendement. La justification est que le marché libre des idées (ils n'ont pas connu les traumatismes discriminatoires qui ont touchés l'Europe).

## *2) les discours intentatoires à la réputation d'autrui*

La diffamation est un point sur lequel l'analyse comparée apprend qu'il y a plus de consensus sur la discrimination. **Porter atteinte à la réputation d'autrui fait l'objet d'un contrôle. Elle n'est pas concernée par la protection du 1er amendement.**

Le juge américain aménage une seconde exception : les messages à caractère sexuel et les messages portant atteinte à la réputation d'autrui.

En Europe : un journaliste avait critiqué le Beaujolais nouveau (vin bien dégueulasse ...), la cour avait retenu qu'il exerçait sa liberté d'expression dans un débat politique.

## *3) les discours attentatoires à la vie privée*

Il y a un point de contact entre l'Europe et les USA : **le régime est plus sévère pour les personnes privées que pour les personnes publiques** (sa vie privée peut être considérée comme faisant partie du débat public).



En revanche, le régime réservé par les USA diffère de celui de l'Europe, le juge est très libéral, à l'endroit du diffuseur de l'information.

**Time vs Hill de 1967**, une famille avait été prise en otage, de nombreuses photos de la prise d'otage puis des photos d'eux sortant de la prise d'otage et enfin, de nombreuses histoires sur le déroulement de leur prise d'otages circulaient. Monsieur Hill attaque tous les groupes de presse en disant que sa vie privée était violée. La cour suprême répond que même ce type d'information relève du débat public et sont protégés par le 1er amendement.

En Europe, la jurisprudence est plus sévère avec les diffuseurs d'informations. Plutôt que de considérer que l'atteinte à la vie privée est légitimée par la liberté d'expression, le juge doit procéder un arbitrage au cas par cas.

Ex : l'Angleterre a condamné un tabloïde à verser des Dommages-intérêts à Naomi Campbell pour avoir divulgué des photos d'elle sortant d'une réunion pour les consommateurs de drogues dures. On a estimé que la liberté d'expression était abusive.

De nouveaux critères apparaissent pour juger si l'article de presse est disproportionné :

- **La contribution à un débat générale**
- **La notoriété de la personne visée et l'objet du reportage**
- **Le comportement antérieur de la personne**
- **Le contenu, la forme et les circonstances de la prise des photos.**

**Conclusion** : les droits de la première et la seconde générations ont une descendance tout au long du

19ème. L'effectivité de ces droits dépend de (?). Les droits de la première génération sont doublés par ceux de la seconde génération. Malgré la vocation universelle des droits de l'homme, les droits fondamentaux sont appliqués de façon circonstanciée, en fonction des représentations collectives de chaque nation, ils ont une effectivité variable dans les ordres juridiques internes. Il y a en Europe des tentatives d'uniformiser les libertés fondamentales mais pour l'instant elles sont isolées et ne rendent pas compte de la diversité des applications des libertés et droits fondamentaux dans le monde.

