

INTRODUCTION AU DROIT COMPARE

Bruno de Loynes de Fumichon

Maître de conférences à l'école de droit de la Sorbonne (université Paris I)

Doyen de la faculté de droit de l'université de la Polynésie française (Tahiti)

Août 2013

In memoriam François de Loynes (1475-1528),

Docteur Régent de l'université d'Orléans,

Président de Chambre des Enquêtes au Parlement de Paris

Comparative Law Journal of the Pacific
Journal de Droit Comparé Du Pacifique

Collection 'Ex Professo'
Volume II (2013)

Le comité de rédaction remercie le laboratoire EA 4240 (Gouvernance et Développement Insulaire) de l'Université de la Polynésie Française pour leur contribution au financement de ce numéro. Ils remercient également Denise Blackett pour la mise en page de cet ouvrage.

En couverture: DJC, '*Soft Blue/Green/Yellow Wrap*' (2002). Etole de soie, double face teinture à la main, 57 cms x 163 cms.

The Editors express their gratitude and appreciation to Laboratoire EA4240 (Governance et Développement Insulaire) (University of French Polynesia) for its valuable financial contribution.

They also wish to thank Denise Blackett for the typesetting and formatting of this book.

Cover credit: DJC, '*Soft Blue/Green/Yellow Wrap*' (2002). Silk, double sided, plus dyed shell trim, 57 cms x 163 cms.

SOMMAIRE

Introduction	1
Premiere Partie: La Comparaison des Droits	5
CHAPITRE I: L'INTERET DE L'ETUDE DU DROIT COMPARE	5
Section I: l'Interet Pratique Du Droit Compare.....	6
Paragraphe 1: Le droit comparé et l'amélioration du droit.....	6
Paragraphe 2. Le droit comparé et l'harmonisation du droit	17
Paragraphe 3. Le droit comparé et la construction du droit	19
Section II. L'interêt Didactique Du Droit Compare	22
Paragraphe 1. Le droit comparé et l'initiation aux droits étrangers	22
Paragraphe 2. Le droit comparé et l'approfondissement du droit français	32
Section III. L'Interêt Dogmatique Du Droit Compare.....	34
Paragraphe 1. Le droit comparé et la science du droit.....	34
Paragraphe 2. Le droit comparé et le droit comme science	40
CHAPITRE II: L'HISTOIRE DU DROIT COMPARE	42
Section I. Les Origines Antiques Du Droit Compare.....	42
Paragraphe 1. La Grèce.....	42
Paragraphe 2. Rome.....	45
Section II. Le Moyen Age et la Renaissance	49
Paragraphe 1. Le Moyen âge et le ius commune médiéval.....	49
Paragraphe 2. La Renaissance et le comparatisme coutumier.....	50
Section III. Les Temps Modernes Et La Revolution	53
Paragraphe 1. Le droit des gens et le droit international public moderne	53
Paragraphe 2. Les Lumières de Montesquieu	56
Paragraphe 3. La Révolution française et l'Empire (1789-1815)	60

Section IV. Le Droit Compare Contemporain (Xixème et Xxème Siecles)	61
Paragraphe 1. La législation comparée aux XIXème et XXème siècles	62
Paragraphe 2. La doctrine comparée aux XIXème et XXème siècles ...	65
CHAPITRE III: LES METHODES DU DROIT COMPARE	83
Section I. Les Exigences de Methode de la Demarche Comparative	83
Paragraphe 1. Le droit comparé et les méthodes traditionnelles d'étude du droit	83
Paragraphe 2. Le droit comparé et le fonctionnalisme	84
Paragraphe 3. Le droit comparé et les autres méthodes d'étude du droit	86
Section II. Les Instruments de la Comparaison des Droits	88
Paragraphe 1. La recherche documentaire	88
Paragraphe 2. Le droit comparé et les langues étrangères	91
Paragraphe 3. Le droit comparé et les sciences humaines	98
Deuxieme Partie: Quelques Grands Systemes de Droit	101
CHAPITRE I: LES DROITS ROMANISTES	103
Section I. La Tradition Romaniste	103
Paragraphe 1. L'histoire de la formation du droit romain	104
Paragraphe 2. L'histoire de la formation de la famille romaniste	114
Section II. La Famille Romaniste	122
Paragraphe 1. Le droit français	123
Paragraphe 2. Le droit allemand	130
CHAPITRE II: LES DROITS DE COMMON LAW	142
Section I. Le Droit Anglais	142
Paragraphe 1. L'histoire de la formation du droit anglais	142
Paragraphe 2. La structure du droit anglais moderne (XIXème et XXème siècle)	151
Section II. Le Droit Des Etats-Unis D'amerique	156
Paragraphe 1. L'histoire du droit des Etats-Unis d'Amérique	156

Paragraphe 2. La structure du droit des Etats-Unis	165
CHAPITRE III: QUELQUES DROITS D'ASIE	172
Section I. Le Droit Chinois	172
Paragraphe 1. La conception chinoise du droit	172
Paragraphe 2. Le droit chinois contemporain.....	176
Section II. Le Droit Japonais	181
Paragraphe 1. Le droit japonais jusqu'à l'ère Meiji (1867)	181
Paragraphe 2. Le droit japonais depuis l'ère du gouvernement éclairé	183
CHAPITRE IV: QUELQUES DROITS RELIGIEUX	201
Section I. Le Droit Hébraïque	202
Paragraphe 1. La Torah, révélation écrite	202
Paragraphe 2. Le Talmud, interprétation et révélation orale puis écrite	206
Paragraphe 3. La science juridique hébraïque en Occident	209
Section II. Le Droit Canonique	213
Paragraphe 1. Les sources du droit canonique	215
Paragraphe 2. Le droit canon, droit savant.....	217
Paragraphe 3. Les créations des canonistes du Moyen âge.....	223
Paragraphe 4. Le droit canonique à l'épreuve de la modernité.....	229
Section III. Le Droit Musulman	230
Paragraphe 1. Mahomet et la Révélation: le Coran	233
Paragraphe 2. La Sunna ou «Tradition» et les divisions de l'islam	238
Paragraphe 3. L'ijma al umma, consensus de la communauté	245
Paragraphe 4. La Renaissance musulmane et la Sharia	252
CHAPITRE V: QUELQUES DROITS TRADITIONNELS D'AFRIQUE ET D'OCEANIE	264
Section I. La Resistance Du Droit Coutumier Traditionnel.....	264
Paragraphe 1. Les caractères des droits traditionnels	265

Paragraphe 2. Le destin des droits traditionnels pendant la colonisation	268
Paragraphe 3. La réhabilitation du droit coutumier après l'indépendance	269
Section II. La Survie Du Droit Coutumier Traditionnel	271
Paragraphe 1 ^{er} . Le droit de la famille	273
Paragraphe 2. Le droit des biens	275
Paragraphe 3. Le règlement des conflits	277

COMPARATIVE LAW JOURNAL OF THE PACIFIC
JOURNAL DE DROIT COMPARE DU PACIFIQUE

Le Comparative Law Journal of the Pacific - Journal de Droit Comparé du Pacifique (CLJP-JDCP) a été créé en 1994 sous le nom de Revue Juridique Polynésienne (RJP) et paraît sous l'égide de l'Association de Législation Comparée des Pays du Pacifique (ALCPP) en collaboration avec Victoria University Law Review (VUWLR) et la New Zealand Association for Comparative Law (NZACL).

Revue pluridisciplinaire, elle accueille et publie en langue française et/ou anglaise, des articles, monographies ou numéros hors série, relatifs à différents aspects des sciences sociales et humaines intéressant principalement, mais pas exclusivement, les pays de la zone Pacifique. Ses comités scientifiques et de rédaction, sont internationaux et pluridisciplinaires ils veillent à la qualité scientifique et au caractère novateur et inédit des publications qui leur sont soumises.

L'accès aux publications et leur téléchargement gratuit, est possible à partir d'un lien sur le site Internet de la New Zealand Association for Comparative Law: www.victoria.ac.nz/law/nzacl/publications.aspx alimentant ainsi une banque de données spécialisée et unique sur les sciences sociales et humaines dans le Pacifique Sud tout en assurant sa plus grande diffusion.

Les auteurs qui souhaitent soumettre leurs manuscrits peuvent le faire en écrivant à Yves-Louis Sage, Université de la Polynésie française, Campus de Punaauia, BP 6570, Faaa Aéroport, Tahiti, Polynésie Française ou à l'une des adresses électroniques suivantes: ylsage@mail.pf ou Tony.Angelo@vuw.ac.nz.

Directeur de publication

Sage Yves-Louis, Maître de Conférences (Hdr) à l'Université de la Polynésie Française

Direction scientifique

Blanc-Jouvan Xavier, Professeur Emérite de l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Le Cannu Paul, Professeur à l'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne

Muir Watt Horatia, Professeur à l'Ecole de Droit de Sciences Po Paris

Sir Richardson Ivor, Distinguished Fellow à Victoria University of Wellington

Comité scientifique

André Sylvie, Professeur à l'Université de la Polynésie française

Sir Baragwanath David, Juge et Président du Tribunal international pour le Liban

Castellani Luca, Chef du Centre régional de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) pour l'Asie et le Pacifique

Corrin Jennifer, Professeur et Directrice du Centre for Public, International and Comparative Law, University of Queensland

Joyau Marc, Professeur à l'Université de Nantes

Luo Li, Associate Professeur à Renmin University – Beijing

Kanayama Naoki, Professeur à l'Université Keio, Tokyo

Kitamura Ichiro, Professeur à l'Université de Tokyo

Montet Christian, Professeur à l'Université de la Polynésie française

Murat Pierre, Professeur à l'Université Pierre-Mendès - France, Grenoble

Patrono Mario, Professeur à l'Université Rome I, La Sapienza

Poujade Bernard, Professeur à l'Université Paris Descartes

Powles Guy, Professeur et Senior Research Fellow Monash University

Rouland Norbert, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, membre honoraire de l'Institut Universitaire de France

Sir Walker Paul, Juge et Président de l'Administrative Appeals Chamber of the Upper Tribunal High Court Queen's Bench Division (London)

Le Comité scientifique de Victoria University of Wellington Law Review et de la New Zealand Association for Comparative Law (association affiliée à l'UNESCO)

Comité de direction

Angelo Anthony, Professeur à Victoria University of Wellington (Law Faculty)

Atkin Bill, Professeur à Victoria University of Wellington (Law Faculty)

Cabannes Xavier, Professeur à l'Université de Picardie Jules Verne (Faculté de droit)

Costi Alberto, Associate Professor à Victoria University of Wellington (Law Faculty)

Hassall, Graham Associate Professor à Victoria University of Wellington (School of Government)

Troianello, Antonino, Maître de conférences (Hdr) à l'Université de la Polynésie française.

The Comparative Law Journal of the Pacific – Journal de Droit Comparé du Pacifique (CLJP-JDCP) was created in 1994 under the name Revue Juridique Polynésienne (RJP). It is an international, multidisciplinary journal and is published once a year under the auspices of the Association de Legislation Comparée de Pays du Pacifique (ALCPP) [Association of Comparative Legislation of the Countries of the Pacific], in collaboration with the Victoria University Law Review (VUWLR) and the New Zealand Association for Comparative Law (NZACL). Special issues are also regularly published on specific topics concerning the Pacific region.

Its Editorial Committee and the Scientific Committee are both international and multidisciplinary and are responsible for ensuring the scientific quality original nature of the submitted contributions.

All published articles are accessible online and can be freely downloaded from the following internet site: www.victoria.ac.nz/law/nzacl/publications.aspx.

Authors who wish to submit their manuscripts can do so by sending them to Dr Yves-Louis Sage, University of French Polynesia, Campus of Punaauia, BP 6570, Faaa Aéroport, Tahiti, French Polynesia or to the following email addresses: ylsage@mail.pf or Tony.Angelo@vuw.ac.nz.

Editor-in-Chief

Sage Yves-Louis, Maître de Conférences (Hdr) at the University of French Polynesia

Scientific Directors

Blanc-Jouvan Xavier, Professor Emeritus at the Law Faculty of the University of Paris 1- Panthéon-Sorbonne

Le Cannu Paul, Professor at the University of Paris 1- Panthéon-Sorbonne

Muir Watt Horatia, Professor at the Sciences Po Law School (Paris)

Sir Richardson Ivor, Distinguished Fellow at Victoria University of Wellington

Scientific Committee

André Sylvie, Professor at the University of French Polynesia

Sir Baragwanath David, Judge and President of the Special Tribunal for Libanon

Castellani Luca, Head United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Regional Centre for Asia and the Pacific

Corrin Jennifer, Director of the Centre for Public, International and Comparative Law, University of Queensland

Joyau Marc, Professor at the University of Nantes

Luo Li, Associate Professor at Renmin University Beijing

Kanayama Naoki, Professor at Keio University, Tokyo

Kitamura Ichiro, Professor at Tokyo University

Montet Christian, Professor at the University of French Polynesia

Murat Pierre, Professor at the University Pierre Mendès - France, Grenoble

Patrono Mario, Professor at the University of Rome I, La Sapienza

Poujade Bernard, Professor at the University of Paris Descartes

Powles Guy, Professor and Senior Research Fellow at Monash University

Rouland Norbert, Professor at the Law Faculty of the University of Aix-Marseille, honorary member of the Institut Universitaire de France

Sir Walker Paul, Judge and President of the Administrative Appeals Chamber of the Upper Tribunal High Court Queen's Bench Division (London)

The scientific committee of Victoria University of Wellington Law Review and of the New Zealand Association for Comparative Law

Editorial Committee

Angelo Anthony, Professor at Victoria University of Wellington (Law Faculty)

Atkin Bill, Professor at Victoria University of Wellington (Law Faculty)

Cabannes Xavier, Professor at the University of Picardie Jules Verne (Law Faculty)

PRESENTATION

Costi Alberto, Associate Professor at Victoria University of Wellington (Law Faculty)

Hassall Graham, Associate Professor at Victoria University of Wellington (School of Government)

Troianiello, Antonino, Maître de Conférences (Hdr) at the University of French Polynesia

INTRODUCTION

L'expression de «droit comparé» est parfois critiquée et on propose alors de la remplacer par celle de «science comparative du droit» ou d'«études juridiques comparatives». Les anglophones utilisent l'expression de *Comparative Law*. Les germanophones parlent de *Rechtsvergleichung* («comparaison du droit») et de *Vergleichendes Recht* («droit comparant»), qui expriment mieux l'idée que la matière s'identifie à une démarche et non à un droit positif, non à un droit matériel, comme le droit français ou le droit privé ... L'un des fondateurs du droit comparé moderne, Edouard Lambert (1866-1947), professeur à la faculté de droit de Lyon, disait que l'expression «droit comparé» est «amphibologique», qu'elle est équivoque, qu'elle a un double sens. En effet, le droit comparé a deux objets qui sont, il est vrai, étroitement liés: l'étude des droits étrangers, d'une part, la comparaison des droits, d'autre part.

Il n'est pas possible de comparer deux éléments, sans les connaître, l'un et l'autre, dans une mesure suffisante. Aussi devrait-on, en principe, commencer par étudier les droits étrangers, avant de procéder à leur comparaison entre eux ou avec le droit français. Mais l'étude du droit, national ou étranger, nécessite des années. Et l'examen des questions de méthode ne doit pas être repoussé à la fin des études. On peut donc renverser le principe qu'il faut connaître plusieurs droits avant de les comparer et commencer par la théorie de la comparaison des droits. Il est en effet d'usage d'étudier ces deux questions en commençant par celle des principes de la démarche de comparaison, et en poursuivant par son application: d'abord la théorie, puis la pratique, de la comparaison de deux droits, ou plus.

Aussi la première partie de ce cours d'«Introduction au droit comparé» sera consacrée à la démarche de la comparaison des droits. Cette conduite est originale par rapport à celle qui préside à l'étude du droit français. Elle ouvrira l'étude de cette branche très riche des études juridiques qu'est le droit comparé.

La seconde partie du cours sera dédiée à une introduction très générale à plusieurs familles de droit. Les plus importants de ces droits, les «grands systèmes de droit contemporains», avec le caractère subjectif que peuvent présenter cette idée d'importance et cette notion de «grands systèmes», seront étudiés ultérieurement dans le cursus du droit comparé. De manière plus approfondie que dans ce cours-ci, des enseignements seront consacrés à des groupes de droit et,

parfois, à l'histoire de familles de droit, telles la famille des droits romanistes de l'Europe continentale, ou la famille des droits de *common law*. Le terme même de «famille» de droits est souvent contesté et écarté, au profit de celui de «systèmes juridiques», qui est plus neutre vis-à-vis de l'histoire. Ici, nous présenterons une introduction très générale à quelques groupes de systèmes de droit appliqués dans le monde.

Les étudiants se verront offrir l'étude de branches particulières de la science du droit comparé, au long de leur cursus juridique ultérieur. Ils constateront toujours que les préoccupations méthodologiques restent constantes et difficilement solubles. L'étude des droits étrangers et leur comparaison les ramèneront sans cesse à la question de la pertinence de leurs méthodes de travail, et à la recherche de la bonne distance par rapport à leur droit de formation initiale, et par rapport au droit étranger, ou aux droits étrangers, qu'ils choisiront d'étudier. Comme pour les relations humaines, les relations intellectuelles avec son droit, et avec les droits étrangers, nécessitent une juste appréciation de la bonne distance.

Ce cours est issu d'un enseignement dispensé aux étudiants de la première année de la licence en droit de l'université d'Orléans, pendant l'année académique 2010/2011. Il a gardé de ses origines, outre des digressions, des exemples et des rapprochements qui paraîtront à certains tout à fait saugrenus, des caractères initiatique, synthétique et lacunaire.

L'étude des droits traditionnels d'Afrique, d'Asie et d'Océanie avait été alors complètement oubliée. Les hasards de la carrière universitaire ont amené l'auteur à accepter un poste à l'université de la Polynésie française à Tahiti, où M. Yves-Louis Sage, directeur et éditeur du *Comparative Law Journal of the Pacific*-*Journal de Droit Comparé du Pacifique (CLJP-JDCP)*, lui a proposé de publier ce cours, comme premier volume d'un ouvrage dont le second serait consacré aux droits de l'Océanie et aux autres droits traditionnels. Cette rencontre et ce séjour en Océanie ont permis de commencer à remédier, de manière encore modeste, à cette lacune.

En outre, il convient de mentionner un autre esprit particulier de ce cours. Le double intérêt de son auteur pour le droit comparé et pour l'histoire du droit le rattache à un courant de la doctrine contemporaine, celui de l'histoire comparative du droit, qui s'exprime dans la revue *Comparative Legal History*, organe de la *European Society for comparative legal History*. Il se peut que, aux yeux de certains lecteurs, cette *Introduction au droit comparé* apparaisse plus comme un ouvrage d'histoire du droit que comme un cours de droit comparé.

La littérature sur la matière du droit comparé est immense. A titre de simple orientation bibliographique destinée à ces étudiants commençants, on peut suggérer

la consultation des quelques ouvrages suivants en langue française, à une exception près:

- DAVID (René) et JAUFFRET-SPINOSI (Camille): *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11^{ème} édition, 2002.
- LEGEAIS (Raymond): *Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Litec, 2^{ème} édition, 2008.
- LEGRAND (Pierre): *Le droit comparé*, Paris, PUF (*Que-sais-je?*), 2002.
- LEGRAND (Pierre) (sous la direction de): *Comparer, les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009.
- TUNC (André): *Cours polycopié de Grands systèmes de droit contemporains*, Paris, 1974.
- ZWEIGERT (Konrad) et KÖTZ (Hein): *Einführung in der Rechtsvergleichung*, Tübingen, 3^{ème} édition, 1996; *An Introduction to Comparative Law*, traduction de Tony Weir, Oxford, 1998.

PREMIERE PARTIE: LA COMPARAISON DES DROITS

Il est d'usage de consacrer le début du cours d'*Introduction au Droit comparé* à des considérations générales et théoriques sur la comparaison des droits.

Le comparatisme, ensemble transversal des sciences comparées, a connu un développement fulgurant depuis le XVIIIème siècle. Des savants comparent les langues (la linguistique comparée), d'autres les lettres (la littérature comparée), d'autres encore les croyances (les religions comparées). Claude Bourgelat (1711-1779), fondateur de la science vétérinaire, créateur de la première école vétérinaire d'Europe, à Lyon, en 1761, fut le père de la bio pathologie comparée. Ecuyer du roi de France, Louis XV, il fit admettre l'utilité des soins portés aux animaux par la compréhension du corps humain. Il écrivait: «La médecine de l'homme est utile à celle du cheval et réciproquement». La médecine donc, mais aussi le droit, et l'ensemble des autres sciences, en particulier les sciences humaines, ont découvert l'intérêt de la comparaison.

A vrai dire, l'histoire du comparatisme, en particulier en droit, remonte bien plus loin dans le temps que le XVIIIème siècle. Elle se fonde dans l'histoire de la pensée. Et, au cours de cette longue histoire, le comparatisme a développé une méthode de travail propre commune à ces diverses disciplines.

On abordera donc la question de la comparaison des droits de divers points de vue: son intérêt, qui est grand et multiple; son histoire, comme discipline scientifique, ancienne et riche; ses méthodes, originales et exigeantes.

Notre plan sera donc le suivant:

- Chapitre Ier: L'intérêt de l'étude du droit comparé
- Chapitre II: L'histoire du droit comparé
- Chapitre III: Les méthodes du droit comparé.

CHAPITRE I: L'INTERET DE L'ETUDE DU DROIT COMPARE

Les raisons d'étudier le droit comparé sont multiples. C'est une matière porteuse, si ce n'est d'exotisme, en tous cas du goût de pays étrangers, proches ou lointains. Le droit comparé invite au voyage. De là vient une grande partie de sa séduction.

Si l'on pouvait en faire également la base d'une carrière professionnelle, quel bonheur!

Il présente d'autres intérêts, plus sérieux, liés à ses fonctions multiples. Certains sont immédiats: le droit comparé présente d'abord une utilité pratique (Section I). Il joue également un rôle didactique, pédagogique (Section II). Il présente enfin un intérêt scientifique (Section III).

Section I: L'Interet Pratique Du Droit Compare

Quoique ce soit le plus souvent une matière à option, dans le cursus universitaire, le droit comparé présente, avant tout, un intérêt pratique. On mentionnera en passant le fait que la connaissance de droits étrangers est indispensable dans l'exercice de nombreuses fonctions professionnelles: celles de *business man*, mais aussi celles de juge, d'arbitre ou d'avocat, sans compter celles de diplomate ou d'homme politique.

Depuis longtemps, le droit comparé sert à perfectionner le droit positif, c'est-à-dire le droit en vigueur (Paragraphe 1). Depuis un demi-siècle, il sert également à harmoniser et à unifier le droit, notamment au sein de l'Europe qui se construit depuis 1945, depuis la fin de la Deuxième guerre mondiale (Paragraphe 2). Enfin, il a joué, et il joue parfois, encore un rôle encore plus ambitieux: il exerce, dans certaines circonstances, une fonction créatrice, une fonction véritablement constructrice du droit (Paragraphe 3).

Paragraphe 1: Le droit comparé et l'amélioration du droit

Le premier nom qui a été donné à la science du droit comparé, à l'époque contemporaine, a été celui de *Législation comparée*. Cette appellation s'explique par la domination, au XIXème siècle, de la loi, parmi les sources du droit. La loi était au zénith, depuis le courant du XVIIIème siècle, et la coutume était décriée pour son obscurantisme, sa diversité, son irrationalité. Les philosophes des Lumières voyaient dans la loi le moyen de rendre le droit rationnel. Le légicentrisme, la conception que, parmi les sources du droit, la loi doit être la principale, si ce n'est la seule source, a été une passion de la Révolution française. L'adoption, de 1804 à 1811, des cinq codes établis sous l'impulsion de Napoléon Bonaparte, premier consul puis empereur, a été la plus belle manifestation de cet amour de la loi, de cette nomophilie.

Au XIXème siècle, la loi est reine et l'école doctrinale dominante, l'école de l'Exégèse, limite son ambition à faire le commentaire des codes. Le droit comparé porte donc naturellement, à cette époque, le nom de «Législation comparée». La Législation comparée, comme on le verra encore au chapitre consacré à l'histoire

de la discipline du droit comparé (Chapitre 2), s'est formée en vue du perfectionnement du droit (A). Quelques exemples d'*emprunts* à la législation étrangère tirés de débats anciens et actuels en fourniront une illustration (B). Ces *legal transplants*¹, quand ils sont massifs, quand ils se font en bloc, sont désignés par un concept fondamental du droit comparé, celui de la *réception* du droit (C).

(A) Le perfectionnement du droit

On distingue parfois l'étude du droit conduite *de lege lata* de celle menée *de lege ferenda*.

Etudier le droit *de lege lata*, c'est examiner la loi, au sens général de droit, telle qu'elle est *posée*, telle qu'elle existe: le droit en vigueur. Il s'agit de comprendre au mieux le droit en vigueur. Etudier le droit *de lege ferenda*, c'est examiner la loi, dans l'idée de son amélioration, des réformes législatives souhaitables: *legem ferens* désigne le préteur ou le consul romain «portant la loi», c'est-à-dire concevant, rédigeant, soutenant, défendant, un projet de loi, devant les comices du peuple romain: les comices étaient les assemblées des citoyens romains qui avaient le pouvoir d'acquiescer ou de rejeter l'adoption du projet de loi présenté par le consul ou le préteur. *De lege ferenda* signifie donc «au sujet d'une loi que l'on se propose de porter devant le peuple pour améliorer le droit existant». La fonction d'amélioration du droit revenait, à Rome, d'abord aux jurisconsultes. Pomponius écrivait au II^{ème} siècle de notre ère:²

Le droit ne peut rester vivant, s'il n'y a pas un jurisconsulte qui ne l'améliore par son travail quotidien.

Aujourd'hui, à côté de l'expression «étude du droit *de lege ferenda*», on utilise plus volontiers l'expression de «science législative». La science législative est définie par le *Vocabulaire juridique*³ de G Cornu et al comme «l'étude et la recherche doctrinale, historique, comparative, ayant pour objet la critique du droit existant et l'adoption de réformes souhaitables».

De tous temps, comme on le verra au chapitre consacré à l'histoire du droit comparé, cette discipline a d'abord choisi, comme objet de son travail, l'amélioration du droit existant. Quand on cherche à faire progresser le droit, quelle

1 Une doctrine, récente et paradoxale, nie la possibilité de transplants juridiques. Voir Pierre Legrand, "The Impossibility of 'Legal Transplants'" (1997) 4, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, p 111.

2 *Quod constare non potest ius, nisi sit aliquis juris peritus, per quem possit cottidie in melius produci* (D 1, 2, 2, 13).

3 Paris, 9^{ème} éd, 2011.

que soit la direction que l'on souhaite emprunter et les buts que l'on se fixe – la justice, l'utilité ... la tendance naturelle de l'esprit du juriste est de chercher chez le voisin, proche ou lointain, des solutions, des formules, qui ont fait leur preuve, qui ont été appliquées avec succès. Pourquoi vouloir toujours réinventer la roue?

L'exemple du voisin, parfois la jalousie qu'il inspire, sont des moteurs puissants dans la création du droit. Le mimétisme est un comportement courant chez le législateur. Cette attitude de suivisme est parfois encouragée par l'influence politique, économique, culturelle exercée par un pays puissant, un pays leader, dont on désire imiter le mode de vie, les coutumes, les lois. La mode même est un phénomène qui sévit également en droit. «A beau mentir, qui vient de loin», dit un proverbe français, repris par le doyen Carbonnier comme titre d'un article de droit comparé, consacré au «mythe du législateur étranger»⁴. Parfois, les jurisconsultes, les législateurs ou les juges se font-ils les promoteurs d'une adoption pure et simple de règles étrangères.

(B) Quelques domaines d'*emprunts* au législateur étranger

Tous les domaines du droit sont susceptibles de profiter d'une démarche comparatiste pour améliorer le droit en vigueur. On se bornera à quelques exemples tirés du droit public ou du droit privé.

(1) Le droit public

En droit public, le droit constitutionnel et le droit de la procédure, civile et pénale, sont deux disciplines qui s'abreuvent abondamment au droit comparé.

- Le droit constitutionnel

La communauté d'esprit entre les traditions juridiques occidentales est particulièrement visible en droit constitutionnel. Les institutions politiques des pays des deux côtés de l'Atlantique présentent une parenté qui tient à une culture commune. La Boétie, Montesquieu⁵ et Tocqueville ont joué un rôle éminent dans la formation d'une culture constitutionnelle occidentale. A. Esmein, un professeur de droit de la faculté de droit de Paris de la fin du XIX^{ème} siècle, a donné à cette

4 «'A beau mentir, qui vient de loin', ou le mythe du législateur étranger» dans *Essai sur les lois*, (2^{ème} éd, Paris, 1995) p 201.

5 Blackstone écrit, au sujet de Montesquieu: «Montesquieu n'a pas hésité à déclarer, même au sein de son pays, que l'Angleterre est la seule nation, dans le monde, dont la constitution ait pour but direct la liberté civile et politique.» (*Commentaries on the Laws of England*, Livre 1, chapitre 1). Blackstone emprunta à Montesquieu sa théorie de l'utilité sociale en matière pénale, l'idée que le but des lois pénales est, avant tout, de prévenir les crimes pour l'avenir.

discipline un nouvel essor⁶. L'idée de constitution y est si partagée qu'elle s'est même libérée de l'Etat. H Ruiz Fabri relève avec justesse que des internationalistes ont prôné l'idée d'une constitution pour la communauté universelle des Etats, et d'autres celle d'une constitution de la société mondiale, dont les sujets seraient les individus⁷.

La pratique de l'emprunt d'institutions constitutionnelles étrangères (en entendant l'institution comme un organe ou un mécanisme) est courante. Le parlement britannique a servi de modèle à de multiples assemblées de députés dans le monde.

La mode du contrôle de la constitutionnalité des lois a sévi après la Deuxième guerre mondiale⁸. La cour suprême des Etats-Unis a servi de référence à de nombreux pays qui ont voulu se doter d'une institution de contrôle de la constitutionnalité des lois: tribunal constitutionnel fédéral allemand, cour constitutionnelle italienne, conseil constitutionnel français ...

L'exécutif est aussi touché par ce phénomène: l'élection du président de la République au suffrage universel, instituée en France par une réforme constitutionnelle de 1962, est un autre emprunt au droit des Etats-Unis. Cet emprunt aurait pu être beaucoup plus précoce. Après le coup d'Etat du 18 brumaire (novembre 1799), Napoléon Bonaparte voulait rétablir un pouvoir exécutif fort. Lors de l'élaboration de la constitution du consulat, on lui proposa d'imiter le système américain et d'emprunter l'institution du président de la jeune république des Etats-Unis d'Amérique, établie par la récente constitution fédérale des Etats-Unis, entrée en vigueur le 30 avril 1789. Mais Bonaparte écarta la proposition. La Révolution était encore trop proche et l'amour de la République trop vif: «Il fallait encore déguiser la magistrature unique du président». Il était nécessaire d'avancer prudemment dans le rétablissement de la monarchie. La présidence à l'américaine avait un caractère monarchique trop marqué, visible et gênant. Bonaparte préféra

6 Voir les *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* d'Adhémar Esmein, Paris, 1895.

7 Voir Hélène Ruiz Fabri "Les contaminations disciplinaires" in J du Bois de Gaudusson et F Ferrand *La concurrence des systèmes juridiques* (Marseille, 2008) pp 130 et seq. H Ruiz Fabri mentionne notamment l'analyse que faisait Lauterpacht du pacte de la Société des nations comme *Higher Law*, et celle que présentait Verdross de la charte des Nations unies. L'antagonisme entre les Super grands a privé la charte de ses potentialités de constitution de l'humanité. Toutefois, le droit international, notamment la doctrine internationale, subirait une forme de contamination disciplinaire par le droit constitutionnel général, une constitutionnalisation.

8 Auparavant, le tribunal fédéral suisse s'était inspiré de la cour suprême des Etats-Unis.

emprunter aux Romains le consulat. A vrai dire, il emprunta plus le nom que la chose elle-même⁹.

Un autre exemple d'emprunt constitutionnel est fourni par le gouvernement helvétique. Le gouvernement fédéral helvétique est constitué de conseillers fédéraux, actuellement au nombre de sept chefs de département, qui sont, en quelque sorte, des super ministres. L'un des conseillers fédéraux exerce, pour un an, en plus de ses fonctions de chef de département, celles de président de la Confédération helvétique. Ce système de gouvernement dépersonnalise quasi totalement la fonction de chef de l'Etat. Il est la fierté de ce peuple aux traditions démocratiques et égalitaires très fortes.

Ce système de gouvernement est un emprunt à la constitution française du Directoire, la constitution dite de l'An III de la République une et indivisible (22 août 1795). Le Directoire exécutif décida de porter les idéaux de la Révolution française au-delà des frontières de la République, et d'en faire profiter les Suisses, qui ne demandaient rien, sauf qu'on ne leur prenne pas leur argent. A vrai dire, cet argent intéressait probablement plus le Directoire que la propagation de ses idéaux. Le Directoire, ayant battu les Confédérés et occupé Berne, imposa à la Suisse sa propre constitution¹⁰, avec ses cinq directeurs exécutifs ou super ministres: la constitution de la République helvétique une et indivisible, dite l'*Helvétique*, est en effet calquée sur celle du Directoire.

En Suisse, ce système, imposé par l'impérialisme français, se greffa naturellement sur l'organisme politique helvétique: l'article 174 de la constitution helvétique actuelle s'inspire toujours de l'article 132 de la constitution du Directoire du 22 août 1795. En France, ce système ne prit pas. Les élections ayant donné la victoire à des opposants, les directeurs en place organisèrent des coups d'Etat. Le dernier coup d'Etat, celui du 18 brumaire an VIII (9 novembre 1799), emporta le régime. Il fut l'œuvre d'un opposant, le général Napoléon Bonaparte, qui établit le Consulat, puis l'Empire.

Quittons le droit constitutionnel comparé pour nous tourner vers le droit processuel comparé.

9 Une tentative d'implanter l'institution du président de la République avait été tentée, sans succès, par la constitution de la Seconde république (1848-1852).

10 Cette constitution introduisit de très importants progrès: la proclamation de la liberté religieuse, de la liberté de la presse, de la liberté du commerce et de l'industrie; l'abolition des privilèges de la noblesse et des corporations; la suppression de la torture; l'unification douanière et monétaire entre les cantons; la souveraineté populaire et la démocratie directe selon les principes de la constitution de l'an I (juin 1793) jamais appliquée en France, son pays de naissance.

- Le droit processuel

En matière de procédure civile, la Grande-Bretagne a effectué récemment une réforme importante. Certains défauts de la justice civile étaient critiqués: lenteur, coût, complexité. On aurait pu penser que, dans ce royaume si attaché à ses traditions judiciaires, les principes continentaux seraient d'emblée exclus. Ce n'est pas ce qui s'est produit. La commission d'étude instituée par la chancellerie a proposé l'adoption de règles nouvelles, qui augmenteraient les pouvoirs des juges dans la gestion des affaires, le *case management*.

Dans son rapport d'étape rendu en 1995, le président de la commission, Lord Woolf, fit explicitement référence à la fonction plus active du juge, dans les droits civils, par rapport à celle du juge anglais. Dans le système accusatoire, *adversarial*, le juge anglais se borne à trancher les questions choisies par les parties. Lord Woolf a qualifié sa conception de la justice civile de *mid channel*. Les principes proposés par la commission ont été retenus par le chancelier et adoptés par le parlement. Des réformes ont été introduites, inspirées de cet esprit, de ce *ghost* niché dans les nuages, flottant à mi parcours entre Douvres et Calais. On est très reconnaissant à Lord Woolf pour cet aveu que le droit anglais est disposé à s'inspirer d'institutions du droit continental et à les recevoir¹¹.

En matière de procédure pénale, l'opposition entre la tradition romaniste de la procédure inquisitoire et celle de la procédure accusatoire s'est nettement estompée, si ce n'est évanouie. La France a emprunté à l'Angleterre, il y a deux siècles, l'institution du jury. La Révolution française, pendant sa première phase libérale, de 1789 à 1792, a réformé la justice sur les modèles hollandais et anglais. De la Hollande, l'assemblée nationale constituante a retenu la médiation et l'arbitrage, sur les conseils de Voltaire, en matière civile. De l'Angleterre, elle a adopté le jury populaire, sur les conseils de Montesquieu¹², en matière pénale¹³. En France, devant les cours d'assises, les jurys fonctionnent toujours en répondant, par oui ou par non, à une liste de questions, sur les faits et sur la responsabilité du prévenu. La France révolutionnaire a également emprunté à l'Angleterre le droit reconnu au

11 Sur la réception, voir infra, p 19.

12 Montesquieu avait fait l'apologie de la procédure anglaise (*L'Esprit des Lois*, XI, 6). Il rapprochait la procédure anglaise de la procédure romaine de la République et de la procédure féodale: toutes trois étaient accusatoires, orales et publiques. Et la justice était rendue par des juges non professionnels réunis en jury.

13 Mais pas en matière civile, comme le proposait aussi Adrien Duport. La France a aussi emprunté à l'Angleterre, en matière pénale, pendant la Révolution, outre le droit de l'accusé au silence, la séparation, à la phase décisionnelle, des fonctions d'investigation et de jugement.

suspect travaillé par la police, à l'accusé interrogé par le juge, de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées, ce que l'on appelle le droit au silence.

Aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, de son côté, l'Angleterre a emprunté à la France la police judiciaire, une police professionnelle, technique et scientifique. Très récemment, la Grande Bretagne a emprunté à la France le ministère public et la garde à vue, avec des adaptations, naturellement, et sous d'autres noms, évidemment (*Prosecution Offences Act* de 1985). En matière de procédure pénale, la réputation de la France est peu flatteuse, en Angleterre, à tort ou à raison. Aussi le gouvernement britannique a adopté ces emprunts *sotto voce*. Alors que la France se pose aujourd'hui la question de l'abandon du jury, l'Angleterre, qui pratiquait le jury en matière civile et pénale, l'a largement abandonné, pour des raisons d'efficacité et de coût, notamment en temps¹⁴. En Angleterre, c'est la pratique des témoins experts partisans qui fait aujourd'hui l'objet de vives critiques. Car cette pratique est au cœur de bon nombre des pires erreurs judiciaires commises dans le pays pendant les dernières décennies.

Aujourd'hui, la procédure pénale, des deux côtés de la Manche, emprunte aux deux conceptions traditionnelles: la conception accusatoire et la conception inquisitoire. Traditionnellement la procédure pénale anglaise était qualifiée d'accusatoire: les poursuites, l'instruction et le procès étaient diligentés par les parties, qui s'accusaient l'une l'autre. La procédure pénale française était qualifiée d'inquisitoire: les poursuites, l'instruction et le procès étaient diligentés par le ministère public, par l'Etat. Aujourd'hui, les deux pays ont fait des pas l'un vers l'autre. La convergence entre les deux droits est patente. Les deux pays ont maintenant leur version particulière d'un système de procédure pénale qui est manifestement mixte, qui emprunte aux deux traditions.

(2) Le droit privé

En droit privé, le droit des affaires est une matière qui s'inspire souvent du droit étranger.

L'empereur Napoléon III, dans les années 1860, a voulu donner son cadre juridique au capitalisme français, alors que l'économie française était en train de réaliser son décollage économique. Il s'est tourné vers l'Angleterre, qui était le pays industriel le plus avancé à l'époque. Il a fait adopter des lois relatives aux moyens de paiement (le chèque notamment), aux sociétés (la grande loi sur les sociétés commerciales de 1866), aux garanties ...

14 Le *jury trial* ne concerne plus que 1 à 2% des affaires. Voir JR Spencer *La procédure pénale anglaise* (Paris, 1998) pp 14 à 18.

Dans le courant du XX^{ème} siècle, le droit français a adopté la société à responsabilité limitée (1920) puis la société à conseil de surveillance et directoire (1969), toutes deux inspirées de modèles allemands. Elle a adopté les actions sans droit de vote, et aussi le *leasing* ou crédit-bail. En matière de concurrence et de bourse, le droit français s'est inspiré de modèles américains: loi anti-trust, loi sur le contrôle des opérations de bourse (COB).

En matière de droit des contrats, l'exemple récent de l'adoption par le parlement français d'une loi sur le *trust* (loi du 19 février 2007, sur la fiducie) mérite de retenir l'attention. L'adoption du *trust* a été saluée comme la réception, tout à fait opportune, d'une institution typiquement anglaise, qui comblait une lacune du droit français. Il est de fait que le *trust* remplit des fonctions intéressantes en matière de gestion des biens, de successions, de garanties. C'est une institution qui existait déjà en Suisse, pays de la famille romaniste. Le voyageur qui descend à la gare ferroviaire de Zürich, ou à celles de Genève ou de Lausanne, a les yeux attirés par les enseignes brillantes des «Fiduciaires», qui s'offrent à gérer son argent ou ses autres biens. La fiducie est un des plus anciens contrats du droit romain, dont le régime est antérieur à la vente consensuelle et aux autres contrats nommés et innommés. Voilà une institution que le droit français n'avait pas prise dans l'héritage romain, que le droit helvétique apprécie depuis longtemps. Peut-être découvrira-t-on un jour que le *trust* anglais n'est que la fiducie romaine rebaptisée en bonne langue germanique¹⁵.

Cette loi de 2007 sur la fiducie est en train de produire des effets étonnants. Le *trust* constituait un pas vers la reconnaissance de l'existence d'un patrimoine d'affectation, d'un patrimoine distinct. La loi de 2007 a fait évoluer le droit français sur la question controversée de l'unicité du patrimoine. On sait qu'une doctrine classique, depuis Aubry et Rau, affirme que «L'idée de patrimoine se déduit logiquement de celle de la personnalité ... La patrimoine est l'émanation de la personnalité et l'expression de la puissance juridique dont une personne est investie comme telle»¹⁶. Il s'en déduit que chaque individu a un patrimoine, et qu'il n'a qu'un seul patrimoine, unique et universel. Cette doctrine est en train de sombrer sous nos yeux. Une loi récente, adoptée définitivement par l'assemblée nationale, le 12 mai 2010, a créé l'institution de «l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée». L'article 1^{er} de cette loi, qui va être intégrée au code de commerce, dispose que «Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité

15 L'histoire du *trust* est liée au développement des cours d'*equity* et ces cours ont beaucoup emprunté au droit savant, romain et canonique.

16 *Cours de droit civil français*, 3^{ème} éd, 1856-1865, t V, par 574.

professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale».

Le parlement français a écarté l'idée que chacun de nous pourrait former deux personnes (une personne physique et une personne morale) ayant chacune son patrimoine. Il lui a préféré l'idée que chaque personne physique peut avoir deux patrimoines: un «patrimoine professionnel» et un «patrimoine personnel». En prononçant ces deux expressions de «patrimoine professionnel» et de «patrimoine personnel», on voit déjà qu'elles ne sont pas totalement satisfaisantes. Y aura-t-il une étanchéité entre ces deux patrimoines, en ce qui concerne leur matière, les revenus qu'ils génèrent, les suretés dont ils sont les supports? Autant de questions auxquelles le législateur, par modestie, prudence ou pusillanimité, s'est abstenu de répondre avec une grande précision. C'est donc la jurisprudence qui va devoir préciser certaines règles trop générales. Lors des procès à venir, la doctrine va être sollicitée pour proposer des réponses à ces questions délicates. Il y aura matière à procès, à discussion et à consultation ... Toutes les sources formelles du droit seront mises à contribution, toutes les méthodes de découverte, d'élaboration et d'exposition du droit.

Les législateurs, les juristes et les juges se font parfois les avocats de l'imitation, ou de l'adoption pure et simple et en masse, de règles étrangères. C'est ce que les comparatistes appellent la «réception» du droit.

(C) La *réception* du droit

Le phénomène de la réception du droit peut être défini comme l'accueil, par un droit, de notions, de règles, d'institutions, jusque là inconnues de lui, et provenant d'un droit étrangers. La réception est un phénomène complexe. Elle nécessite une acculturation du droit. L'acculturation peut être vue comme une assimilation de la culture d'un autre groupe. Elle peut aussi être vue comme une adaptation, plus ou moins profonde, du droit étranger, pour que la greffe sur le droit du pays d'accueil ne soit pas suivie d'un rejet. Le doyen Carbonnier écrivait:

La réception est un processus complexe de greffe provoquant parfois des rejets ... Le droit est un matériau fragile: comme la verrerie, il se brise dans les transports internationaux.

La réception résulte souvent d'un acte d'autorité, qui émane d'une institution voulant réaliser une modernisation rapide de son droit. Dans ce cas, le transfert est souvent massif: il porte sur une branche du droit, un code entier, par exemple. Et il est instantané: un corps de droit national est aboli et remplacé par un corps de droit étranger. Le doyen Carbonnier voyait dans ces trois traits: un acte d'autorité, la

globalité du transfert, l'instantanéité de l'opération, les caractéristiques de la réception¹⁷.

La réception, le transfert massif de corps entiers d'un droit étranger, heurte le nationalisme juridique. Paul Koschaker (1879-1951), un professeur de droit autrichien, disait que «La réception n'est pas une question de qualité, mais une question de puissance». Pour d'autres, la réception se justifie par le progrès qu'elle apporte, par son utilité. Le grand jurisconsulte allemand Ihering (1818-1892) a écrit:

La réception d'institutions juridiques n'est pas une question de nationalité mais d'utilité et de besoin. Personne ne se soucie de se servir de quelque chose de lointain, quand il a, chez lui, un outil aussi bon ou meilleur. Mais seul un fou refuserait la quinine [ce fortifiant et médicament anti paludique] au seul motif qu'elle ne pousse pas dans son jardin.

L'exemple classique de la réception d'un droit est fourni par la réception du droit romain en Allemagne, à la fin du Moyen âge. Les historiens du droit la datent d'une ordonnance promulguée par l'empereur Maximilien Ier, le grand-père de Charles Quint, en 1495. Maximilien réforma les institutions impériales: il rétablit la chambre judiciaire d'empire (*Reichskammergericht*), organisa son recrutement, fixa le droit qu'elle devait appliquer. La moitié des juges en théorie, en réalité la totalité, devait avoir été formée au droit romain. La chambre judiciaire d'empire, tribunal suprême qui jugeait en dernier ressort les affaires tranchées par les juridictions des nombreuses principautés, laïques et ecclésiastiques, des villes libres, de diverses communautés, fut amenée à imposer sa jurisprudence, qui était fondée sur le droit romain. Ainsi, le droit romain, vieux de plus de mille ans, connut une nouvelle application.

Auparavant, ce droit avait connu un déclin, à partir de la chute de l'empire romain d'Occident (476) et une quasi disparition au temps de la féodalité (IXème-XIème siècles). Autour de l'an Mille, dans le sillage de la renaissance économique, urbaine, intellectuelle, qui se manifesta en Italie du Nord, le droit romain avait été redécouvert. Son étude, à Bologne notamment, attirait de nombreux étudiants du monde germanique (Allemagne et Suisse actuelles principalement). Une imprégnation intellectuelle des jurisconsultes germaniques s'était donc produite avant la promulgation, en 1498, de l'ordonnance de Maximilien. Le droit romain a été illustré et enrichi par la science allemande du droit. Au XIXème siècle, un très

17 «Conclusion» du Colloque «Gustave Boissonade et le droit japonais», organisé en 1990, dans la *Revue internationale de droit comparé*, 1991, n°2.

grand jurisconsulte, Savigny, descendant de huguenots français, a donné naissance à l'école historique de droit allemande. Il a enfanté une génération de jurisconsultes versés dans l'étude du droit romain ou *romanistes*, les *pandectistes audacieux*, du nom des *Pandectes* ou *Digeste* de Justinien, la plus importante compilation réalisée sous l'impulsion de cet empereur byzantin du VI^{ème} siècle.

Un autre exemple de réception du droit est fourni par le Japon. Le Japon a connu deux réceptions du droit, encore plus volontaires que celle qu'a connue l'Allemagne. D'abord, avant l'An Mille, une réception massive de droit chinois. Puis, au moment de l'ère Meiji (1867), une réception de droit français, puis allemand, puis anglo-saxon¹⁸ ...

La Turquie fournit un troisième exemple étonnant de réception massive d'un droit étranger. L'empire ottoman, qui avait abattu l'empire byzantin (prise de Constantinople, en 1456), qui avait pénétré dans les Balkans orientaux puis occidentaux, qui avait menacé Vienne (1529) et l'empire germanique, qui avait dominé la Méditerranée orientale et méridionale (jusqu'à la bataille navale de Lépante, en 1571), était entré en décadence et avait subi les assauts de l'Angleterre, de la Russie, de la France, de la Perse. Il était devenu «l'homme malade de l'Europe». A l'issue de la Première guerre mondiale, la Turquie était quasiment rejetée de l'Europe. Le régime du sultan s'effondra. Un général, Kemal Atatürk, fit un coup d'Etat. Il voulait moderniser son pays au plus vite. Il décida d'y introduire le droit occidental. En 1926, par deux votes de l'assemblée du peuple, soumise à l'ascendant de Kemal, il fut décidé l'introduction de deux codes suisses dans le droit turc. Cette introduction avait toutes les caractéristiques que le doyen Carbonnier prêtait à une réception: acte d'autorité, globalité du transfert, instantanéité de l'opération¹⁹.

Ces exemples, pris isolément, sont trompeurs. Car les réceptions s'entrecroisent souvent. Il ne faut pas nier les phénomènes de domination, qui sont fort présents dans les relations entre métropoles et colonies, entre pays puissants et pays peu puissants, à toutes les époques. La concurrence et la confrontation des droits sont des phénomènes récurrents. Mais on constate également des échanges, des réceptions qui s'entrecroisent. Les fécondations se font dans toutes les directions où souffle le vent du droit comparé. C'est l'un des intérêts et des plaisirs du droit comparé et de l'histoire comparative de les débusquer. Outre l'amélioration du droit, le droit comparé peut aider à l'harmonisation du droit.

18 Voir infra, la section II du chapitre III de la deuxième partie.

19 «Conclusion» du Colloque «Gustave Boissonade et le droit japonais», organisé en 1990, in *Revue internationale de droit comparé*, 1991, n°2.

Paragraphe 2. Le droit comparé et l'harmonisation du droit

Le droit comparé peut aussi contribuer à satisfaire le besoin d'harmonisation, et même d'unification, du droit (A) par des solutions appropriées (B).

(A) Le besoin d'harmonisation et d'unification du droit

En Europe, la formation des droits nationaux a été un phénomène pluriséculaire. En Angleterre, la *comune ley* s'est constituée très tôt, sous l'impulsion des rois, normands puis angevins, à partir du XII^{ème} siècle. En France, l'expression de *droit françois* ne date que du XVI^{ème} siècle. Et le droit castillan et les autres droits royaux de la péninsule ibérique (Portugal, Navarre, Aragon ...) se sont formés entre ces deux périodes. Au XIX^{ème} siècle, le droit italien et le droit allemand sont nés simultanément à la formation des deux Etats.

Le développement du droit comparé tient, pour une bonne part, à la nationalisation du droit, à son absorption par les sources nationales du droit, au détriment de sources non nationales (internationales, transnationales). Il a été, dans une large mesure, le produit d'une réaction contre la nationalisation du droit. Car, dans le même temps, les relations privées internationales, humaines, économiques, juridiques, se sont développées. La révolution industrielle a été aussi une révolution des transports et des échanges. La mondialisation de l'économie a passé un cap au XIX^{ème} siècle. Le développement des relations privées internationales a posé des problèmes juridiques difficiles. Elle a rendu souhaitable une harmonisation du droit, un rapprochement du droit, et même une unification du droit.

L'unification du droit est un but controversé. Portalis, dans son *Discours préliminaire*, discours de présentation du projet de code civil, en 1804, déclarait: «L'uniformité est un genre de perfection qui saisit quelque fois les grands esprits et frappe infailliblement les petits». Avant lui, Montesquieu écrivait, dans *L'esprit des lois*: «Les lois doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre».

Dans l'Europe contemporaine, de nombreux milieux contestent fermement l'idée d'une unification du droit privé, qui signifierait la disparition du droit français, de la *common law* anglaise ... Le thème du pluralisme juridique est en vogue parmi de nombreux juristes. La jurisdiversité est un nouveau slogan. Pourtant, il est de nombreux contextes dans lesquels la pluralité des droits est porteuse de lourds inconvénients.

(B) Les moyens de l'harmonisation du droit

Le développement des relations privées internationales appelait, au minimum, une coordination des ordres juridiques. Chaque Etat fixe les règles relatives à la compétence de ses tribunaux et des tribunaux étrangers, quand un litige porte sur un rapport juridique contenant un élément d'extranéité (c'est-à-dire un élément étranger). Ces règles forment le droit des conflits de juridictions. De même, chaque Etat fixe les règles relatives au choix du droit, national ou étranger, qui sera appliqué pour trancher le litige. Ces règles forment le droit des conflits de lois, dénommé plus exactement, en anglais, *choice of law*. L'harmonisation des droits nationaux des conflits de juridictions et des conflits de lois est extrêmement souhaitable, pour éviter que deux tribunaux (un national et un étranger) ne se saisissent de la même affaire, avec le risque qu'ils ne rendent des décisions contradictoires. Au-delà même de l'harmonisation, l'unification des règles de conflit de juridictions et de conflit de lois était fort souhaitable.

L'unification du droit est un thème constant du droit comparé. A une certaine époque, à la Belle Epoque, la fin du XIXème siècle et le début du XXème, notamment à l'occasion du Congrès international de droit comparé de Paris, en 1900, l'unification du droit était considérée comme l'objectif principal et spécifique du droit comparé. Depuis, cet objectif est devenu secondaire. Il n'a pas disparu, mais il est passé au second plan. Il ne concerne que des branches particulières du droit et, parfois, que des groupes homogènes de droit. Le droit comparé a pris conscience au XXème siècle, sous l'influence de l'anthropologie juridique, de la diversité irréductible des droits, du pluralisme juridique, de la jurisdiversité.

L'unification des droits des Etats résulte parfois de conventions internationales. Dès le XIXème siècle, des traités ont été conclus entre des Etats pour unifier le droit d'une certaine matière. Le droit des marques et celui des brevets sont deux branches du droit où le besoin d'unification était sensible. Les grandes sociétés, qui déposent des brevets portant sur la même invention dans de nombreux pays, et qui exploitent les mêmes marques dans le monde entier, ont été particulièrement actives pour demander aux Etats d'unifier ces deux droits. Les organisations professionnelles internationales se sont faites les relais de cette demande. Le droit des brevets et le droit des marques sont ainsi régis par plusieurs conventions internationales, qui ont été élaborées et ratifiées, dès le XIXème siècle, par de nombreux pays. Le droit des transports internationaux, ferroviaires puis aériens, est également un champ précoce de conclusion de conventions internationales.

Une autre manière d'unifier le droit consiste, pour une organisation internationale, à proposer aux Etats des lois-type que ceux-ci peuvent faire adopter par leur législateur. En matière de procédure civile, on peut mentionner les grands

principes de procédure civile transnationale, adoptés par le groupe de travail formé de juristes de l'*American Law Institute* et d'Unidroit. L'*American Law Institute* est une organisation privée, fondée en 1923, qui se consacre à l'amélioration du droit. Unidroit, l'Institut international pour l'unification du droit privé, est une institution fondée à Rome, en 1926, sous l'égide de la société des Nations. Ces deux institutions ont établi ensemble des principes généraux de procédure civile transnationale.

Ces principes, que certains ont qualifiés de *soft law*, empruntent aux deux familles de droit. Ils ont réalisé un *compromis* en adoptant des règles tirées du *due process of law* et du *fair trial*, et des règles tirées des notions d'«équité du procès» et de «droits fondamentaux de procédure». Une observatrice qualifiée, la Pr. Frédérique Ferrand, a écrit que ce «compromis» a été fait «moins de conciliation de solutions divergentes, que de partages de valeurs processuelles communes»²⁰. Les principes en sont l'indépendance et l'impartialité du juge, la compétence professionnelle du juge, la publicité de la procédure, sa célérité, la combinaison d'oralité et d'écriture ...

Il faut relever que cet objectif évident d'harmonisation du droit, et parfois même d'unification du droit, n'empêche pas le développement d'une forme d'impérialisme juridique. Certains législateurs font cavalier seul et légifèrent en ces domaines, sans considérer ce qui se fait à l'étranger, même quand il y a une certaine majorité d'inspiration. Certains milieux juridiques nationaux se considèrent à l'avant-garde de la science universelle et de la pratique universelle du droit. Ils adoptent volontiers une conception universaliste, unilatérale, tout en se demandant avec angoisse: «Les étrangers vont-ils comprendre?» Il n'y a pas que les Anglo-saxons à avoir parfois une telle mentalité unilatéraliste. La «mission civilisatrice» de la France, très moquée par les Anglo-Saxons, n'est pas morte.

A l'amélioration et à l'harmonisation du droit, le droit comparé ajoute encore la fonction de construction du droit.

Paragraphe 3. Le droit comparé et la construction du droit

Le droit comparé joue un rôle encore plus important; il exerce une fonction encore plus radicale: une fonction créatrice, une fonction constructrice. La comparaison de plusieurs droits peut produire, par une forme de synthèse, un droit nouveau, original. Le processus est comparable à celui de la dialectique, en

20 «Les principes ALI / Unidroit de procédure civile transnationale, entre concurrence et compromis» dans *La concurrence des systèmes juridiques*, sous la direction de J du Bois de Gaudusson et F Ferrand (Marseille, 2008) p 72.

logique. La thèse, par sa confrontation avec l'antithèse, génère une troisième idée, la synthèse, idée nouvelle, différente des deux premières. La formation des droits nationaux (A), les efforts récents de construction du droit européen (B) et la formation d'un droit fédéral (C) fournissent des exemples saisissants de ce phénomène, de ce pouvoir constructeur du droit comparé.

(A) La formation des droits nationaux

La formation du droit français, au XVIème siècle, et celle du droit allemand, au XIXème, fournissent des exemples du pouvoir créateur du droit comparé.

Le droit français a constitué son noyau au XVIème siècle. Dans le courant de ce siècle, l'expression de *droit françois* apparaît pour la première fois. Le cœur du *droit françois* s'est formé par la synthèse des plus importantes coutumes, comme on le verra plus loin²¹.

Le droit privé allemand, le *Deutsches Privatrecht*, s'est unifié au XIXème siècle par la comparaison et la synthèse des droits des royaumes (Prusse et Bavière), des principautés (Saxe), des grands duchés (Bade) qui fusionnèrent, en 1870, dans le IIème *Reich*, qui réalisa «l'unification de l'Allemagne sous l'hégémonie de la Prusse». Cette synthèse a été recherchée pendant tout le XIXème siècle et elle a abouti dans la codification de la fin du siècle. Paul Gide a pu écrire, en 1878: «Les Allemands ont pu faire du droit comparé sans sortir de chez eux»²². Après la Deuxième guerre mondiale, pour enrayer le déclin de l'Europe, un mouvement, «la construction européenne», s'est traduit par la signature d'une série de traités, qui ont créé des institutions, mis en place des programmes économiques, suscité des projets d'unification du droit.

(B) La construction du droit européen

Les traités qui ont établi puis développé les institutions européennes ont donné à ces dernières un certain pouvoir normatif. Les Etats membres de l'Union européenne ont l'obligation d'intégrer dans leur ordre juridique les règles émanant de ces institutions. Ainsi est né un droit communautaire, droit de la communauté économique européenne, puis un droit de l'Union européenne, quand celle s'est formée, après la signature du traité de Maastricht, en 1992.

La volonté de plusieurs gouvernements de progresser dans l'intégration européenne s'est traduite par des efforts d'unification du droit public et, surtout, du droit privé. Divers projets de codes civils européens ont vu le jour, qui

21 Section II du chapitre II consacré à l'histoire du droit comparé.

22 *Nouvelle Revue d'Histoire du Droit Français et Etranger*, II, 1878, p 252.

empruntaient leur inspiration et leurs dispositions aux diverses législations nationales, en une sorte de synthèse constructive. A ce jour, une opposition, en Grande-Bretagne, et aussi en France, notamment, a empêché ces projets d'aboutir. Mais leur existence même montre les possibilités constructrices du droit comparé.

Il est de fait que la formation d'une fédération induit celle d'un droit fédéral. Et que les supporteurs des projets de code civil européen étaient des fédéralistes convaincus. La question reste posée de savoir si l'Europe suivra le chemin parcouru par des pays comme la Suisse ou les Etats-Unis, qui ont construit un droit fédéral, public et privé aussi, en même temps qu'ils établissaient des institutions publiques fédérales.

(C) La formation d'un droit fédéral

Après une courte guerre (1847), les cantons suisses remplacèrent leur pacte de 1815 par la constitution de 1848, qui transformait leur confédération en une fédération d'Etats. En 1874, une réforme constitutionnelle donna compétence à la nouvelle fédération, que les Suisses continuent d'appeler «Confédération», dans le domaine du droit privé. Quelques années plus tard, le ministre de la justice confia à un professeur de droit la rédaction d'un code civil et d'un code des obligations suisses. Ces deux codes fédéraux, promulgués simultanément, en 1912, sont une synthèse brillante de la doctrine allemande, en ce qu'elle a inspiré le code civil allemand de 1900, du code civil français, et des droits locaux des divers cantons helvétiques.

De même, les Etats-Unis d'Amérique ont construit un droit fédéral, public et privé, après avoir adopté la constitution fédérale de 1789. La tradition de la codification étant peu implantée, la cour suprême, par une interprétation large de la constitution, notamment des articles sur le commerce interétatique, a cherché à construire un droit économique commun. Dans un arrêt célèbre, *Swift v Tyson*, le juge Story²³ justifiait la formation d'un droit commercial commun aux Etats fédérés, dégagé par la cour suprême, par l'autorité de l'arrêt *Luke v Lyde*, jugé par lord Mansfield²⁴, qui s'appuyait sur Cicéron! Cicéron pensait qu'il existait un droit de la raison, droit naturel, commun à toutes les cités, universel et intemporel:²⁵

23 Joseph Story, juge à la cour suprême, de 1811 à 1845.

24 Lord Mansfield (1705-1793), *Chief Justice* du banc du roi, est considéré comme le fondateur du droit commercial anglais.

25 *Nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et apud omnes gentes, et omni tempore, una lex et sempiterna et immutabilis continebit* (*De re publica* 3, 33).

Il n'y a pas une loi à Rome et une loi à Athènes, une maintenant et une plus tard, mais une loi unique, éternelle et immuable, chez toutes les nations et dans tous les temps.

Au début du XIX^{ème} siècle, *Justice Story* représentait, au sein de la cour suprême, les intérêts des industriels de la Nouvelle-Angleterre, qui lançaient la Révolution industrielle en Amérique. Les Bostoniens, notamment, découvraient les avantages d'un marché unique et les inconvénients de la diversité des droits économiques (commerce, douanes ...) des Etats fédérés. Le commerce était l'*anima* du pays, son premier moteur. La construction du droit fédéral dut prendre une autre voie, car l'idée d'une *federal common law* générale se heurta aux objections des Etats. L'idée audacieuse d'un droit commun, rationnel et universel²⁶, du commerce, se réclamant d'un écrivain latin ayant vécu dix-huit siècles auparavant, permettait à Story de justifier toute règle moderne favorable aux intérêts des négociants et des industriels les plus actifs de l'Union. Les lettres latines et les législations étrangères mises au service du *business*, quelle belle illustration de l'intérêt pratique du droit comparé et de la culture classique conjugués!

Section II. L'intérêt Didactique Du Droit Compare

Pendant longtemps, jusqu'au XIX^{ème} siècle, le droit comparé a été considéré comme une matière réservée à quelques dilettantes, qui se délectaient, en amateurs, d'exotisme juridique. La mondialisation de l'économie, phénomène ancien remontant, si ce n'est à l'Antiquité, au Moyen âge (que l'on pense à Marco Polo), qui a connu une accélération spectaculaire aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, a fait du droit comparé une matière nécessaire à toute culture juridique, un élément indispensable à la formation de juristes professionnels.

Le droit comparé présente donc également un intérêt didactique, une utilité pédagogique. Ceci est vrai d'abord parce qu'il permet l'étude des droits étrangers (Paragraphe 1), mais aussi parce qu'il procure un approfondissement intéressant du droit français (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le droit comparé et l'initiation aux droits étrangers

Le droit comparé a donc deux objets: la comparaison des droits et l'étude des droits étrangers. Si l'on veut faire preuve de purisme, on pourrait soutenir que l'objet du droit comparé se limite à la comparaison, que l'étude des droits étrangers

26 Cicéron écrivait, dans le même passage: «Il existe certes une vraie loi, c'est la droite raison; elle est conforme à la nature, répandue chez tous les hommes; elle est immuable et éternelle»: *Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna.*

est étrangère à la comparaison. En tous cas, elle n'en serait que la condition préalable, pas un élément constitutif²⁷.

Dans des systèmes éducatifs, les universités qui abritent des facultés de droit, dominés par la préoccupation de délivrer des diplômes donnant accès à des professions juridiques et judiciaires majoritairement nationales, l'étude des droits étrangers occupe une place secondaire, si ce n'est marginale. Elle s'intègre au droit comparé (A). L'étude des droits étrangers joue un rôle important dans l'amélioration de la compréhension internationale, dans l'amitié entre les peuples (B). Cette étude nous montre également des phénomènes de concurrence parfois très vive entre les droits (C).

(A) La connaissance des droits étrangers

La connaissance des droits étrangers est fort utile, et même nécessaire, à diverses catégories de publics. L'homme d'affaires et son juriste, le *business man* et son *lawyer*, doivent connaître les grandes caractéristiques du droit du pays étranger dans lequel ils nouent des relations d'affaires. Ils doivent être conscients de leurs limites pour éviter de courir bien des risques, savoir quand et sur quoi consulter un juriconsulte spécialiste du droit local. L'avocat est parfois amené à demander au juge ou à l'arbitre l'application d'un droit étranger, quand un litige ou un différend comporte un élément d'extranéité, un élément international.

Selon le principe *iura novit curia*, «la cour connaît le droit», les magistrats sont censés maîtriser la connaissance des droits étrangers ... Souvent, les juges et les arbitres se font éclairer par des juriconsultes experts, avec les risques que cela comporte ... L'homme politique, le diplomate, le haut fonctionnaire, l'expert, qui participent à des conférences internationales consacrées à la coopération internationale en matière civile, commerciale, industrielle, culturelle, sont amenés à prendre position sur des questions juridiques qui ont des implications dans plusieurs droits, national et étrangers. Sans connaissance de ces droits, et de la mentalité juridique de leurs interlocuteurs, leurs propositions risquent d'être ignorées ou incomprises.

La connaissance de ces droits étrangers s'acquière dans des cursus de droit comparé. Le droit comparé a longtemps été, et il reste largement, le cadre de référence de l'étude des droits étrangers. Certes, le phénomène de la mondialisation a accru l'intérêt pour les droits étrangers. Aussi des programmes d'étude de certains droits étrangers, parmi les grands systèmes de droit surtout, sont offerts aux étudiants. Ainsi, on trouve, dans les universités françaises, des programmes de

27 C'était l'opinion d'Edouard Lambert. Voir infra, p 74.

droit étranger destinés aux étudiants français principalement. Ces programmes s'adressent souvent aux étudiants de troisième cycle. Les droits anglo-saxons et les droits continentaux, en particulier le droit allemand et le droit italien, attirent nombre d'étudiants de troisième cycle. On trouve même des mastères de droit étrangers spécialisés: par exemple de droit anglo-saxon des contrats. Mais il se crée aussi, chaque année, des bi-licences de droit français-anglais, français-italien, français-allemand, français-espagnol ... Certains parcours de droit européen, qui commencent en licence 1, illustrent bien cette tendance.

On trouve également des programmes de droit français destinés à des étudiants étrangers. Depuis longtemps, les étudiants et les étudiantes anglo-saxons, américains en particulier, viennent étudier le droit comparé et les droits européens, l'été, en France. *Paris is so romantic!* Depuis quelques années, on voit aussi des mastères destinés aux étudiants d'autres continents ou pays: asiatiques, chinois notamment, en droit français, en droit européen.

Néanmoins, le droit comparé reste un élément fédérateur de ces études de droits parfois très divers. Le cours de droit comparé reste l'enseignement introductif général à l'étude d'autres droits que le droit national. Et ce sont les instituts de droit comparé (Paris, Lyon ...) qui sont les plus actifs en matière d'enseignement des droits étrangers, de recherche, d'organisation de colloques et de congrès, sur les droits étrangers.

Les manuels de droit comparé sont, pour la majorité des étudiants, les premiers ouvrages où ils vont chercher, non seulement une initiation aux divers droits, mais aussi la connaissance de leurs grands caractères, de leurs sources privilégiées, de leurs méthodes de raisonnement et de formulation. Et les juristes qui se spécialisent dans l'étude d'un droit étranger, en plus du droit qu'ils ont étudié en premier dans leur pays d'origine, gardent le plus souvent une approche comparatiste.

Si les diplômes binationaux se développent, c'est le plus souvent à l'intérieur d'ensembles tels que l'Union européenne, qui est justement en voie d'unification économique, politique, culturelle, et aussi juridique.

(B) La compréhension internationale

Le droit comparé peut aussi jouer un rôle positif dans la réduction des tensions internationales. L'idée que le droit comparé est un facteur de paix a été particulièrement en vogue après la fin de la Deuxième guerre mondiale.

Le président des Etats-Unis, Franklin Roosevelt, élu dans le contexte de la grande crise économique qui a commencé en 1929, avait mené une politique

originale d'intervention économique inspirée de Keynes (le *New Deal*), qui éloignait les Etats-Unis du libéralisme économique pur. Roosevelt reconnut le gouvernement soviétique: les Etats-Unis et l'Union soviétique eurent des relations diplomatiques. Pendant la Deuxième guerre mondiale, il avait soutenu les Britanniques et les Soviétiques, puis entraîné les Etats-Unis dans la guerre et accéléré le programme nucléaire américain. Il était conscient des risques mortels de plus en plus grands qui pesaient sur le Monde, si les Etats continuaient à se faire la guerre. Il chercha à convaincre l'opinion publique américaine et les grands Etats (Union Soviétique, Grande-Bretagne, notamment) de la nécessité de créer une société internationale, organisée par des institutions véritablement universelles. Il s'agissait de reprendre l'idée de la société des Nations et de l'organisation internationale du travail. La formule de Wendell Willkie inspira Franklin Roosevelt: «S'il n'y a pas un monde uni, il n'y aura plus de monde!»: *One world or no world!* Roosevelt prépara la charte des Nations unies, signée à San Francisco, le 26 juin 1945, quelques semaines après son décès, par les représentants de cinquante et une nations.

La charte prévoyait la création d'une organisation des Nations unies ayant pour rôle d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationale. La charte prévoyait que la coopération internationale s'étendrait aux domaines autres que la diplomatie: l'économie, la santé, l'éducation, la science, la culture ... Ainsi furent créées l'ONUDI, la FAO, l'OMS, l'UNESCO, l'UNICEF ... L'UNESCO, l'organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture, fut fondée par un acte constitutif du 4 novembre 1946. L'article 31 de l'acte constitutif préconise la connaissance et la compréhension mutuelle des Nations par le développement, à l'échelle universelle, de l'étude des droits étrangers, et par l'utilisation de la méthode comparative. Le droit comparé est donc choisi comme moyen de compréhension entre les peuples.

Le développement de la guerre froide entre l'Ouest et l'Est, à partir de 1946, a vidé d'une bonne partie de ses fonctions la charte de San Francisco. Mais l'équilibre de la terreur (la détention de l'arme atomique) a retenu les deux Super grands (Etats-Unis et Union soviétique) de s'affronter directement. L'effondrement de l'Union soviétique, sous Gorbatchev (1991), a fait disparaître le principal adversaire, diplomatique et militaire, des Etats-Unis. La solidarité qui existait entre les pays occidentaux est devenue moins importante. Des phénomènes nouveaux de concurrence entre les deux familles des droits occidentaux, droits de *common law* et droit romanistes, ont réapparu.

(C) La concurrence entre les droits

La concurrence des systèmes juridiques, la confrontation des droits, est un phénomène ancien, qui connaît un renouveau récent. L'idée de complémentarité des droits et la réception de droits étrangers coexiste avec des phénomènes de concurrence, de compétition, parfois violents, entre les droits.

Il y a quelques années, la banque mondiale, une institution internationale créée après la Deuxième guerre mondiale pour financer la reconstruction de l'Europe, qui s'est tournée ensuite vers le financement des investissements dans la pays dits d'abord sous-développés, puis pays en voie de développement, maintenant pays du Sud, a déclenché une polémique qui n'est pas éteinte. Dans un rapport intitulé *Doing Business*, elle affirmait que les pays du Sud devraient adopter le système juridique de *common law* de préférence aux systèmes romanistes, notamment le droit français, avec l'argument simple, pour ne pas dire simpliste, que le code civil de 1804 avait empêché la France de faire jeu économique égal avec l'Angleterre. La concurrence entre les deux grandes traditions juridiques occidentales (1) se double d'une concurrence à l'intérieur de chacune de ces traditions (2) et se conjugue avec une concurrence générale (3).

(1) La concurrence entre droits romanistes et droits de *common law*

La tradition de la *common law* et celle des droits civils s'opposent sur la conception du droit et sur les méthodes de raisonnement en droit. La *common law* fait au juge une place prépondérante dans la formation et la formulation du droit. Les règles de procédure priment les règles de fond; les voies de droits précèdent les droits: *remedies precede rights*. C'est surtout dans les prétoires que s'élabore le droit. La tradition civiliste entretient une dilection pour la codification, née avec la loi des XII Tables, qui se mêle à un amour de la loi, à une nomophilie. La loi est la source d'un droit général et impersonnel, garantie de la justice. La loi est l'œuvre du *souverain*, qui est souvent une assemblée de représentants, en beaucoup de pays, mais parfois le peuple des citoyens, en Suisse²⁸.

Ces deux traditions s'opposent aussi sur les méthodes de raisonnement en droit. Pierre Legrand parle de «l'irréductible rupture épistémologique entre *common law* et *civil law*»²⁹. Les juristes anglais, en *common law* et en *equity*, raisonnent de

28 Dans le vocabulaire politique helvétique, l'expression "le Souverain" désigne le peuple qui, dans cette démocratie semi-directe, est parfois consulté directement pour approuver une décision, une politique, une loi, en dehors des élections des représentants.

29 "European Legal Systems are not converging" dans (1996) *International Comparative Law Quarterly*, p 79.

manière pragmatique, empirique et inductive; ils donnent une grande importance aux faits et se moquent des pures hypothèses. Les civilistes raisonnent de façon déductive, systématique, par catégories abstraites. Mais il faudrait peut-être nuancer des deux côtés. Les civilistes historiens du droit, sensibles aux faits, sont perméables à la méthode inductive³⁰. Les juristes d'*equity* étaient peut-être réceptifs à la méthode déductive, et même parfois les juristes de *common law*, tel lord Mansfield, qui écrivit: «La *common law* ne consiste pas en des espèces particulières, mais en des principes généraux illustrés et appliqués par ces espèces»³¹.

L'opposition entre ces deux grandes traditions s'est avivée avec la chute du mur de Berlin, puis l'effondrement du droit socialiste. Le droit soviétique a été abrogé. Et les pays qui se disent encore socialistes, comme la Chine, le Vietnam, réforment leur droit dans un sens qui privilégie l'initiative individuelle et l'entreprise privée. La philosophie de leurs droits respectifs perd de ses caractères collectiviste, interventionniste et communautaire. La disparition annoncée de la famille des droits socialistes a fait s'éteindre un courant de la philosophie du droit, qui s'inspirait de principes nettement opposés à ceux des droits occidentaux. Naturellement, la disparition de la famille de droit qui était en rivalité la plus forte avec les droits occidentaux a laissé le champ libre à d'autres lignes de fracture. La rivalité s'est reportée à l'intérieur de la famille des droits occidentaux, entre droits de *common law* et droit romanistes. Les polémiques traditionnelles ont repris.

Une première polémique traditionnelle oppose, en matière de procédure pénale, les tenants continentaux de la tradition de la procédure inquisitoire, écrite et secrète, issue du droit romain tardif et du droit canonique médiéval, aux tenants anglais de la procédure accusatoire, basée sur la présentation des témoins au jury, et sur l'échange oral d'arguments entre les parties. Cette polémique est aujourd'hui apaisée par la convergence des deux traditions, comme on l'a vu³².

Une deuxième polémique traditionnelle porte sur l'indépendance de la justice à l'égard du pouvoir exécutif. Vue de Grande-Bretagne, par exemple, la justice française semble, à plus d'un, trop politisée ou soumise à des réseaux d'influence. En Grande-Bretagne, disent les Britanniques, l'*Attorney general* prend ses décisions, en matière de poursuites publiques, en toute indépendance, dans l'intérêt

30 C'est la méthode inductive que pratiquaient les fondateurs de la société de législation comparée: Laboulaye, Dareste ..., qui étaient à la fois historiens du droit et comparatistes.

31 *Bambridge case* de 1783. Il est vrai que Lord Mansfield était écossais et romaniste.

32 Voir supra p 16.

public, et en dehors de toute considération partisane ou autre. Est-il excessif de dire que certains, en Angleterre, n'ont qu'une faible confiance dans l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif, dans les fors civilistes? La coopération judiciaire entre la Grande-Bretagne et les pays du Continent est-elle un exercice facile ou difficile? Pour les Britanniques en tous cas, les traditions des deux pays sont opposées.

Une troisième polémique traditionnelle, liée à la précédente, oppose, en matière de libertés fondamentales, les tenants anglo-saxons du *due process of law* à ceux des défenseurs continentaux des libertés publiques. Les libertés publiques sont-elles nées en Angleterre, avec l'article 39 de la *Magna carta* de 1215, et ont-elles été affermiées et définitivement assurées par la *Petition of Rights* de 1628 et le *Bill of Rights* de 1689? Certes, l'*Habeas corpus* est une garantie judiciaire ancienne en Angleterre, plus ancienne même que la *Magna carta*, semble-t-il³³. La Déclaration d'indépendance américaine de 1776, la constitution américaine de 1787-1789, la Déclaration (française) des droits de l'homme et du citoyen, du 24 août 1789, sont aussi des textes fondateurs des libertés publiques. La création du conseil constitutionnel, en 1958, en France, a donné un défenseur supplémentaire aux libertés fondamentales.

Certes les institutions politiques libérales se sont enracinées d'abord en Angleterre, mais aussi en Hollande, au XVII^{ème} siècle, aux Etats-Unis et en Suisse, au XVIII^{ème} siècle, puis en France, au XIX^{ème}, en Italie, en Allemagne et en Espagne, au XX^{ème}. Le libéralisme a trouvé depuis longtemps des théoriciens sur le Continent: la France est la patrie de Montesquieu et de Tocqueville, la Suisse et la France sont les patries de Benjamin Constant. On y chérit aussi les libertés publiques. Les critiques qui ont accueilli le récent projet de code pénal cambodgien, qui ne respecterait pas suffisamment les libertés publiques, notamment la liberté d'expression, s'inscrivent dans cette polémique traditionnelle, dans ce lieu commun, ce *topos*, des débats entre juristes de *common law* et de droit civil.

33 La *Magna carta* a été arrachée par les barons anglais à leur roi, Jean sans Terre, affaibli par les défaites qu'avait infligées le roi de France, Philippe Auguste, à la coalition anglo-germanique qu'avait réunie Jean, et qui comptait, outre le roi d'Angleterre et l'empereur germanique, le roi du Portugal et le comte de Flandre. L'*Habeas corpus*, confirmé par la *Magna Carta*, n'est-il pas, indirectement et involontairement, un cadeau d'un roi de France aux barons anglais? Quant au *Bill of Rights*, n'était-il pas bienvenu après la dictature de Cromwell?

(2) La concurrence entre droits romanistes

A l'intérieur de l'Europe continentale, dont les pays sont tous de la famille romaniste, le phénomène de la concurrence entre les droits nationaux est également observable, en droit des obligations, par exemple. Des deux côtés du Rhin, droit français et droit allemand des obligations, tous deux issus du droit romain, connaissent à la fois la concurrence et la complémentarité. Le code civil de 1804 a connu un destin exceptionnel: il s'est exporté, en tout ou en parties, dans de nombreux pays. Le code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch*, en abrégé BGB) de 1900 a exercé une influence très forte dans le monde germanique (Suisse et Autriche) et aussi en Grèce, en Italie, au Japon. Cette influence est liée au prestige de la doctrine pandectiste allemande du XIX^{ème} siècle, celle des *pandectistes* (romanistes du Digeste) *audacieux*. Les efforts récents de l'Union européenne pour unifier le droit privé ont suscité, en Allemagne³⁴ et en France³⁵, des initiatives pour améliorer le droit national, afin de le mettre en position d'exercer l'influence la plus forte possible³⁶. Ces initiatives ont surtout pour but d'effacer des archaïsmes et de corriger des défauts patents.

Robert Wintgen³⁷ identifie trois types de différences entre les deux droits des obligations: des différences de fond, tels le transfert de propriété *solo consensu*, la notion de cause, la révision pour imprévision, connus du droit français, inconnus du droit allemand; des différences d'art législatif, le droit allemand répugnant à la définition des notions fondamentales, qui stériliserait la doctrine; des différences d'attitude, par exemple à l'égard du droit de la consommation, intégré au BGB, écarté du code civil. Le BGB reste un «code chantier», ce qui est mieux que de devenir un «code musée»³⁸. R. Wintgen note que la coopération entre les deux droits, entre les jurisconsultes des deux pays, est constante.

La doctrine allemande, au XIX^{ème} siècle, s'est intéressée au code civil, qui était appliqué en Rhénanie et en Bade. Elle a utilisé le code civil pour l'élaboration du

34 Réforme législative du droit des obligations par la loi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

35 Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription élaboré sous la direction de Pierre Catala.

36 Des projets internationaux stimulent également les législateurs nationaux: principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, principes du droit européen du contrat de la commission Lando, notamment.

37 «La concurrence au sein du système juridique continental: l'exemple franco-allemand» dans *La concurrence des systèmes juridiques*, sous la direction de J du Bois de Gaudusson et F Ferrand (Marseille, 2008) pp 86 à 95.

38 Robert Wintgen, citant des expressions de Reinhard Zimmermann, op cit, p 91 n. 16.

BGB. Elle a aussi proposé des corrections utiles. Le traité de droit civil français de K.S. Zachariae von Lingenthal (*Handbuch des französischen Zivilrechts*), paru dès 1808, traduit en français par Aubry et Rau (professeurs à la faculté de droit de Strasbourg, devenus conseillers à la cour de cassation, après la guerre de 1870), est devenu l'une des références majeures de la doctrine civiliste française.

(3) Un exemple de concurrence générale: l'arbitrage international

En droit de l'arbitrage maintenant, on constate aussi des concurrences à l'intérieur comme à l'extérieur du continent européen. Depuis une trentaine d'années, quasiment tous les législateurs nationaux ont adopté des lois ou des règlements, qui tendent à favoriser ce mode de règlement des litiges³⁹. On sait que l'arbitrage est particulièrement apprécié des milieux d'affaires, pour diverses raisons: l'indépendance, et donc l'impartialité, qui serait mieux assurée que par des juges nationaux, mais aussi une philosophie juridique plus en phase avec les préoccupations des milieux d'affaires: partage des responsabilités, évaluation des dommages intérêts ou du *lucrum cessans* ... En France, en 1981, parmi les tout premiers textes adoptés par le gouvernement d'union de la gauche, dirigé par Pierre Mauroy, figurait un décret relatif à l'arbitrage international, qui le libérait de certaines restrictions⁴⁰.

Cette libéralisation restait modeste comparée à la loi de réforme de la justice de 1790. La loi des 16-24 août 1790, qui enterrait les parlements de l'ancien régime, établissait, à leur place, l'arbitrage comme «le moyen le plus raisonnable de terminer les différends entre citoyens» (article 1^{er}). Bien plus, la loi, prise alors que l'assemblée nationale débattait encore de la constitution à adopter (elle fut adoptée en septembre 1791), donnait à la préférence pour l'arbitrage un caractère constitutionnel. Il était interdit au législateur ultérieur de rien faire qui diminue la faveur envers l'arbitrage ou l'efficacité des compromis (même article).

Le décret Mauroy de 1981 restait modeste par rapport aux idéaux révolutionnaires d'une justice débarrassée de formes et de frais. Néanmoins, Paris fut vue par les autres places européennes où se déroulent des arbitrages comme un concurrent agressif. L'Angleterre avait un droit de l'arbitrage moins libéral. L'autonomie de l'arbitrage international par rapport aux juridictions publiques y était faible: il fallait expressément avoir renoncé à la faculté de saisir les tribunaux publics, dans la convention d'arbitrage, sans quoi on se réservait à tout moment la

39 Voir Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, 2002.

40 Décret du 12 mai 1981.

possibilité de recourir aux juridictions anglaises. Londres renonça à cette règle dite du *Special case*⁴¹. La Suisse réforma également sa législation, pour contrer ce qui était vu comme une concurrence faite à Genève et à Zürich⁴². La Belgique a adopté une loi particulièrement libérale: les voies de recours contre les sentences arbitrales y sont particulièrement étroites ...

Les législateurs nationaux se sont faits les protagonistes d'une concurrence entre les systèmes juridiques, à la demande des milieux professionnels (avocats et autres), d'une sorte de surenchère dans le libéralisme, que certains ont qualifié de «moins disant juridique» ou de *legis shopping*. La concurrence entre les droits nationaux se pare souvent de nobles idéaux. Il n'est pas exclu qu'en certaines circonstances, elle n'habille de petits intérêts.

Cette concurrence entre les systèmes juridiques est un phénomène irréductible et d'ailleurs souhaitable. Si des experts annoncent la fin d'espèces animales ou végétales, et la disparition de certaines langues, de la surface du Globe, on ne parle pas encore de l'extinction des droits comme d'un phénomène prochain. La jurisdiversité n'est pas encore en danger, semble-t-il. La diversité est féconde et la concurrence stimulante. Elle ouvre des choix. D'ailleurs, les Etats ne sont pas si nationalistes qu'ils empêchent leurs tribunaux d'appliquer un droit étranger, quand un élément d'extranéité marque le rapport de droit qui fait l'objet du litige. La question est réglée par le droit des conflits de lois, plus exactement désigné par les anglophones comme *choice of law*, car ce n'est pas un conflit, mais un choix dicté par des considérations objectives et rationnelles.

La concurrence entre les systèmes juridiques ne se traduit pas seulement par des plaidoyers pour des règles dont on propose l'extension à un autre ordre juridique, qui lui apporteraient un progrès, qui seraient adaptées aux besoins de sa société. Aujourd'hui, la concurrence entre les traditions nationales et continentales s'exerce aussi, de manière parfois vive et parfois bienveillante, au sein des commissions de juristes chargées d'établir un droit uniforme, sous les habits variés de lois modèles, de droit commun, de principes généraux. Ces règles uniformes n'empruntent pas à un seul droit. Elles puisent dans des droits divers. La concurrence débouche sur la complémentarité.

41 La procédure du *Special case* permettait au juge, saisi par une partie à une procédure d'arbitrage, à tout moment, de statuer sur une question de droit, et même de fait. Cette procédure avait été abolie en 1979, mais des interventions des juges publics restaient possibles. L'*Arbitration Act* du 17 juin 1996 a entièrement refondu le droit anglais de l'arbitrage international.

42 Loi fédérale sur le droit international public du 17 décembre 1987.

Si le droit comparé reste la matière la plus utile, la plus précieuses, pour accéder à la connaissance des droits étrangers, elle contribue également, de manière paradoxale, à l'approfondissement de la connaissance du droit français.

Paragraphe 2. Le droit comparé et l'approfondissement du droit français

Il peut sembler étonnant de prétendre que l'étude du droit comparé permette un approfondissement de la connaissance du droit français. Pourtant la chose est réelle. L'étude d'un ou de plusieurs droits étrangers permet une prise de distance critique à l'égard du droit dans lequel on a été formé en premier. On dit plaisamment que les voyages forment la jeunesse. Ils l'aident à voir, au-delà des apparences, sa société et son droit.

(A) Le fond

L'étude de plusieurs droits permet d'approfondir les concepts, les notions, les règles, les institutions de chacun d'eux. Elle permet d'abord d'identifier les valeurs profondes de chaque société, ses sentiments particuliers, son sens personnel de l'utilité. Les sources réelles du droit (les sentiments, les préjugés, les valeurs, le politiquement correct, et aussi les utilités, les intérêts des groupes de pression), par opposition aux sources formelles (la loi, la coutume, la jurisprudence, la doctrine), sont diverses de pays à pays.

Dans les *Lettres persanes*, Montesquieu joue à merveille de l'étonnement réciproque des Français et des Persans quant aux costumes, aux coutumes, aux comportements des uns et des autres.

Le contenu du droit et, pour chaque institution ou règle, sa raison d'être, sa *ratio legis*, sa justification, s'éclairent par la comparaison avec un droit étranger. La compréhension du droit français est améliorée, comme un cadeau en retour, par l'investissement qui est fait dans l'étude d'un droit étranger.

Le droit français, quand on le compare aux droits étrangers, apparaît ainsi comme doté de caractères originaux: unicité du système juridique, caractère complet, laïque et apolitique du droit.

L'unicité du système juridique est quasi complète. Elle vient d'un effort pluriséculaire d'unification culturelle, politique, économique, social, juridique. Tocqueville notait, dans *L'Ancien régime et la Révolution*, que la Révolution avait poursuivi la politique des rois d'unification administrative du pays. Les seules atteintes à cette diversité concernent l'Alsace-Lorraine, qui bénéficie d'un régime juridique particulier, hérité de la période d'annexion par l'Allemagne, de 1871 à 1918, l'Outre-mer français, où les lois de la République ne s'étendent que si les autorités locales donnent un avis favorable, et la Corse qui bénéficie d'un régime

fiscal privilégié. L'unité du système juridique français contraste avec la diversité des Etats fédéraux, tels les Etats-Unis, la Suisse ou l'Allemagne. Cette unité est source de nombreux avantages: la certitude du droit, l'absence de conflits de lois internes, l'obstacle posé à la fraude à la loi.

Le droit français présente également d'autres caractères originaux: un caractère complet, un caractère laïc et généralement apolitique.

Cet approfondissement de la connaissance du droit français touche également un autre aspect du droit que son contenu et la justification de celui-ci, sa forme.

(B) La forme

La connaissance d'un droit étranger permet également d'approfondir la connaissance des méthodes de formulation d'un droit. Ici, l'étude des sources formelles du droit (loi, coutume, jurisprudence, doctrine) joue le premier rôle.

Le goût des Français pour les idées abstraites se conjugue bien avec leur préférence pour la loi, générale et impersonnelle. Celui des Anglais pour le pragmatisme se défie des théories qui n'ont pas encore subi l'épreuve de l'application; le droit s'incarne plus, pour eux, dans la décision de justice que dans la loi. La domination de la loi, parmi les sources du droit, est donc un caractère du droit français, qui touche à la fois à la forme du droit et à son fond.

La codification est également une caractéristique du droit français. Les Français ont ressenti depuis longtemps, depuis le XVIème siècle, le besoin de codifier leur droit. La conception qu'ils se font de la codification est également un trait de caractère de leur esprit juridique. Les codes doivent être complets. Ils doivent former un ensemble logique, cohérent. Ils doivent exprimer, en une langue claire, un droit populaire. Ils se forment avec le temps, disait Portalis, et ils n'excluent pas le but de réformer, avec les aménagements et les étapes nécessaires, les mœurs.

La connaissance des méthodes de raisonnement du droit national est également améliorée par l'étude d'un droit étranger. La déduction, qui descend d'une règle générale, s'oppose à l'induction, qui remonte des faits au droit. Dans les méthodes d'enseignement, le cours magistral s'oppose à l'étude de cas, la casuistique, et dans les épreuves d'examen, la dissertation au cas pratique.

(C) La place et la fonction du droit

La place et le rôle du droit, parmi les mécanismes de régulation de la vie sociale, sont également éclairés par la connaissance d'un droit étranger. Avec leurs caractères propres, les divers droits jouent des rôles différents, parfois importants, parfois accessoires, de pays à pays.

Aux Etats-Unis, la place du droit est centrale. En Asie, par contre, notamment au Japon, le droit et les tribunaux sont vus avec une défiance certaine: saisir un tribunal suscite une certaine honte. Les différends se règlent par des médiateurs qui se réfèrent plus à leur appréciation de l'opportun et du statut des protagonistes, qu'au droit et à ses règles trop uniformes.

Outre ses intérêts pratiques et didactiques, le droit comparé présente une utilité dogmatique.

Section III. L'Interêt Dogmatique Du Droit Compare

Le droit comparé présente, enfin, un intérêt dogmatique, c'est-à-dire scientifique. En premier lieu, le droit comparé peut contribuer au progrès de la science du droit (Paragraphe 1). En second lieu, le droit comparé peut faire progresser le droit comme science (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le droit comparé et la science du droit

Le droit comparé entretient des relations particulièrement cordiales avec plusieurs autres sciences du droit (A). Par ailleurs, il s'est constitué en rameaux du droit correspondant aux branches du droit national (B).

(A) Les relations du droit comparé avec d'autres branches du droit

Le droit comparé entretient des relations amicales avec l'histoire du droit (1), avec la philosophie et la théorie générale du droit (2) et avec l'anthropologie du droit (3).

(1) Le droit comparé et l'histoire du droit⁴³

L'histoire du droit et le droit comparé sont liés par bien des affinités. Les deux disciplines ont un esprit commun de liberté: elles invitent à faire l'école buissonnière. Ces deux disciplines partagent également le fait d'avoir des domaines universels: le droit de tous les temps, pour l'histoire du droit; les droits de toute la planète, pour le droit comparé.

Ces deux disciplines recourent également à des méthodes qui sont, en partie, communes, notamment le relativisme et la contextualisation, pour éviter l'anachronisme qui guette l'historien du droit, et pour prévenir l'ethnocentrisme qui menace le comparatiste.

Enfin, l'histoire du droit et le droit comparé embrassent une même fonction didactique, par le détour de la culture juridique: elles permettent de mieux

43 Sur les rapports du droit comparé et de l'histoire du droit, voir également pp 106 et 107.

comprendre le droit et d'approfondir sa connaissance, comme nous l'avons vu à la section précédente. L'histoire du droit fournit un fond d'observations, de réflexions, d'opinions, plurimillénaires. Le doyen Carbonnier disait ainsi du *Corpus Iuris Civilis* de Justinien (Digeste, Code, Nouvelles, Institutes) qu'il était «un océan d'idées». Il ajoutait:

Les institutions du droit positif ont leur origine directe ou indirecte dans le passé. Le droit trouve dans l'Histoire son milieu propre, car il est durée, mémoire, enracinement de l'avenir dans le passé.

Un exemple frappant de l'intérêt de l'histoire du droit est fourni par la *common law* d'Angleterre. Les décisions de jurisprudence doivent respecter les décisions antérieures des plus hautes juridictions selon le principe du *stare decisis* («s'en tenir aux décisions rendues»). Il faut être en mesure de reconstituer la chaîne des précédents, et celle-ci n'est compréhensible que par l'histoire du droit.

Au XIX^{ème} siècle, la naissance du droit comparé moderne a été l'œuvre de juristes qui étaient en même temps des historiens du droit et des comparatistes. En France, Edouard de Laboulaye, Robert Dareste, Gustave Boissonade, les fondateurs de la société de législation comparée, en 1869, étaient autant historiens que comparatistes. En Angleterre, comme on le verra bientôt⁴⁴, Henry S. Maine (1822-1888), précurseur de l'anthropologie juridique, a brossé une vaste fresque de l'évolution du droit, de la Préhistoire à l'Époque contemporaine (*Ancient Law*), dans l'esprit de Darwin, avec les idées d'évolution et de progrès continu de l'humanité vers la civilisation.

Au XX^{ème} siècle, les deux disciplines du droit comparé et de l'histoire du droit se sont distinguées. Les deux guerres mondiales ont refroidi l'optimisme et la croyance du XIX^{ème} siècle dans le progrès de la civilisation. Le droit comparé s'est libéré de l'influence de l'histoire comparative du droit. Il a délimité son domaine d'étude propre. De son côté, l'histoire du droit, avec prudence, a adopté une attitude plus modeste: si elle continue à opérer des rapprochements, à pratiquer le comparatisme, c'est entre des périodes homogènes: la notion de droit, le formalisme ou la conception de la famille, dans l'Antiquité (droit romain et droit germanique); le féodalisme européen et japonais, au Moyen âge ...

(2) Le droit comparé, la philosophie et la théorie générale du droit

La philosophie du droit se libère également avec naturel de l'influence du droit national, pour tourner ses regards vers le droit étranger: elle pratique spontanément

44 Infra, p 39.

le comparatisme. La philosophie du droit constate la diversité des conceptions relatives à la nature du droit, à sa fonction, à ses caractères.

Parfois le droit est synonyme de liberté, parfois de contrainte. Parfois le droit évoque la justice, parfois l'injustice. Parfois le droit occupe une place centrale dans la vie sociale et joue un rôle important (Etats-Unis et Grande-Bretagne), parfois il est médiocrement valorisé (France), parfois il est considéré avec désintérêt, avec dédain, si ce n'est avec mépris (Japon). Parfois il joue une fonction autoritaire d'organisation de la vie sociale, parfois cette fonction est laissée aux mœurs: parfois une fonction régulatrice (France), parfois une fonction simplement pacificatrice et judiciaire (Grande-Bretagne). Parfois le droit est absorbé par la religion (droit romain archaïque, droit hébraïque, droit canonique, droit hindou, droit musulman), parfois il est influencé par la religion (ancien droit français, droit contemporain des pays musulmans), parfois il est laïque (droits occidentaux contemporains).

La théorie générale du droit se libère également avec naturel de l'influence du droit national, pour tourner ses regards vers le droit étranger: elle aussi pratique spontanément le comparatisme. La théorie générale du droit constate que le droit a un caractère relatif, et non un caractère nécessaire. Si elle observe l'universalisme du phénomène juridique, elle découvre, dans les innombrables droits, la diversité des classifications, des concepts, des sources, des institutions.

Les grandes classifications (*summa divisio* et autres distinctions) en droit public et droit privé, en droit civil et droit commercial, en droit impératif et droit supplétif, en droits réels et droits personnels, en droits mobiliers et droits immobiliers, sont propres aux droits romanistes. Les grands concepts (constitution, personnes, biens, obligations, actions ...), les sources du droit (loi, jurisprudence, coutume, doctrine), les grandes institutions du droit public (l'Etat, la Couronne) et du droit privé (la propriété, la famille) sont relatifs à chaque système. La conception des droits de l'homme n'est pas la même en Occident, en Chine, dans les pays musulmans ... Et elle évolue: certains auteurs parlent aujourd'hui des droits de l'homme et de l'animal! Ceci nous amène *naturellement* à envisager les relations cordiales que le droit comparé entretient avec l'anthropologie juridique.

(3) Le droit comparé et l'anthropologie juridique

L'anthropologie du droit, comme le droit comparé, a connu une renaissance à l'Epoque contemporaine, au XIX^{ème} siècle. Ce siècle a été marqué par le scientisme, la croyance dans la capacité de la science à résoudre les problèmes philosophiques, moraux, sociaux.

L'anthropologie du droit⁴⁵ peut se définir comme une science (*logos*) de l'homme (*anthropos*), considéré dans sa plus grande généralité (l'homme des sociétés traditionnelles comme celui des sociétés modernes), dans le champ du droit, lui-même conçu dans sa plus grande extension (les normes, mais aussi les pratiques et les représentations, c'est-à-dire les comportements et les idées organisées en systèmes des acteurs). Cette expansion aux sociétés modernes a détaché l'anthropologie juridique de l'ethnologie juridique, qui se limitait aux sociétés traditionnelles. L'anthropologie juridique se fixe pour objectif de découvrir les mécanismes généraux, les lois universelles, du fonctionnement des sociétés humaines, du jeu des systèmes juridiques.

L'anthropologie juridique moderne est née au milieu du XIX^{ème} siècle, comme le droit comparé moderne, des efforts de savants britanniques, tel Henry Maine, ou germaniques, tel Joseph Kohler.

- Henry Sumner Maine (1822-1888)

L'anglais Henry Sumner Maine a été le père de l'anthropologie juridique moderne. Il a été *Regius Professor of Civil Law* (professeur royal de droit civil, c'est-à-dire du droit romain) à l'université d'Oxford, puis attaché au cabinet du vice-roi des Indes et vice chancelier de l'université de Calcutta, et enfin professeur aux universités d'Oxford puis de Cambridge. Il a contribué à la codification du droit indien. Dans son œuvre la plus importante, *Ancient Law* (1861), il a cherché à «appliquer la méthode des recherches dites historiques aux lois et institutions privées de l'humanité»⁴⁶. Il y étudie plusieurs institutions (propriété, successions, régimes matrimoniaux) dans l'histoire des droits européens et dans l'histoire du droit indien. Il rapprochait les coutumes des «peuplades primitives», dites aujourd'hui «peuples premiers», appliquant le comparatisme à l'ethnologie juridique et à l'histoire du droit. Il a étudié en particulier les tribus d'Afrique et les clans scandinaves.

Maine en tire des conclusions générales sur l'évolution du droit. Cette vaste fresque de l'évolution du droit, de la Préhistoire à l'Époque contemporaine, est influencée par la doctrine de Darwin de l'évolution des sociétés, l'évolutionnisme: l'idée d'évolution et de progrès continu de l'humanité vers la civilisation. Maine pensait qu'il avait existé un peuple indo-européen originel, et que les diverses sociétés issues de ce peuple n'avaient pas toutes parcouru les diverses étapes de l'évolution. Certaines, comme l'Inde, étaient demeurées immobiles à un certain

45 Norbert Rouland *Anthropologie juridique* (Paris, 1988).

46 Préface aux *Essais sur le gouvernement populaire* (1885).

stade. D'autres, comme les sociétés européennes, avaient parcouru toutes les étapes et atteint le stade le plus avancé de la civilisation. Maine pensait avoir découvert une grande loi de l'évolution juridique: le passage du statut au contrat.

- Joseph Kohler (1849-1919)

L'Allemagne de la fin du XIX^{ème} siècle, sous l'influence du droit colonial (l'Allemagne se constituait alors rapidement un empire colonial), s'est intéressée à l'ethnologie juridique. Joseph Kohler et d'autres savants allemands ont poussé loin, dans un esprit systématique, l'évolutionnisme progressiste. Selon eux, toutes les sociétés seraient passées de la famille élargie à la famille nucléaire, de la propriété collective à la propriété individuelle, de la vengeance privée à la justice publique.

Cette dernière théorie, le passage de la vengeance privée à la justice publique a été illustrée notamment par le savant autrichien, Moriz Wlassak, qui voyait dans l'arbitrage le chaînon intermédiaire d'une évolution linéaire: justice privée et talion, arbitrage volontaire, arbitrage obligatoire, justice exclusive de l'Etat. Cette théorie, fruit du contractualisme social et du scientisme des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, a été critiquée au XX^{ème} siècle. Elle a toujours beaucoup plu aux juristes par sa simplicité progressiste. L'évolutionnisme progressiste est bien vivant, une manifestation nette d'ethnocentrisme européen.

Les Pays-Bas, qui disposaient également d'un important empire colonial (Indonésie et Caraïbes), se sont également intéressés à l'anthropologie juridique. Van Vollenhoven fut l'un des promoteurs de l'idée de pluralisme juridique.

L'anthropologie juridique, en associant à l'étude des sociétés traditionnelles du Sud celle des sociétés occidentales, avait pris une conscience aigüe de la diversité des droits. Elle rencontrait même nombre de sociétés, dans lesquelles le mot même de *droit* n'avait pas de traduction directe, de correspondant univoque. L'anthropologie juridique constatait la grande diversité, l'étonnante variabilité, des institutions: la filiation, matrilineaire pour certains peuples, patrilinéaire, pour d'autres; la propriété, collective pour certains, individuelle pour d'autres; le règlement des différends, par la conciliation pour certains, par un juge pourvu de l'*imperium* pour d'autres ...

La théorie du pluralisme juridique dénonce le monisme du droit, la vision unitaire du droit, la théorie que l'Etat jouirait d'un monopole sur le droit, qu'il serait la source unique du droit. Le pluralisme juridique affirme qu'il existe des sociétés sans Etat, qui ont un droit, et que le droit a une réalité sociale qui dépasse l'Etat.

En Occident, il n'est pas niable que, depuis le XVI^{ème} siècle, l'Etat a pris progressivement le contrôle des fonctions juridiques: législatives, administratives,

répressives. Toutefois, certains groupes (groupement économiques, institutions religieuses, minorités, territoires) produisent des règlements, un droit, des coutumes ... L'Etat en contrôle le contenu, la valeur, la sanction. Quand le tribunal arbitral de la FIA exclut à vie de la F 1, pour tricherie, Bernie Ecclestone, le tribunal de grande instance de Paris casse sa sentence. Mais en dehors de l'Occident, on peut dire que le «droit vivant» (Ehrlich) puise sa source dans la société elle-même, plus que dans la loi, la coutume, le jugement ou la doctrine.

Le droit comparé fait son miel de ces découvertes de l'anthropologie juridique. Il accepte facilement la thèse du pluralisme juridique. Le droit est divers, variable, dans son contenu, dans ses sources, dans ses caractères, dans ses fonctions mêmes: organisation, réciprocité d'obligations, contrainte, pacification. Le droit comparé se sert avec profit de la vision du droit qu'adopte l'anthropologie du droit: un système de normes, de pratiques et d'idées cohérentes, une conception culturelle du droit: le droit expression de la culture d'une société.

Le droit comparé entretient donc des relations fécondes avec d'autres sciences du droit, l'anthropologie juridique, la philosophie et la théorie générale du droit, l'histoire du droit. Son travail l'a amené à se constituer en rameaux du droit correspondant aux branches du droit national.

(B) Le droit comparé constitué en rameaux

On a vu que l'intérêt pratique du droit comparé se justifiait par les nombreux emprunts que se font les divers droits entre eux. L'observation systématique de ces emprunts a conduit à la formation de rameaux du droit comparé correspondant aux diverses branches du droit national. Ainsi, il existe des enseignements, des manuels, des traités, des programmes de recherche de droit comparé dans toutes les branches du droit public et du droit privé.

Le droit public comparé s'est lui-même subdivisé en droit pénal comparé, en droit constitutionnel comparé, en droit judiciaire comparé, en droit administratif comparé. Le droit privé comparé compte, parmi ses tiges, le droit civil comparé, le droit commercial comparé, le droit de l'arbitrage international comparé ...

Toutes les disciplines juridiques, en tous cas la plupart de ces disciplines, pour ne pas dire les *grandes* disciplines, sur le modèle des *grands* systèmes de droits, ont leur variante nationale et leur variante comparée. L'effort des comparatistes a également permis de faire progresser la reconnaissance du droit comme science.

Paragraphe 2. Le droit comparé et le droit comme science

Si l'on peut parler du droit comme d'une science, c'est comme une science humaine et sociale, non pas comme une science exacte, qui dégagerait des lois universelles, comme les mathématiques, la physique ou la chimie.

En effet, le droit produit très difficilement des lois d'évolution des institutions juridiques. En droit public, on connaît l'idée de cycle des régimes politiques (monarchie, oligarchie, démocratie) qui se corrompraient et se remplaceraient successivement. En droit judiciaire, celle du passage de la vengeance à l'arbitrage volontaire (puis obligatoire), puis de l'arbitrage à la justice publique. En droit privé, celle d'une évolution ininterrompue vers le consensualisme, en droit des obligations et des contrats. Ces théories ne constituent pas des lois universelles de l'évolution juridique; elles sont contredites par de trop nombreuses exceptions. Le destin du droit est plus modeste et plus aléatoire. Le droit n'est une science que si l'on définit la science comme un ensemble de connaissances cohérentes organisées en système. Avec cette réserve de modestie, le droit comparé présente un intérêt scientifique. Il est considéré par certains comme le prototype, le modèle du droit comme science, par plusieurs de ses caractères, notamment son caractère englobant et universel, et son caractère critique.

Le premier titulaire d'une chaire de droit comparé à l'université, en France, fut Elzéar Ortolan. Il fut nommé, en 1846, par le gouvernement du roi Louis-Philippe, au grand scandale des professeurs de la faculté de droit de Paris. Les professeurs de droit dénonçaient la création de chaires, qui réduisait leurs émoluments, et la désignation de professeurs par le gouvernement, qui violait le principe du recrutement par le concours. Ils s'opposaient, dans le cas, à ce que la matière de Procédure civile et criminelle et législation criminelle, qui mêlait pourtant la procédure civile, la procédure pénale et le droit pénal soit divisée. Malgré ces protestations, Ortolan enseigna la Législation pénale comparée. Dans l'introduction aux notes de son cours, qu'il publia l'année suivante, il écrivait:

La science du droit est cosmopolite, comme toutes les sciences ... elle n'est pas isolée des autres connaissances humaines; assise sur cette base, l'étude de l'homme dans la société, il faut la voir environnée du cortège systématique des sciences qui lui sont auxiliaires.

Ortolan se distinguait nettement de ses collègues, qui enseignaient le droit civil en se bornant à faire l'exégèse du code Napoléon.

Konrad Zweigert et Hein Kötz écrivent, dans leur *Introduction to Comparative Law*⁴⁷, l'ouvrage classique, le manuel de référence, du droit comparé, qu'il n'y a pas une science chimique belge, ni une science physique allemande. Il n'y a de science qu'universelle. Il n'y a pas de science juridique nationale. La science est, par nature, internationale, transnationale, universelle. Il en est de même du droit.

Le droit comparé englobe l'étude des droits étrangers, des droits de l'ensemble de l'univers. Par son domaine d'étude, il est le plus proche d'une science du droit universelle. Il est aussi le modèle du droit comme science par ses objectifs immédiats (le progrès, le perfectionnement, législatif) et lointains (l'harmonisation du droit, l'unification du droit, la compréhension entre les peuples, la paix universelle).

Le droit comparé présente un caractère englobant et universel à plusieurs titres: son domaine d'études englobe le droit entendu de la manière la plus large, les droits de tous les pays, dans toutes leurs branches.

Le droit comparé présente un caractère critique. Il exerce une fonction critique, car il remet en cause la pertinence de tous les droits, en constatant leur diversité de fonctions, de contenus, de méthodes. C'est un vecteur de scepticisme critique. On a même écrit que c'était une discipline subversive.

47 L'original a été publié en langue allemande sous le titre d'*Einführung in der Rechtsvergleichung*. La traduction en langue anglaise, réalisée par le regretté Tony Weir, un romaniste écossais, spécialiste du droit anglais de la responsabilité civile, sous le titre d'*An Introduction to Comparative Law*, a acquis une notoriété supérieure à la version originale en allemand. Ce succès est un phénomène à méditer pour les comparatistes.

CHAPITRE II: L'HISTOIRE DU DROIT COMPARE

A vrai dire, les origines du droit comparé sont fort lointaines et se perdent dans la nuit des temps: on en trouve déjà des exemples dès l'Antiquité (Section I). A chaque grande période de l'histoire, on constate des pratiques non seulement spontanées, mais aussi conscientes et méthodiques, de comparaison de droits. Cela est vrai pendant le Moyen âge et la Renaissance (Section II), puis aux Temps modernes (Section III) et, enfin, à l'Epoque contemporaine (Section IV).

Section I. Les Origines Antiques Du Droit Compare

On trouverait certainement des exemples de phénomènes de comparaison et d'influence entre des droits dans la Mésopotamie antique. On se limitera ici à la Grèce (Paragraphe 1) et à Rome (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La Grèce

Les Grecs ont inventé, on le sait, la philosophie, la science politique, l'histoire, la médecine⁴⁸, l'urbanisme ... En droit politique, leurs législateurs (A) et leurs philosophes (B) ont appliqué la comparaison à des fins de construction du droit.

(A) Les législateurs

Les Grecs ont placé sous les auspices de grands et sages législateurs (les Sept sages) les créations et les réformes institutionnelles les plus importantes de leur histoire juridique. Lycurgue, Dracon, Solon. Pisistrate et les autres sages de la Grèce antique, sont présentés par les auteurs grecs comme de grands voyageurs, à une époque où les voyages étaient des choses extraordinaires, pleines de périls et de découvertes. Ils auraient visité des pays étrangers (Crète, Egypte, Phénicie, Asie Mineure, Perse), et étudié leurs mœurs et coutumes, leurs institutions et leurs droits. Physiquement, psychologiquement et idéologiquement, ces sages auraient pris leurs distances avec leur cité et leur milieu d'origine. A leur retour, cet état d'esprit et ces connaissances leur auraient permis de réformer de manière progressiste les institutions et le droit de leur cité.

Les Grecs donnaient le nom de *politeia* à leur constitution. Ce mot, employé constamment par les auteurs (Platon et Aristote notamment), a été traduit en français, pendant des siècles (du XIVème au XVIIIème, de Nicolas Oresme à Jean-Jacques Rousseau) par le mot de *politie*. La *politie* se définit comme la constitution

48 La médecine scientifique ou médecine *clinique*, est pratiquée, au bord du lit (*kleinos*) du malade, par l'observation directe des symptômes, ou signes, qui permet le diagnostic, le pronostic et le choix de la thérapeutique. Les causes des affections intéressaient également Hippocrate, Celse et Gallien.

matérielle d'une cité, son organisation, l'agencement des pouvoirs (recrutement, compétences, rapports) de réflexion, délibération, décision, exécution, confiés aux diverses institutions de la cité: l'assemblée des citoyens, le conseil, les magistrats. Les grandes règles de l'organisation et de la vie sociale font également partie de la polittie. Le mot a été remplacé, à la fin du XVIIIème siècle, par celui de constitution, sous l'influence de Montesquieu. La constitution se définit comme la charte, généralement écrite, la loi fondamentale qui détermine la forme du gouvernement d'un pays, son régime politique. La polittie se différencie de la constitution moderne par le fait qu'elle dépasse les institutions publiques et englobe les autres grands principes de la vie sociale: c'est la traduction du droit politique plus que du droit constitutionnel.

Deux sages législateurs ayant étudié les institutions étrangères avant de réformer la *politeia* de leur cité sont particulièrement célèbres: Lycurgue et Solon. Lycurgue, législateur peut-être mythique, aurait voyagé et consulté, notamment la Pythie de Delphes, avant d'établir la constitution de Sparte, la première constitution connue de toute l'histoire constitutionnelle. Cette constitution, qui portait le nom de «grande Rhétra», ou «grande Loi», daterait du IXème ou du VIIIème siècle av. J-C. Son originalité lui vient en partie de son caractère composite: c'est la constitution d'un régime mixte à la fois monarchique, oligarchique et démocratique. Les Anciens, notamment Aristote, voyaient dans ce caractère mixte le secret de sa stabilité. Les régimes politiques, observaient-ils, comme les corps, sont soumis à la corruption, à l'altération, à la dégradation, à la disparition. La pierre de touche d'une bonne constitution, écrit Aristote, est sa stabilité. La stabilité de celle de Sparte interrogeait les Anciens.

Solon (640-558), autre sage, grand législateur athénien, aurait également voyagé et étudié les institutions d'autres pays, avant d'entamer une carrière politique en une époque troublée de séditions. Il fut un arbitre entre les factions politiques. Il ramena la paix à Athènes, déchirée par une guerre sociale entre grands propriétaires fonciers et petits paysans, par des réformes juridiques, politiques et sociales. Solon a aussi préparé le passage du régime oligarchique à la démocratie, par la promotion de l'individualisme au détriment du clan; il a également facilité la transition d'une économie agricole à une économie artisanale et commerçante. Il a effectué les réformes qui permirent à Athènes de se hisser au premier rang des cités grecques, devant Sparte.

(B) Les philosophes

Les philosophes et les politistes ont également pratiqué la comparaison entre les divers régimes, les diverses constitutions, des innombrables cités et royaumes de leur temps.

Hérodote (484-425), l'inventeur de l'Histoire, qui a vécu au temps de Périclès, au milieu du Vème siècle av. J-C, expose une typologie des régimes politiques qui s'appuie sur des modèles puisés dans la comparaison des constitutions de diverses cités grecques et royaumes barbares. Il relate un débat, qui aurait eu lieu à la cour du Grand roi achéménide, l'empereur des Mèdes et des Perses, à Persépolis ou à Suse. Trois interlocuteurs débattent des mérites, des avantages comparés, de la monarchie (perse), de la démocratie (athénienne), de l'oligarchie (spartiate).

Aristote (384-322), un philosophe grec du temps de la crise de la démocratie et du règne d'Alexandre le Grand, réunit une équipe de chercheurs et rassembla de la documentation sur 153 constitutions⁴⁹ de cités du monde méditerranéen, grecques, puniques et autres. Son objectif est clairement, une deuxième fois, l'un de ceux que se fixe le droit comparé d'aujourd'hui: améliorer le droit positif. Aristote est à la recherche de la meilleure constitution politique, la constitution la plus stable, la plus durable. Aristote dit que la constitution idéale doit être la plus juste, la plus équilibrée entre les divers acteurs. Elle doit avoir un caractère mixte, être à la fois monarchique, oligarchique et démocratique. La documentation qu'il réunit lui permet d'élaborer une typologie des régimes politiques. R. Prélot en compte au moins dix-huit types différents⁵⁰. Elle lui permet également de dégager un certain nombre de principes, et de les proposer aux autorités des royaumes et empires (Alexandre le Grand notamment) et aux citoyens des cités, toujours dans le but de faire adopter les règles de droit politique les meilleures, les plus justes, les plus durables. Et la fin qu'Aristote fixe à la cité est extrêmement ambitieuse: elle a pour but l'excellence et le bonheur des hommes⁵¹.

Zénon de Citium (335-264) et Chrysippe (281-204), philosophes nés à Chypre, sont les grandes figures du stoïcisme le plus ancien. Ils contemplaient le spectacle du déclin de la cité et de l'émergence des royaumes hellénistiques, monarchies de

49 La notion de constitution remonte à Montesquieu. Aristote utilisait le mot *politeia*, que ses commentateurs, de Nicolas Oresme à Jean-Jacques Rousseau, traduisaient par «politie», un mot tombé en désuétude, ou par «police». La *politeia*, chez Aristote, a plusieurs sens. Le mot est dérivé de *polis*, la cité, qu'Aristote définit comme la communauté parfaite, la plus englobante, recherchant le bonheur de ses membres: une communauté d'hommes (et de classes censitaires) qui ont en commun certains biens: le langage et les vertus de bonté et de justice. Le sens le plus général de *politeia* est celui de manière de vivre en cité, de comportements caractéristiques des citoyens, qui donnent ses traits à la cité. En un sens plus limité, la *politeia* est l'organisation de la cité, son régime politique et social. En un sens encore plus étroit, la *politeia* est le régime mixte, fait de monarchie, d'oligarchie et de démocratie, juste et stable, idéal, parmi tous les régimes, mixtes ou purs, droits ou déviés, qu'Aristote identifie, décrit et analyse, dans sa *Politeia*, improprement traduite *La Politique*.

50 Voir R Prélot, la *Politique d'Aristote* (Paris, 1950) p 157.

51 Voir l'*Introduction* à la traduction de *La Politique* d'Aristote de Jean Aubonnet, Paris, 2008.

souverains grecs régnant sur des sujets orientaux. Zénon, le fondateur du stoïcisme, pensait que l'homme n'est pas seulement citoyen d'une cité: il est aussi membre d'une communauté plus large, la *cosmopolis*, qui est, étymologiquement, la cité de l'univers. Plutarque écrit:

Zénon a écrit une *Politeia*, très admirée, dont le principe est que tous les hommes ne doivent pas se séparer en cités et en peuples ayant chacun leurs lois particulières. Car tous les hommes sont des concitoyens, puisqu'il y a pour eux une seule vie et un seul ordre de choses, comme pour un troupeau (*nômos*) uni sous la règle d'une commune loi (*nomôs*). Ce que Zénon a écrit comme en un rêve, Alexandre l'a réalisé ... Il a réuni, comme en un cratère, tous les peuples du monde entier⁵².

Chrysippe, chef de l'école stoïcienne, continuateur de Zénon, écrivait que «La cité du Sage, c'est le monde». Zénon mentionnait l'opposition entre «lois particulières» des cités et «commune loi» de tous les peuples. Chrysippe précisa les notions de droit naturel et de droit civil. La *cosmopolis* est gouvernée par la loi naturelle. La nature humaine (spécifique et faite pour être civilisée) étant la même, pour tous et partout, la loi naturelle est universelle, et elle exerce son attraction sur les diverses lois civiles, les lois positives des diverses cités. L'hellénisme, la culture grecque, ayant pénétré à Rome, les notions de droit naturel et de droit civil, et celles de droit commun et de droits particuliers, furent reprises par les jurisconsultes romains.

Paragraphe 2. Rome

Deux monuments du droit romain nous montrent une pratique constructrice de la comparaison des droits: la loi des XII Tables (A) et le corps du *ius gentium* (B).

(A) La loi des XII Tables de 451 av. J-C

Les historiens latins disent que Rome connut, en 450 avant notre ère, dans les premiers temps de la *Res publica*, une très violente crise interne. La plèbe (les pauvres et autres exclus du pouvoir) décida de faire sécession, de fonder une autre cité, voisine et concurrente, peut-être ennemie, en tous cas de mener une grève générale et de refuser de s'enrôler pour défendre la cité en cas d'attaque. Devant ce début de guerre civile et cette menace, il fut décidé, par l'autorité du peuple, de désigner dix magistrats extraordinaires, qui établiraient un code de lois justes. Ces dix magistrats extraordinaires, chargés de préparer ce code de lois, reçurent le titre

52 *De la fortune d'Alexandre*, VI.

de *décemvirs*⁵³. Certains d'entre eux seraient partis en mission en Grèce, pour y étudier les lois de Solon. Tite Live écrit:

On envoya à Athènes une commission composée de Spurius Postumius Albus, Aulus Manlius et Publius Sulpicius Camerinus. Elle devait *copier* la célèbre constitution de Solon et *étudier* les usages, les coutumes, les lois d'autres cités grecques⁵⁴.

La référence à Solon est lourde d'allusions. Par ses réformes, Solon avait ramené la paix à Athènes et il avait jeté les bases juridiques, politiques et sociales de la démocratie. Il avait stimulé l'économie artisanale. Il avait effectué, on l'a dit, les réformes qui avaient permis à Athènes de se hisser au premier rang des cités grecques, devant Sparte. Voilà un bilan qui parlait aux ambitieux Romains. Voilà le modèle trouvé pour une cité conquérante.

En 449, un an après la possible mission romaine en Grèce⁵⁵, était promulguée la loi dite des XII Tables, premier code complet de règles de droit. Cette loi, la loi en général, devenait le principe supérieur de la cité. L'*imperium* des consuls était coiffé par la loi. Le principe de légalité, découvert par les Grecs, entraînait dans l'ordre juridique romain. Même à l'époque tardive, les empereurs romains ont reconnu la supériorité de la loi sur leur pouvoir d'*imperium*⁵⁶.

Par bien des aspects, la loi des XII Tables est un monument du droit. C'est, semble-t-il, le premier exemple de démarche comparative dans l'histoire du droit. C'est aussi la première manifestation de l'esprit pratique, utilitariste, de la législation comparée, qui vise à améliorer le droit positif *de lege ferenda*. Les deux

53 Pomponius, cité in D 1, 2, 2, 4, affirme que les décemvirs avaient mission d'étudier les lois des diverses cités grecques, afin de donner ses *fondements* au droit de la Cité de Rome.

54 Tite Live (c 64 av J-C-10 ap J-C) *Histoire de Rome*, 3, 31, traduction G Baillet (Paris, 1962).

55 La réalité de la mission romaine en Grèce est discutée. Les relations entre Rome et les colonies grecques d'Italie du Sud (Cumes, Naples, Tarente) et de Sicile (Syracuse) étaient bien établies au Vème siècle. La réalité de l'influence grecque sur la loi des XII Tables n'est pas mise en doute. Sur cette question, voir Michèle Ducos *L'influence grecque sur la loi des XII Tables* (Paris, 1978).

56 La constitution *Digna vox*, promulguée en 429, édicte: «C'est une parole digne de la majesté du prince régnant, qu'il se déclare lié par la loi. En effet notre autorité repose sur l'autorité du droit. Et, en vérité, la soumission du principat aux lois est plus grande que l'*imperium*»: *Digna vox maiestate regnantis legis alligatum se principem profiteri. Adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. Et re vera maius imperio est submittere legibus principatum* (C 1, 14, 4).

démarches étaient liées dans l'idée du voyage d'étude des décemvirs⁵⁷. C'est enfin le premier, ou l'un des tout premiers, exemple de code de lois complet⁵⁸.

(B) *Le ius gentium* ou «droit des gens»

Un autre exemple de recours au droit comparé, dans l'histoire du droit romain, est riche d'enseignement: le droit des gens ou *ius gentium*. Les Romains ont divisé l'ordre juridique en trois parties, trois cercles concentriques: le droit naturel, le droit des gens et le droit civil. Le droit naturel présentait, selon eux, un caractère universel. Ulpien écrivait qu'il était commun à tous les vivants, y compris les animaux, qui semblent reconnaître un droit de l'éducation, puisqu'ils instruisent leurs petits à se nourrir et à se défendre ... Le droit civil était propre à chaque cité; les droits civils étaient donc divers et singuliers, tout en étant communs à leurs citoyens. Le droit des gens avait une sphère intermédiaire: il était commun à tous les hommes. C'est une invention liée à la formation de l'empire territorial que les Romains de la *Res publica* se sont constitués à partir des guerres puniques.

Au III^{ème} siècle avant notre ère, la conquête militaire d'un empire territorial a été suivie de la formation d'une économie coloniale: Rome, Syracuse, Carthage, Athènes, Alexandrie, Rhodes ... ont été en relations commerciales intenses. Les milieux d'affaires (banquiers, changeurs, négociants, armateurs) entretenaient des relations étroites. Les hommes d'affaires avaient des mandataires, des agents, dans les grandes places financières, commerciales et portuaires. Les Romains, les Grecs, les Puniques, les Egyptiens, les Gaulois, les Ibères se rencontraient sur les marchés et, quand l'affaire tournait mal, ils s'affrontaient au tribunal du préteur. Les Romains n'ont pas eu l'idée, semble-t-il, de déterminer des règles permettant de choisir entre plusieurs droits, quand un litige opposait un citoyen romain à un étranger, ou deux étrangers entre eux, comme le font les règles de conflit de lois..

Dans un esprit cosmopolite influencé par la philosophie grecque, ils ont préféré créer un corps commun de règles spécifiques aux opérations internationales. Les préteurs et les jurisconsultes ou «Prudents» ont créé un droit commercial et maritime adapté aux besoins de ces opérations: contrats de vente, de location, de mandat, de société; pactes de dépôt d'argent, de transport maritime, d'arbitrage;

57 L'article 2 des statuts de la société de législation comparée, fondée en 1869, associe les deux buts: la société se donne pour objet l'étude des lois des différents pays et la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation. Le légicentrisme et l'utilitarisme dominant.

58 Les codes de l'Orient ancien, tel le code d'Hammourabi, ne visent pas à l'exhaustivité. Par contre, il est bien possible que les Grecs aient élaboré des codes de lois, telles les lois de Gortyne, du VI^{ème} siècle.

règles relatives aux risques maritimes, dénommées «théorie des avaries communes», ou encore «loi rhodienne du jet à la mer»: cette loi disposait qu'en cas de péril de mer, le dommage subi par un chargeur, dont la marchandise avait été jetée à la mer pour sauver le reste de la cargaison, serait partagé entre tous. Ce droit commun à tous les milieux commerciaux a reçu le nom de *ius gentium*, «droit des gens», parce que toutes les *gentes*, tous les «peuples» ou toutes les «nations» de la Méditerranée, le pratiquaient.

Pour le droit comparé, le *ius gentium* présente deux grands intérêts. En premier lieu, les règles du droit des gens ont été formées par les préteurs, magistrats romains, en empruntant des règles déjà connues et pratiquées par les négociants, banquiers et armateurs grecs. Les préteurs ont donc pratiqué la comparaison et la réception de règles étrangères. En second lieu, le corps du *ius gentium* a constitué un droit matériel commun à des cités nombreuses. Ce fut la réponse du droit comparé à un problème qui se pose toujours à lui aujourd'hui: le besoin d'une unification du droit, quand les relations de la vie économique, nationale ou internationale, deviennent intenses.

Les prudents défendaient plusieurs conceptions du *ius gentium*, du droit des gens. Le droit des gens présentait pour eux plusieurs caractères: la communauté, la propriété, la généralité. Il était commun aux être animés (Ulpian) ou seulement aux humains (Cicéron et Gaius). Selon les auteurs, il était propre à la nature de l'homme, propre à la nature du genre humain ou propre aux hommes en tant qu'ils vivent en nations. Il était général et, pour certains auteurs, universel: ensemble des institutions qui se retrouvent chez différents peuples, droit applicable à tous les hommes.

Le Digeste, en son titre Ier, «De la justice et du droit», donne une liste un peu hétéroclite des règles du droit des gens⁵⁹: d'abord la religion et le respect envers les parents et la patrie; ensuite la légitime défense; encore l'émancipation et la servitude, la première étant le correctif de la seconde; enfin la guerre, la diversité des nations, la fondation des royaumes, la propriété, le commerce, les contrats de vente, louage, mandat et société ...

Gaius, auteur d'un célèbre manuel pour étudiants en droit du II^{ème} siècle, les *Institutes*, décrivait ainsi l'ordre juridique:

Tous les peuples régis par les lois et les coutumes utilisent en partie un droit qui leur est propre, et en partie un droit qui leur est commun. En effet, le droit que chaque peuple s'est constitué est propre à sa cité, et il est dénommé droit civil,

59 D 1, 1, 3 à 5.

comme droit propre à sa cité même. Et ce que, en vérité, la raison naturelle a constitué entre tous les hommes, est observé par tous ou par la plupart, et est dénommé droit des gens (*ius gentium*), car tous les peuples utilisent ce droit⁶⁰.

Gaius fait la seule réserve que ces peuples soient rentrés dans la civilisation, en mentionnant qu'ils sont régis par les lois et les coutumes. Tous ces peuples, dit-il, utilisent en partie leur droit civil propre et en partie un droit commun à tous les peuples.

Ces concepts romains de droit commun et de droits propres ou singuliers ont été repris par les juristes au Moyen âge.

Section II. Le Moyen Age et la Renaissance

Nous étudierons d'abord le Moyen âge, qui a pratiqué la comparaison de deux droits savants et leur fusion en un nouveau droit commun (Paragraphe 1), puis la Renaissance, qui a vu la formation du droit national par le moyen du comparatisme coutumier (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le Moyen âge et le ius commune médiéval

La science médiévale du droit a cherché à découvrir les principes et les solutions d'un droit idéal: un droit juste selon la philosophie des juristes romains, tel Ulpian, qui écrivait: «le droit est l'art du bon et de l'équitable: *ius est ars boni et aequi*. Dans l'esprit médiéval, marqué profondément par le christianisme, ce droit est conforme à la volonté de Dieu, à l'ordre de la Nature, qui est l'œuvre du Créateur. Le droit doit être également conforme à la raison et au bien public.

Le droit idéal universel, commun à la chrétienté, qui se confond avec le monde civilisé, est dégagé par l'étude du droit romain et du droit canon. Le commentaire de ces deux droits constituait l'activité scientifique des romanistes et des canonistes. L'enseignement de ces deux droits était la tâche unique des professeurs de droit dans les universités médiévales. Au sein de cet enseignement, les juristes pratiquaient la comparaison entre le droit romain et le droit canon.

Le succès de ce nouveau droit commun (après le *ius commune* romain) venait de sa capacité à ordonner, dans une certaine mesure, la multiplicité des droits en vigueur au Moyen âge: droit romain, droit canon, coutumes locales, statuts urbains, ordonnances des rois. Bartole (1314-1357), juriste italien, professeur à Pérouse, soutenait que le *ius commune* jouait le rôle d'un droit supérieur, par

60 D 1, 1, 9.

rapport au *ius singulare*, aux multiples droits particuliers que formaient les coutumes locales et les statuts urbains. Le droit commun était un droit organisateur de l'ordre juridique. En cas de contrariété au droit romain, les droits particuliers étaient d'interprétation étroite. Le droit commun, disait Bartole, s'appliquait directement en cas de lacune des droits particuliers.

La France était, au XV^{ème} siècle, une «mosaïque juridique». Certes les ordonnances royales s'appliquaient dans tout le royaume. Mais le Sud-est était dominé par le droit écrit (le droit romain), et le Centre et le Nord par les coutumes: une soixantaine de coutumes générales et plusieurs centaines de coutumes locales. Les parlements interprétaient parfois ces textes de manière divergente.

Paragraphe 2. La Renaissance et le comparatisme coutumier

Le droit français⁶¹ lui-même, droit national, est né, au XVI^{ème} siècle, d'une démarche réfléchie de comparatisme: la comparaison des coutumes ou «comparatisme inter coutumier». Les bases culturelles, politiques et institutionnelles, de la naissance de la nation française remontent au Moyen âge⁶².

La pensée humaniste du XVI^{ème} siècle, associée au relativisme, a favorisé la promotion des particularismes nationaux, au détriment du *ius commune*, le droit commun et savant issu de la renaissance du droit romain, aux XI^{ème} et XII^{ème} siècles. Le milieu des praticiens savants du parlement de Paris, formé de juges⁶³ et d'avocats⁶⁴, a joué un rôle essentiel dans le rejet du droit romain comme droit commun, et dans la formation et la promotion du droit français. Le comparatisme mis en œuvre par ces praticiens savants a donc joué un double rôle, destructeur et constructeur⁶⁵.

Le comparatisme a d'abord permis le rejet du droit romain comme droit commun au royaume de France. Le droit romain était vilipendé comme «droit des Romains et des Italiens»: c'était un droit étranger. La *confrontation* des règles du droit romain avec les ordonnances des rois et les coutumes de France ne montrait aucun *assortiment*. Pasquier écrivait:

61 C'est en 1566 que l'expression de *droit français* est apparue chez LC Le Caron.

62 Voir G Dupont-Ferrier *La formation de l'Etat français et l'unité française* (Paris, 1946) et Colette Beaune *Naissance de la nation France* (Paris, 1985).

63 Tel le premier président Barnabé Brisson (1531-1591).

64 Tel Etienne Pasquier (1529-1615).

65 Jean-Louis Thireau «L'avènement de la comparaison des droits en France» dans *Comparer les droits, résolument* sous la direction de Pierre Legrand (Paris, 2009) p 611.

Repassez par toutes les principales propositions des lois, tant de France que de Rome, et les confrontez les unes aux autres, vous n'y trouverez aucun assortiment⁶⁶.

Les règles coutumières relatives aux personnes, notamment au mariage, aux rapports patrimoniaux entre époux (communauté de meubles et d'acquêts) et aux successions (rôle limité du testament, aînesse), étaient originales. Les emprunts au droit romain avaient été adaptés, modifiés, déformés, pour s'ajuster aux besoins de la pratique. Le comparatisme a servi de «révélateur de l'originalité du droit français et apporté la preuve décisive de son existence»⁶⁷. Cette prise de distance, première étape, a été suivie d'une seconde, la recherche du contenu du *droit français*.

Le comparatisme a permis de dégager certains principes constitutifs du droit français. Il a alors joué un rôle constructeur: il a été «un instrument d'édification du droit français»⁶⁸. Il a permis de dégager des règles communes aux multiples sources du droit applicable dans le royaume de France: ordonnances royales, droit savant, statuts urbains, coutumes générales et locales, jurisprudence des parlements.

Le besoin de faire rédiger les coutumes, pour faciliter la connaissance du droit et abrégé les procès, était ressenti depuis longtemps. A la fin de la guerre de Cent ans, le roi Charles VII le Victorieux (1422-1461) promulgua une ordonnance de réformation générale du royaume. L'ordonnance de Montils-lez-Tours sur le fait de la Justice (1454) décréta, dans son article 125, que «les coutumes, usages et stiles de tous les pays de notre royaume soient rédigés et mis par écrit». Les coutumes de Bourgogne, de Touraine et d'Anjou furent rédigées alors (1459-1463). Mais le mouvement s'essouffla.

Charles VIII (1483-1498) relança le processus par l'ordonnance d'Amboise (1498). La coutume d'Orléans fut rédigée en 1509, celle de Paris en 1510, celle du Poitou en 1511 ... L'invention récente de l'imprimerie permit la diffusion de ces coutumes et leur étude. Dans les années qui suivirent, des jurisconsultes donnèrent des commentaires des coutumes de Poitou⁶⁹, de Bourgogne⁷⁰, d'Orléans⁷¹, de Paris⁷². Des éditeurs firent imprimer des coutumiers généraux contenant un grand

66 Ibid, p 615.

67 Ibid, p 611.

68 Ibid, p 616.

69 Par André Tiraqueau.

70 Par Barthélémy de Chasseneuz.

71 Par Jean-Pyrrhus d'Angleberne, un élève de François de Loynes, à l'université d'Orléans.

72 Par Charles du Moulin.

nombre de coutumes accompagnées de notes savantes, telles celles de Charles du Moulin dans le *Grand coutumier général*, paru en 1567.

Le nationalisme juridique trouva un orateur passionné dans la personne du grand jurisconsulte Charles du Moulin (1500-1566)⁷³, qui publia, en 1546, un opuscule appelant à la formation d'une coutume unique: *Oratio de concordia et unione consuetudinum Franciaie*. Ce «Discours sur la concorde et l'union des coutumes de France» est un manifeste en faveur de la reconnaissance d'un droit national français⁷⁴. Du Moulin a ouvert la voie à l'unification du droit coutumier français par la doctrine, à la formation d'un droit populaire, par son origine, et savant, par sa consécration. Il fut le promoteur de la méthode du comparatisme systématique inter coutumier, de la comparaison de toutes les coutumes, afin de les améliorer et, surtout, de les unifier. Jean-Louis Thireau écrit: «La comparaison permettait de révéler et systématiser leurs points de convergence, de dégager un droit commun coutumier que l'on substituerait au droit romain»⁷⁵.

Un nouveau type d'ouvrage fut publié, rassemblant, sur chaque question, les dispositions de multiples coutumes. Ces ouvrages portèrent d'abord (1517) le nom d'«agrégatoire de coutumes», c'est-à-dire d'amalgame, puis (1596) celui de «conférence de coutumes», c'est-à-dire de rassemblement (*conferre* signifie «porter avec», «rassembler»), enfin (1600) celui d'«alliances des coutumes». La pratique de la comparaison systématique donna enfin naissance à des ouvrages de synthèse. Les premiers prirent la forme de recueils de maximes du droit commun coutumier (telles les *Institutes coutumières* d'Antoine Loisel, de 1607), puis du droit français (les *Maximes générales du droit français* de P. de L'Hommeau, de 1614-1624). Enfin parurent des traités des grandes matières du droit privé, tels les traités de Robert-Joseph Pothier (1699-1772), notamment son *Traité des obligations*, publié en 1761. C'est donc par la méthode du comparatisme systématique des coutumes que les jurisconsultes ont fait naître le droit français, au cours du XVIème siècle.

73 Jean-Louis Thireau *Charles du Moulin (1500-1566)* (Genève, 1980). Charles du Moulin se forma à l'université d'Orléans. Il devint avocat au parlement de Paris, mais il interrompit rapidement cette carrière. Il fut professeur à Strasbourg et à Tübingen. Il se consacra à l'étude du droit, donnant des consultations et rédigeant des ouvrages portant sur l'histoire du droit français et sur celle de ses sources. Il était hostile au droit féodal et favorable à une unification du droit. Voir la notice établie par Jean-Louis Thireau dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (Paris, 2007) pp 276 à 278.

74 Jean-Louis Thireau «Le comparatisme et la naissance du droit français» dans la *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* (1990) pp 153 à 191.

75 Ibid, p 177.

Section III. Les Temps Modernes Et La Revolution

Le droit français, né au XVIème siècle, a mis plus de deux siècles à absorber les autres sources du droit, notamment le droit romain et le droit canon, droits supra nationaux et universels. Cette fusion des diverses sources du droit, qui s'accompagna d'un intérêt très vif pour les droits de l'Antiquité et pour les droits des pays voisins, fut l'œuvre de la Révolution française (1789-1799) et de son héritier, Napoléon Bonaparte (Paragraphe 3). Auparavant, les deux siècles des Temps modernes, XVIIème et XVIIIème siècles, ont connu des mouvements de pensée communs à toute l'Europe et fortement marqués par la démarche comparative: la seconde scolastique espagnole et l'école du droit naturel moderne, qui ont jeté les bases du droit des gens moderne, du droit international public moderne (Paragraphe 1), et le mouvement des Lumières, au sein duquel s'est illustré particulièrement Montesquieu (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le droit des gens et le droit international public moderne

L'Europe moderne a été marquée par les grandes découvertes, qui ont précédé la colonisation et la rencontre avec les peuples indigènes d'Amérique, d'Afrique et d'Asie. Elle a été marquée par la Réforme protestante, qui a posé la question du critère de la foi et divisé l'Eglise. Elle a été marquée par les progrès du rationalisme systématique et de la pensée critique. Elle a été marquée par la formation des Etats et les guerres nationales, notamment la Guerre de Trente ans (1618-1648), qui a dévasté l'Europe centrale. Ces évènements ont stimulé les juristes de l'époque et donné naissance à deux écoles remarquables, la seconde scolastique espagnole ou école de Salamanque (A), et l'école du droit naturel moderne (B).

(A) La seconde scholastique espagnole ou école de Salamanque

La rencontre entre Espagnols et Indiens d'Amérique a posé la question du traitement des païens, et celle du droit pour les Espagnols de s'appropriier les terres et les autres richesses des royaumes aztèque, inca et autres.

Francesco de Vitoria (1480-1546), dominicain espagnol, théologien et juriste, professeur à l'université de Salamanque, a été l'un des fondateurs du droit international public. Dans ses œuvres⁷⁶, il donne une place centrale au droit naturel, qui est universel, comme l'est la nature humaine. Le droit naturel fournit les règles propres à organiser les relations entre peuples de différentes religions, de différentes races, de différents droits. Dieu étant le créateur des hommes, seuls les vrais chrétiens sont en mesure de connaître exactement le droit naturel.

76 *Traité du pouvoir civil (De potestate civili)*.

Du droit naturel, Vitoria distingue le *ius gentium*. Il existe, selon lui, un droit naturel des gens, et un droit humain des gens, formé par l'accord de la majeure partie de l'univers entier (*consensus maioris partis totius orbis*). Quoiqu'ecclésiastique, mais d'abord espagnol, Vitoria ne reconnaît pas au pape, ni à l'empereur, une autorité juridique universelle, en particulier à l'égard des non croyants. Il considère les communautés des Indiens d'Amérique comme des communautés politiques, dont les institutions exercent une autorité légitime. Il a infléchi la notion de droit des gens, qu'il a défini comme l'ensemble des règles établies par la raison naturelle applicable aux nations plus qu'aux hommes.

Francesco Suarez (1548-1618), jésuite espagnol, théologien et jurisconsulte, également professeur à l'université de Salamanque, s'appuie sur la pensée d'Aristote et le penchant naturel des hommes à se grouper en cités, en communautés politiques. Le gouvernement reçoit son autorité d'une délégation du peuple, rendue nécessaire par la nature. Si ce transfert de pouvoir est irrévocable, le peuple conserve le droit de rébellion, dans les circonstances extrêmes où le souverain met en péril le peuple et l'Etat. Suarez justifie un pouvoir fort du souverain, mais pas un pouvoir absolu et sans limites. Le droit divin, le droit naturel, les lois fondamentales du royaume limitent le pouvoir des rois.

En matière de droit international, la notion de droit naturel cède du terrain au droit positif: Suarez définit le *ius gentium*, le droit des gens dans le sens d'un droit international public, dans la terminologie moderne, comme l'ensemble des coutumes et des usages en vigueur chez la plupart des peuples, donc un droit positif.

(B) L'école du droit naturel moderne

L'école du droit naturel moderne a pratiqué, spontanément et naturellement, le comparatisme. Car elle voyait les droits nationaux, non comme des absolus, mais comme des variations, toutes inspirées par le droit naturel, dont il convenait d'apprécier la conformité avec ce droit commun et idéal.

Grotius (1583-1645), homme d'Etat hollandais, jurisconsulte, est l'auteur de plusieurs grands ouvrages de droit international. Le *Traité des prises (De iure praedae)* est une consultation rédigée, en 1605, intitulée tout d'abord *De Indis*, à la demande de la compagnie néerlandaise des Indes orientales, qui voulait justifier l'arraisonnement par des Hollandais d'un navire portugais et la saisie de sa marchandise. Un travail ultérieur de 1609, intitulé *La mer libre (Mare liberum)*, justifiait la destruction des monopoles maritimes des Portugais, caractéristiques du système de *l'exclusif colonial*, qui réservait le commerce entre la métropole et ses colonies aux navires de la métropole. Les Provinces-Unies (Hollande, Zélande,

Utrecht, Frise ...), qui disposaient d'une flotte commerciale et militaire puissante, défendaient le principe que la mer est libre, et que les armateurs hollandais avaient le droit d'accéder à tous les ports, et de transporter les marchandises de tous les pays, alors que le Portugal et l'Angleterre défendaient leur commerce et leur marine.

Le *Traité de la guerre et de la paix (De iure belli ac pacis)*, paru en 1625, est l'ouvrage le plus important de toute l'histoire du droit international public. Face aux guerres sans freins entre princes et entre États (guerre de Quatre-vingts ans entre l'Espagne et les Provinces-Unies et guerre de Trente ans en Allemagne), face à la nécessité de trouver des règles pour régir des espaces sans statut juridique et communs à divers pays (telle la haute mer), Grotius entreprit de proposer des principes de droit naturel, basés sur un large consensus moral, qui régiraient le droit de la guerre: le droit à la guerre, droit de recourir à la force (la guerre juste), et le droit dans la guerre (juste ou injuste). Son traité examine aussi le droit de la paix (les traités, les ambassades, l'arbitrage ...) Grotius ouvre son traité par les *Prolégomènes* suivants:

Totalement convaincu qu'il existe une loi commune aux nations, qui est valide à la fois en vue de la guerre et dans la guerre, j'ai trouvé des raisons nombreuses et puissantes d'entreprendre d'écrire sur ce sujet. J'ai remarqué de tous côtés, dans le Monde chrétien, une licence si effrénée par rapport à la guerre, que les nations les plus barbares en devraient rougir.

La diversité des États, la violence de leurs affrontements et la communauté des nations chrétiennes amènent Grotius à reprendre la réflexion sur l'ordre juridique et les notions antiques de droit naturel, de droit des gens et de droits civils. Il reconnaît l'existence d'un droit divin positif, résultant d'un commandement de Dieu, tel le Décalogue. Mais il met en garde contre l'assimilation de ce droit (qui prohibe l'inceste, l'adultère, l'usure) au droit naturel. Le droit divin est circonscrit et les évêques sont soumis, pour la paix civile, au pouvoir politique, au pouvoir du magistrat civil.

Le droit naturel procède de la nécessité, de la nature humaine. Ses règles ont donc un caractère nécessaire et universel. Le droit naturel se prouve en démontrant la convenance ou la disconvenance nécessaire d'une chose avec une nature raisonnable et sociable de l'homme. Le droit naturel trouve ses sources dans la raison naturelle de l'homme, dans la sociabilité naturelle de l'homme. Le droit naturel place ses principes dans les devoirs de respecter le bien d'autrui, de tenir ses engagements, de réparer le dommage causé. Il a pour axiomes la conservation de l'existence et l'interdiction de nuire délibérément.

Le droit des gens procède d'une autre nécessité, non pas humaine, mais politique et religieuse, la nécessité d'énoncer des règles communes aux différentes nations en une époque troublée par les guerres civiles et étrangères, alimentées par les conflits religieux et étatiques. Ses règles ont donc également un caractère nécessaire et universel, tout en étant volontaire et non uniforme: le droit des gens, écrit Grotius, est «l'ouvrage du temps et de l'usage».

Le droit des gens se prouve «par la pratique perpétuelle et le témoignage des experts», c'est-à-dire par la coutume et la doctrine. Le droit des gens se trouve dans la nature, dans la volonté de Dieu, et dans le consentement des princes, qui s'exprime dans les traités conclus selon le grand principe *pacta sunt servanda*: les pactes doivent être respectés. Le droit des gens place ses principes dans l'humanisme, dans la culture universelle, qui mobilise l'histoire universelle et l'étude des sociétés de l'univers entier. Il a pour axiomes «les règles universelles d'un droit commun à tous les peuples».

Grotius découvre le contenu du droit des gens dans l'histoire et dans l'espace. Sa culture immense lui montre des règles en usage dans plusieurs pays, à plusieurs époques. Il les rapproche, les compare, les fusionne, pour en dégager une «pratique perpétuelle». Il compose ainsi, comme un florilège, le corps du droit des gens, qui est formé des «règles universelles d'un droit commun à tous les peuples». Il applique la démarche comparative, tout en poursuivant l'un des buts des comparatistes, l'harmonisation et l'unification d'une branche du droit, le droit international.

Paragraphe 2. Les Lumières de Montesquieu

Les philosophes des Lumières ont formé un courant de pensée commun à toute l'Europe: Lumières, *Enlightment*, *Aufklärung*, *Illuminism*, *Enluminismo* Les philosophes étaient des adversaires déclarés des coutumes archaïques. Ils étaient partisans de la loi, en matière civile et constitutionnelle, comme moyen de réforme hardi. La France fut, pour l'Europe continentale, un modèle par ses lettres, sa langue, son art. L'Angleterre fut, pour les philosophes français frappés d'anglomanie, tels Montesquieu et Voltaire, un modèle de droit, de tolérance, de raison, d'humanisme. Si le grand dessein de Montesquieu s'est exprimé dans *L'Esprit des Lois*, publié en 1748 (A), sa démarche comparative s'est forgée dès les *Lettres persanes*, parues en 1721 (B). On la découvre dans ses documents de travail (C).

(A) *L'Esprit des Lois*

Montesquieu eut un grand dessein, qui s'est traduit dans *L'Esprit des Lois* (1748): la recherche de la nature des lois et de leur raison d'être, de leurs relations

et de leur esprit général, qui se voit dans les constitutions. Il décrit dans son *magnum opus* la constitution de l'Angleterre et rattache ses dispositions à un grand principe: la garantie de la liberté. Il dessine l'esquisse d'une nouvelle constitution de la monarchie française, qu'il désire à nouveau modérée, et non pas absolue, comme elle l'est devenu sous l'action de Richelieu et de Louis XIII, de Mazarin et de Louis XIV.

Montesquieu a réuni la documentation nécessaire à son projet au cours d'un voyage d'étude de trois ans (1728-1731), qui le mena à travers l'Europe, en Allemagne, Autriche, Hongrie, Italie, Suisse, Hollande, Angleterre.

Montesquieu, comme Grotius, s'intéresse à l'histoire universelle et aux sociétés de tout l'univers. Il est parfois présenté comme le fondateur du comparatisme à l'époque moderne⁷⁷. Il a pratiqué avec constance le comparatisme, et il en a dégagé certaines lois. Il a vu que la comparaison historique pouvait être dévoyée par l'anachronisme, si l'observateur ignorait l'esprit du temps:

Quand j'ai été rappelé à l'antiquité, j'ai cherché à en prendre l'esprit pour ne pas regarder comme semblables des cas réellement différents, et ne pas manquer les différences de ceux qui paraissent semblables⁷⁸.

Il a vu que la comparaison nécessitait de chercher, non à tout justifier, mais à tout comprendre:

Je n'écris point pour censurer ce qui est établi dans quelque pays que ce soit. Chaque nation trouvera ici les raisons de ses maximes⁷⁹.

Il a vu que la comparaison, œuvre de la raison, nécessitait d'abandonner ses préjugés, qui ne sont pas l'ignorance des choses, mais celle de soi-même:

Je me croirais le plus heureux des mortels, si je pouvais faire que les hommes pussent se guérir de leurs préjugés. J'appelle ici préjugés, non pas ce qui fait qu'on ignore de certaines choses, mais ce qui fait qu'on s'ignore soi-même⁸⁰.

77 C'était l'avis d'Edouard de Laboulaye et de Frederick Pollock.

78 Préface de *L'Esprit des Lois*.

79 Préface de *L'Esprit des Lois*.

80 Ibid. Dans *Les Lettres persanes*, Montesquieu avait mis dans la bouche de Rica: «Il me semble, Usbek, que nous ne jugeons jamais des choses que par un retour secret que nous faisons sur nous-mêmes ... On a dit fort bien que, si les triangles faisaient un Dieu, ils lui donneraient trois côtés» (Lettre LIX).

Il s'est considéré homme et citoyen du monde avant de se voir Français:

Si je savais une chose utile à ma nation qui fût ruineuse à une autre, je ne la proposerais pas à mon prince, parce que je suis homme avant d'être Français ou bien parce que je suis nécessairement homme, et que je ne suis Français que par hasard⁸¹.

Sa position psychologique et scientifique et sa méthode se sont fixées dès son premier ouvrage, publié en 1721, *Les Lettres persanes*.

(B) Les Lettres persanes

L'ouvrage est complexe. Il prend la structure d'un roman, qui entremêle les aventures de voyages de deux Persans (Usbek et Rica) en Europe avec la vie d'intrigues du sérail qu'Usbek a laissé, à Ispahan, sous la garde de ses eunuques. L'ouvrage prend la forme d'un échange de lettres entre de multiples correspondants.

Il prend le parti d'une satire des mœurs humaines. On y a surtout vu une critique ironique des mœurs des Parisiens (et des Français en général), des institutions politiques de la monarchie française, de la religion chrétienne. On y trouve aussi une critique parallèle des mœurs des Persans, de leurs institutions, de leur religion. Mais cette critique-là piquait moins les lecteurs de l'époque.

On connaît son ironie contre le chauvinisme et l'esprit de clocher:

Si quelqu'un, par hasard, apprenait à la compagnie que j'étais Persan, j'entendais aussitôt autour de moi un bourdonnement: 'Ah! ah! Monsieur est Persan? C'est une chose bien extraordinaire! Comment peut-on être Persan?'⁸²

Les *Lettres persanes* sont un jeu de miroir d'un Palais des mille-et-une Nuits. Les observateurs persans sont nombreux: Rica, Usbek et Rhédi ... Leurs lettres échangées comparent certes les mœurs des Français, très exotiques, à celles des Persans, si sages. Mais Montesquieu nous donne aussi à comparer les réactions des correspondants, en opposant celles de Rica et d'Usbek, avec celles d'autres encore, tel Rhédi, ou Roxane, la femme préférée d'Usbek.

Montesquieu égratigne tout le monde, avec des rapprochements inattendus. Son jeu de massacre est un jeu de billard. Voici son commentaire de la bulle *Unigenitus Dei Filius* (1713) du Pape Clément XI, qui condamnait cent une propositions jansénistes, dont une qui approuvait l'étude des Ecritures saintes par les femmes:

81 *Cahiers*.

82 Lettre XXX.

Cette constitution leur [aux femmes] défend de lire un livre que tous les Chrétiens disent avoir été apporté du Ciel: c'est proprement leur Alcoran. Les femmes, indignées de l'outrage fait à leur sexe, soulèvent tout contre la Constitution: elles ont mis tous les hommes dans leur parti, qui, dans cette occasion, ne veulent point avoir de privilèges. On doit pourtant avouer que ce moufti ne raisonne pas mal, et, par le grand Hali, il faut qu'il ait été instruit des principes de notre sainte loi. Car, puisque les femmes sont d'une création inférieure à la nôtre et que nos prophètes nous disent qu'elles n'entreront point dans le Paradis, pourquoi faut-il qu'elles se mêlent de lire un livre qui n'est fait que pour apprendre le chemin du Paradis⁸³?

Tout le monde en prend pour son grade: les hommes et les femmes, le pape et Ali, le gendre du prophète, les chrétiens et les musulmans, les Français et les Persans.

Roger Caillois, dans sa Préface aux œuvres de Montesquieu, écrit que Montesquieu a conduit une révolution, non pas politique, mais sociologique, qu'il définit ainsi: «J'appelle révolution sociologique la démarche de l'esprit qui consiste à se feindre étranger à la société où l'on vit, à la regarder du dehors et comme si on la voyait pour la première fois»⁸⁴.

(C) Les documents de travail de Montesquieu

C'est dans des documents de travail de Montesquieu que l'on trouve l'expression de sa pensée comparative. Ces documents sont présentés par les éditeurs comme des notes préparatoires à *L'Esprit des Loix*, qui n'auraient pas trouvé leur place dans l'ouvrage publié. Ces pensées éparses, ces restes, ces miettes, ont été regroupées par Montesquieu sous le titre de «Causes qui peuvent affecter les esprits et leur caractère – Causes morales». Montesquieu exprime ses pensées sur le thème de la comparaison, où il voit la *faculté principale de l'âme*, sous deux rapports: la comparaison et la richesse intellectuelle, d'une part, la comparaison et l'impression sur l'âme, ensuite. Il écrit tout d'abord:

Les hommes qui ont peu d'idées doivent se tromper dans presque tous leurs jugements. Les idées se tiennent les unes par les autres. La faculté principale de l'âme est de *comparer*, et elle ne peut l'exercer dans une pareille indigence.

Deux paragraphes plus loin, il revient sur le thème de la comparaison, cette fois-ci dans ses rapports avec l'impression que les idées font sur l'âme:

83 Lettre XXIV.

84 Préface aux Œuvres complètes, t I (1949) p XIII.

Ce n'est pas assez d'avoir beaucoup d'idées et beaucoup de manières de penser; il faut encore qu'il y ait de l'harmonie entre elles et les choses. C'est sottise d'être frappé plus qu'il ne faut par un objet; c'est sottise de ne l'être pas assez.

Mais il est rare que les hommes reçoivent les impressions des objets d'une manière proportionnée à leur valeur. La première impression que nous recevons nous frappe presque toujours sans retour, et cela est bien aisé à comprendre: les premières idées sont toujours reçues dans un esprit, parce que, ne pouvant les *comparer* à d'autres, rien ne les lui fait rejeter⁸⁵.

L'affirmation que «comparer est la faculté principale de l'âme» jette un jour intéressant sur l'œuvre de Montesquieu. On voit que les procédés qu'il a utilisés dans ses principales œuvres, *L'Esprit des Lois*, *Les Lettres persanes*, *Les Considérations sur les causes de la grandeur des Romains* (1734) étaient parfaitement conscients. La comparaison oppose deux termes: Français et Persans, chrétiens et musulmans, hommes et femmes ... Elle émane généralement des deux correspondants les plus actifs: Usbek et Rica. Mais Montesquieu ajoute parfois un tiers pour varier les effets et pour valider la comparaison: les Russes sont encore différents des Français et des Persans; le grand lama du Tibet n'est ni le pape, ni le *moufti* ... Rhédi, Roxane, et les eunuques qui ne sont ni tout à fait hommes, ni tout à fait femmes ... Les Arméniens, qui sont chrétiens, mais en pays musulman ... Tous jouent le rôle du *tertium comparationis*, du «troisième de la comparaison», c'est-à-dire de la troisième référence, qui contrôle les deux éléments premiers de la confrontation.

Le comparatisme moderne est bien né avec Montesquieu et avec les Lumières. Les Lumières européennes ont exercé une grande influence sur l'opinion publique et peut-être joué un rôle dans les révolutions d'Angleterre, d'Amérique et de France.

Paragraphe 3. La Révolution française et l'Empire (1789-1815)

La Révolution française a pratiqué le comparatisme et la réception d'institutions étrangères, dans sa construction d'un ordre politique et juridique entièrement nouveau.

L'influence anglaise est perceptible dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (août 1789), qui s'appuie sur le grand principe des libertés publiques et privées, défendu par John Locke. Elle se voit également dans la loi de réforme de

85 *Œuvres complètes*, t II (1949) pp 54 et 55.

la justice (16-24 août 1790), qui établit le juge de paix, ainsi que le jury populaire de jugement en matière pénale.

L'influence hollandaise se fait sentir, dans la même loi de réforme de la justice, par la préférence donnée à l'arbitrage, comme le mode le plus rationnel de règlement des différends. Voltaire avait fait l'apologie de ce mode, alternatif à la justice, de résolution des conflits. L'assemblée nationale constituante (1789-1791) lui donna même une valeur constitutionnelle, interdisant aux assemblées législatives à venir, dotées d'un pouvoir simplement législatif, et non pas constituant, de ne rien faire qui puisse diminuer la faveur envers l'arbitrage et l'efficacité des compromis.

L'influence italienne est palpable dans l'humanisation du droit pénal. Beccaria (1738-1794), juriste italien, né et mort à Milan, est l'auteur d'un *Traité des délits et des peines* qui connut un succès considérables en Europe. Beccaria se fit l'avocat d'un adoucissement du droit pénal (procédure pénale et peines). Il préconisait l'abandon de la torture et des peines corporelles. Plusieurs pays adoptèrent des réformes inspirées de ses principes, notamment la France de la période révolutionnaire.

L'influence américaine même peut être décelée dans la législation de la Révolution française. Jefferson, on l'a dit, avait proposé au tiers état un compromis sur le moyen de résoudre les conflits éventuels entre le roi et l'assemblée. La constitution de 1791 prévoyait que le roi pourrait mettre son veto à tout projet de loi voté par l'assemblée législative, mais que cette opposition perdrait son effet, quand deux assemblées législatives successives (elles avaient des mandats brefs de deux années) voteraient à nouveau le texte dans des termes identiques. Le veto royal suspensif s'inspirait donc du veto présidentiel américain, que le Sénat peut annihiler en revotant le texte à une majorité qualifiée.

L'influence de l'antiquité grecque et romaine, enfin, a empreint les débats et les projets de l'assemblée nationale constituante. Les références à l'Antiquité reviennent comme une litanie, comme des lieux communs, dans les discours des députés à la Constituante, puis à la Législative et à la Convention, et ils fournissent des exemples à suivre, des propositions de réception du droit antique.

Section IV. Le Droit Compare Contemporain (XIXème et XXème Siècles)

Le XIXème siècle vit la naissance du droit comparé contemporain. Celui-ci est marqué par une exigence scientifique accrue, qui stimule la doctrine, la science du droit comparé jusqu'à aujourd'hui (Paragraphe 2). Les XIXème et XXème siècles sont également marqués par une poursuite de l'activité de législation comparée, d'emprunts toujours aussi fréquents au droit étranger (Paragraphe 1^{er}).

Paragraphe 1. La législation comparée aux XIXème et XXème siècles

Nous examinerons l'exemple de la France successivement au XIXème siècle (A), puis au XXème siècle (B).

(A) Le XIXème siècle

Le XIXème siècle a connu une première mondialisation. CH de Saint Simon (1760-1825) prônait un industrialisme, un productivisme et un système d'échanges intercontinentaux, qui apporteraient l'abondance au Monde. Il proposa ses services et ses idées à des autorités bien embarrassées: le percement du canal de Suez et du canal de Panama, la réalisation du tunnel sous la Manche, la liaison de Madrid à la mer, par un canal encore. Saint-Simon eut, parmi ses disciples, des polytechniciens adeptes de la technocratie, des socialistes mystiques, des libéraux, tous actifs sous le Second empire.

Le Second empire (1851-1870) fut une période particulièrement féconde économiquement et juridiquement. Ce fut, en France, celle du développement d'une économie capitaliste et du décollage économique: création de grandes banques, de compagnies d'assurances, de compagnies de chemins de fer, de sociétés de transport maritime ... L'Angleterre était la puissance économique dominante: son décollage économique a précédé celui de la France, de l'Allemagne, des Etats-Unis, du Japon. L'entourage de l'empereur Napoléon III, qui comprenait plusieurs disciples de Saint-Simon, était très anglophile⁸⁶ et libéral: Napoléon III signa un traité de libre-échange avec l'Angleterre, en 1860. Napoléon III décida de donner au monde des affaires français, en pleine expansion, son cadre juridique. Les années 1860-1870 furent, pour le droit français, celles de l'imitation du droit commercial anglais, en particulier du droit des sociétés et du droit des moyens de paiement⁸⁷.

L'expérience des compagnies de chemin de fer, qui avaient fait appel avec succès à de très nombreux actionnaires, montrait l'intérêt des sociétés par actions à faible montant nominal. La création des sociétés commerciales était alors entravée par l'obligation d'une autorisation du conseil d'Etat. L'Angleterre, à partir de 1855, avait commencé à abandonner le système de l'autorisation préalable de l'administration, pour la création de certains types de société. Le *Company Act* de 1862 consacra le principe de la liberté de constitution pour toutes les catégories de société. C'est la concurrence économique que subissaient les industriels français,

86 Notamment Michel Chevallier (1806-1879) qui négocia, avec Cobden, le traité de libre échange entre la France et le Royaume-Uni.

87 Voir R Szramkiewicz *Histoire du droit des affaires* (Paris, 1989) pp 207 et seq.

depuis la conclusion du traité de libre échange entre les deux pays, en 1860, qui incita Napoléon III à abandonner le système de l'autorisation. Il le fit en deux étapes.

D'abord, en 1863, pour les sociétés anonymes au capital de moins de 20 millions de francs. Puis, en 1867, pour toutes les sociétés par actions. La grande loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés par actions, est fondée sur le principe de la «liberté de l'anonymat». La société anonyme devenait une institution de pur droit privé. Mais cette liberté était réglementée, en ce qu'elle donnait aux actionnaires les moyens de contrôler la marche de l'entreprise. Le contrôle des actionnaires remplaçait celui de l'Etat. Cette inspiration libérale était tout à fait anglaise. La loi de 1867 a donné aux entreprises le cadre légal approprié permettant leur développement, en évitant le double écueil de la paralysie et du laxisme. Cette loi est restée en vigueur un siècle, jusqu'au 24 juillet 1966.

En matière de moyens de paiement, la loi sur le chèque (que les Français ont d'abord écrit, à l'anglaise, *chec*), promulguée en 1865, s'inspirait déjà du droit anglais. Il en avait été de même de la loi de 1856 sur les magasins généraux (entrepôts) et les warrants de marchandises, de la loi sur le gage commercial de 1863 ... Toute cette législation prit pour modèle premier le droit commercial anglais.

Napoléon III décida l'organisation, à Paris, d'une grande exposition universelle, en 1867. Cette exposition, qui fut le triomphe du Second empire, fut également un évènement ressenti dans le monde culturel, en particulier dans le monde juridique. A l'automne 1865, deux ans avant l'exposition, un professeur de la faculté de droit de Grenoble avait proposé, dans son discours de rentrée, trois idées ambitieuses.

La première suggestion du professeur Gustave Emile Boissonade portait sur la création d'une «Haute commission permanente de législation comparée», auprès d'un des grands corps de l'Etat, chargée de recueillir tous les actes législatifs des nations les plus civilisées, et d'y puiser les éléments d'une amélioration continue et progressive de nos propres lois». Cette idée est à l'origine de la création, auprès de la chancellerie, de l'office de législation étrangère, en 1876, transformé ensuite en bureau de la législation étrangère.

Boissonade fit une seconde suggestion: il proposa l'organisation d'une «Exposition universelle et perpétuelle des Lois»! Ce ne serait pas une exposition temporaire, comme l'avaient été les expositions de Londres (1851 et 1862) et de Paris (1855 et 1867), et comme le seraient les expositions ultérieures de Paris (1878, 1889, 1900), de Vienne (1873), de Philadelphie (1876), de Chicago (1893) Ce serait une exposition universelle et également perpétuelle: une exposition

permanente de toutes les lois de l'Univers. On devrait saisir l'occasion de l'exposition de Paris: «Pendant que les agriculteurs pourront étudier tous les systèmes de charrues employées à la surface du globe, et les généraux toutes les armes offensives et défensives, pourquoi les jurisconsultes ne trouveraient-ils pas, dans un coin retiré de ce palais des nations, la collection des codes de tous les peuples?»

Boissonade proposait une troisième idée, qui lui tenait à cœur: «Un concours entre les nations ... un concours international pour le droit et la législation; ce serait un grand pas de plus vers le rapprochement des nations entre elles, vers la paix, et la prospérité intérieure de chacune». Un concours des législations, s'ajoutant aux concours des produits agricoles, des productions industrielles, des créations artistiques, organisés à l'exposition universelle de Paris de 1867? Quelle riche et noble idée! Quelle idée originale, positive, porteuse d'esprit de progrès, bien dans le *Zeitgeist* du XIX^{ème} siècle! Le XX^{ème} siècle vit la continuation de l'activité de législation comparée et d'emprunt au législateur étranger

(B) Le XX^{ème} siècle

Les emprunts au législateur étranger se diversifièrent. A la Grande-Bretagne s'ajoutèrent notamment l'Allemagne et les Etats-Unis. Ces emprunts furent particulièrement nombreux en droit des sociétés, en droit économique et en droit constitutionnel.

En droit des sociétés, le droit français emprunta la société à responsabilité limitée ou sarl (1928) et la société à directoire et conseil de surveillance (1969), au droit allemand.

En droit économique, le droit français emprunta le droit de la concurrence, le droit des opérations de bourse, au droit américain. En matière d'information des actionnaires, le droit français eut longtemps un retard considérable sur le droit anglais et le droit américain. Les lois de 1867 et 1907 posaient des règles insignifiantes et, de ce fait, elles ne suscitaient aucun intérêt. La loi de 1907 s'inspirait du droit anglais, mais celui-ci s'adaptait au fur et à mesure de l'évolution des pratiques du marché. Le droit américain imitait le droit anglais dans son évolution. Les réformes de Roosevelt, dans le cadre du *New Deal*, s'inspiraient pour partie du droit anglais et innovaient également (lois fédérales de 1933 et 1934). Les Britanniques améliorèrent encore leur droit, en matière d'information des actionnaires et d'appel à l'épargne publique, en 1948, en 1967, en 1976. Il a fallu très longtemps aux Français pour comprendre l'intérêt économique de ces régimes. Ce n'est qu'à partir de 1959, puis 1967, que le mouvement d'imitation et d'emprunt des innovations efficaces introduites par les Anglo-Saxons s'est produit.

Il n'est pas exclu qu'un retard ne se soit à nouveau glissé dans l'adaptation du droit français.

En droit constitutionnel, le droit français a emprunté le conseil constitutionnel (1958) et l'élection du président de la République au suffrage universel (1962), au droit américain encore.

Paragraphe 2. La doctrine comparée aux XIXème et XXème siècles

Nous partagerons notre exposé en trois temps de très inégale ampleur: le XIXème siècle (A), le congrès international de droit comparé de Paris de l'été 1900 (B) et le XXème siècle (C).

(A) Le XIXème siècle

Trois questions nous retiendront: les raisons du développement de la doctrine du droit comparé (1); ses manifestations (2); et, enfin, les questions agitées, les problématiques formulées, par la doctrine (3).

(1) Les raisons de l'épanouissement du droit comparé

Les raisons de l'épanouissement de la doctrine de droit comparé, au XIXème siècle, sont multiples, économiques et culturelles.

Cet essor fut lié surtout au développement économique. Il est possible que l'émergence d'une doctrine comparée, au XIXème siècle, soit née en partie d'une réaction sentimentale contre la nationalisation des droits, qu'elle ait été une forme de protestation contre le légicentrisme et contre la fragmentation de la science juridique. La nationalisation du droit a pu être perçue comme une sorte de provincialisation, de régression du droit. Le nationalisme politique, qui a conduit aux guerres franco-prussienne (1870) et franco-allemande (1914-1918), a peut-être suscité les efforts de certains milieux pacifistes pour faire jouer au droit comparé un rôle de compréhension internationale, de rapprochement entre les peuples.

Mais, essentiellement, le rayonnement de la doctrine du droit comparé peut être relié à la multiplication des relations privées internationales provoquée par le développement économique. Le décollage économique de la Grande-Bretagne, de la France, de l'Allemagne, des Etats-Unis ... a suscité un accroissement des échanges commerciaux, un développement des relations privées internationales, commerciales, civiles, parfois pénales ... La mise en contact des économies et des individus a provoqué celle des droits et des juridictions. L'intérêt pour les droits étrangers s'est accru considérablement. Le droit comparé était la clé de l'accès à leur connaissance.

(2) Les manifestations du développement du droit comparé

Le XIX^{ème} siècle a été particulièrement fécond pour le développement du droit comparé: création de chaires dans les universités et les autres établissements d'enseignement supérieur, fondation de sociétés savantes, parution de nouvelles revues scientifiques, constitution de services de documentation.

La première manifestation du développement du droit comparé fut la création de chaires de droit comparé dans l'enseignement supérieur. La première chaire de droit comparé fut créée en 1839. Le régime autoritaire de Charles X avait été renversé en 1830: l'élection d'une majorité libérale ayant suscité un durcissement de l'attitude de Charles X (quatre ordonnances d'annulation des élections, de convocation des électeurs, de diminution du nombre des électeurs, et de suppression de la liberté de la presse), l'insurrection se transforma en révolution («Les Trois glorieuses» des 27, 28 et 29 juillet 1830). La majorité des députés était libérale et liée à la bourgeoisie d'affaires (Casimir Perier, Jacques Laffitte, François Guizot, président de la société libérale «Aide toi, le ciel t'aidera», auteur de la formule «Enrichissez-vous!»). Elle fut effrayée par le spectre d'une République démocratique et appela le roi Louis-Philippe, de la branche d'Orléans.

La monarchie de Juillet, monarchie bourgeoise, fut considérée par la bourgeoisie d'affaires, qu'elle favorisa, comme «la meilleure des Républiques» présidée par un roi-citoyen. Le développement économique fut rapide et la politique extérieure pacifique et anglophile. L'intérêt pour l'étranger devint vif. En 1839, le gouvernement, qui présidait au recrutement du Collège de France, imposa la création d'une chaire de droit comparé, sous le titre discret de chaire d'histoire des législations comparées⁸⁸.

L'université, fort conservatrice, s'opposa à ce qu'un tel enseignement soit ouvert en son sein. On a vu que le premier titulaire d'une chaire de droit comparé à l'université, en France, à la faculté de droit de Paris, fut Ortolan⁸⁹. Il fut nommé, en 1846 par le gouvernement du roi Louis-Philippe, au grand scandale les professeurs de la faculté de droit de Paris⁹⁰. Il reçut la chaire de droit criminel et législation pénale comparée. D'autres chaires de droit comparé furent créées à la faculté de droit de Paris, à la fin du XIX^{ème} siècle: droit maritime et législation commerciale

88 La chaire d'histoire des législations comparées du Collège de France fut d'abord confiée à Lermnier, sous la monarchie de Juillet, puis à Edouard de Laboulaye, en 1849, sous la II^{ème} République.

89 Voir supra, p 40.

90 Ibid.

comparée (1892), droit constitutionnel comparé pour Adhémar Esmein (1895), droit civil comparé pour Raymond Saleilles (1901). La faculté de droit de Lyon créa le premier institut de droit comparé, au début du XX^{ème} siècle.

Une deuxième manifestation du rayonnement du droit comparé a été la fondation de la société de législation comparée, à Paris, en 1869. Cette société a été la première société scientifique de droit comparé au monde. Elle a été fondée par Edouard de Laboulaye⁹¹, Rodolphe Dareste, Gustave Boissonade⁹² ... Tous trois étaient à la fois comparatistes et historiens du droit. La perspective historique, unissant droit comparé et histoire du droit, était commune aux deux disciplines, à l'époque. Dans la foulée, Laboulaye créait, début 1870, la *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*. Le Bulletin de la société de législation comparée, créé au moment de la fondation de la société, a été transformé en *Revue internationale de droit comparé*, qui associait à égalité et complètement les intérêts historique et comparatif. Le «concours international pour le droit et la législation, grand pas vers la paix», proposé par Boissonade, s'il avait eu lieu, aurait-il empêché les guerres entre les nations? Probablement pas.

Le démarrage effectif de la *Revue*, troisième manifestation du rayonnement du droit comparé, fut retardé d'un an par la guerre franco-prussienne de 1870. Les progrès du droit comparé, la comparaison et la réception des droits n'empêchèrent pas les guerres nationales, le partage du monde en empires coloniaux, la confrontation des cultures et des droits. Le droit fut, à la fin du XIX^{ème} siècle, un enjeu, un otage et une arme des luttes nationales.

Une quatrième manifestation du rayonnement du droit comparé a été la création d'un office de législation étrangère à la chancellerie (1876), érigé ensuite en bureau de la législation étrangère. Cette institution a permis la constitution d'un fonds documentaire, financé par l'Etat, d'ouvrages de droit étranger, de journaux officiels des Etats étrangers, permettant de surveiller la publication d'ouvrages majeurs et la promulgation de lois intéressantes.

91 Laboulaye est l'auteur d'une *Histoire du droit de la propriété foncière en Occident* (1839).

92 Il est possible que Boissonade soit entré en relation avec Laboulaye par son père. Laboulaye et le père de Boissonade étaient tous les deux professeurs au Collège de France et ils partageaient certains intérêts scientifiques. Par ailleurs, Boissonade était un élève d'Ortolan, qui professait, à la faculté de droit de Paris, la législation pénale comparée. Sur le contexte des études de Boissonade, voir G Antonetti, «La Faculté de droit de Paris à l'époque où Boissonade y faisait ses études», dans la *Revue internationale de droit comparé*, 1991, n°2, pp 333 à 356.

(3) Les questions agitées par la doctrine du droit comparé

Les questions auxquelles la doctrine s'est attaquée ont été multiples: place de la matière dans l'enseignement, indépendance vis-à-vis des autres disciplines, méthodes, directions des recherches, notamment.

L'apparition du droit comparé dans l'enseignement universitaire a posé la question sensible de la place du droit comparé parmi les diverses matières enseignées. Il fallait se pousser un peu, pour faire une place au nouveau venu, et personne ne souhaitait vraiment donner son créneau horaire ou le réduire. La question de la place du droit comparé s'est encore posée sous un autre angle, celui des rapports avec les autres disciplines.

La question de l'objet et de la nature du droit comparé s'est ainsi posée. Le droit comparé formait-il une branche autonome du droit? Ou était-il une partie d'une ou plusieurs autres sciences? Ou encore se réduisait-il à une méthode, la méthode comparative, appliquée à la science du droit dans son ensemble, droit public et droit privé? La question des rapports du droit comparé avec l'histoire du droit, d'un côté, et avec la sociologie juridique, d'un autre côté, a été un sujet de débats tout au long du XIX^{ème} siècle, et jusqu'au début du XX^{ème} siècle.

La question des méthodes du droit comparé s'est également posée. Pouvait-on utiliser les méthodes traditionnelles (analyse des concepts, recherche des sources matérielles des règles) ou fallait-il développer des méthodes spécifiques de travail?

La question des applications les plus fécondes du droit comparé s'est également posée. Vers où porter ses regards, vers où diriger ses recherches? Dans quelles branches du droit la comparaison pouvait-elle se montrer la plus profitable? En réalité, la plupart des branches du droit semblaient se prêter à la comparaison.

Une question plus délicate concernait les droits susceptibles d'être comparés. Pouvait-on les comparer tous ou seulement certains? Au nom de quoi exclure? Un bon nombre au moins de droits semblaient aptes à des comparaisons fructueuses. Pourtant l'idée s'est implantée que la comparaison des semblables, la comparaison des droits proches par l'esprit, liés par des traditions ou par une histoire communes, est particulièrement fructueuse. Cette idée n'a pas éliminé celle de comparer des droits très lointains. Mais elle a conduit à faire prendre conscience que la comparaison de droits très étrangers l'un à l'autre accroissait les dangers et les difficultés. Le choix de droits très lointains l'un de l'autre augmentait à proportion les exigences de méthodes à respecter.

Toutes ces questions ont été agitées au premier congrès international de droit comparé tenu à Paris, pendant l'été 1900, dans le cadre des manifestations scientifiques qui entourèrent l'exposition universelle de 1900.

(B) Le congrès international de droit comparé de Paris de l'été 1900

Le premier congrès international de droit comparé a été organisé à Paris, pendant l'été 1900. Paris était le cadre d'une nouvelle exposition internationale, comme celle de 1867, qui avait été le triomphe du Second empire, comme celle de 1887, qui avait été la réponse de la III^{ème} République et avait vu l'inauguration de la tour Eiffel. Pour l'exposition de 1900, on construisit notamment le pont Alexandre III, le Grand Palais, le Petit Palais ... Le congrès international de droit comparé s'inscrivait dans la liste des manifestations scientifiques et culturelles qui entourèrent l'exposition universelle de Paris.

Les promoteurs du congrès de Paris de 1900 partageaient tous l'idéologie du progrès et de la paix par le commerce et par le droit. Ils pensaient également que le droit pourrait être unifié grâce au droit comparé. Deux professeurs de droit ont dominé les travaux du congrès, de leur personnalité et de leur pensée: Raymond Saleilles (2) et Edouard Lambert (3). Ils avaient été précédés, dans le renouveau des études juridiques, par un troisième professeur de droit, François Gény (1).

L'étude de leur pensée nous retiendra un long, peut-être trop long, moment. L'intérêt de cette étude réside dans la constatation que la problématique du droit commun est toujours renaissante depuis le droit romain, et dans la recherche de méthodes d'élaboration d'un droit unifié.

(1) François Gény (1861-1959)

La Belle époque, autour de l'année 1900, a vu un regain de vitalité de la doctrine, symbolisé en France par Gény, Saleilles et Lambert. François Gény, professeur à la faculté de droit de Nancy, est l'auteur de deux ouvrages intitulés *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, paru en 1899, et *Science et technique en droit privé positif* (1914-1924). Gény critiquait l'interprétation textuelle du code civil, qui était associée à des raisonnements abusivement abstraits, basés sur les grands principes, qui constituait, selon lui, la méthode d'exposition du droit de l'école de l'Exégèse

A la fin du XIX^{ème} siècle, l'école de l'Exégèse était de plus en plus critiquée. Edouard Lambert, dont nous verrons plus loin la conception originale du droit comparé, critiquait sévèrement l'école. Il écrivait qu'avec elle, «les jurisconsultes ont cédé la place aux commentateurs de la loi», une allusion au remplacement par les commentateurs médiévaux des créatifs jurisconsultes romains. Il

approfondissait sa critique en affirmant que les interprètes s'étaient bercés de l'illusion que le code civil et les quelques lois qui l'avaient complété et modifié pourraient suffire indéfiniment à fournir la solution à toutes les difficultés juridiques que le travail de la pratique faisait surgir chaque jour. Ils ont nié, écrit-il, «la loi de perpétuelle mobilité du droit».

Gény proposait de remplacer cette méthode par une méthode de «la libre recherche scientifique», qui pratiquerait une double ouverture. Il critiquait le «fétichisme de la loi écrite et codifiée»⁹³, et il suggérait de concentrer l'étude sur la jurisprudence, car celle-ci suivait le mouvement de la vie et traduisait la réalité sociale. Il suggérait aussi, deuxième ouverture, que les juristes s'appuient sur les apports des nouvelles sciences sociales, en particulier la sociologie, l'économie politique, la psychologie sociale collective. D'ailleurs, pour Gény, la jurisprudence fournissait à la sociologie sa source d'information la plus sûre, sa matière première la plus vivante, son objet d'étude le plus scientifique.

Gény écrivait que, dans les cas non prévus explicitement par la loi, le juriste devait rechercher, librement et scientifiquement, les solutions objectivement justes, l'ordre naturel des choses, les conditions de l'harmonie sociale. De là, la dénomination de sa méthode: «la libre recherche scientifique». La libre recherche scientifique remplacerait la simple interprétation du droit positif, pour se tourner vers la recherche de la nature des choses positives, la recherche des principes supérieurs de justice et d'utilité sociale, un nouveau droit naturel.

Par son esprit d'ouverture, Gény a exercé une influence stimulante sur Saleilles et sur Lambert.

(2) Raymond Saleilles (1855-1912)

Raymond Saleilles était professeur à la faculté de droit de Paris. Il s'était intéressé, de bonne heure, au mouvement de la pensée juridique en Allemagne. L'Allemagne était animée par des débats très vifs, depuis la Révolution de 1848. L'union politique (le II^{ème} *Reich*) se réalisa en 1870. L'union juridique en 1900, avec la promulgation du code civil allemand, le *Bürgerliches Gesetzbuch* (désigné par simplification et abréviation le *BGB*) et la mise en conformité avec celui-ci du code de commerce (*Handelsgesetzbuch*).

Entre 1848 et 1900, les jurisconsultes furent sollicités, et toutes les écoles de la pensée juridique rivalisèrent pour contribuer à la construction du *Deutsches Privatrecht*. Saleilles observa ces débats, approfondit sa connaissance du droit

93 *Méthode ...*, T I, p 70.

allemand, et s'en fit le traducteur et le propagateur en France. Sa démarche ne se bornait pas à faire la promotion d'un droit étranger, à être un actif germaniste. Il fut aussi un grand comparatiste.

Saleilles voulait donner comme but au droit comparé le dégagement d'un droit commun universel, d'un droit commun de l'humanité civilisée. Pour lui, ce droit commun serait le produit de l'histoire comparative elle-même, et non celui d'une discipline indépendante, comme le pensait Edouard Lambert. Le droit commun serait tiré directement, sans l'intermédiaire de la législation comparé, du droit comparé conçu comme la science des phénomènes juridiques. Il reposerait sur «la marche comparative du droit dans l'ensemble de son évolution chez les peuples civilisés». Saleilles entrevoyait la constitution, par la méthode historique, d'une science du droit universelle, dont les législations nationales ne seraient que des adaptations. Il écrivit, dans le *Livre du centenaire du Code civil*, en 1904:

La méthode historique ne consiste pas seulement à observer ce qui se passe dans un pays, mais à constater toutes les pénétrations et les réactions réciproques qui se produisent entre conceptions scientifiques d'origines diverses. Le premier point de vue, d'un nationalisme étroit et exclusif, était l'un des dogmes de l'école de Savigny. C'est au large et fécond génie d'Ihering que l'on doit surtout ce renversement des barrières. Toute science est forcément internationale et universelle. Le droit ne peut être une science véritable, qu'à la condition de classer les phénomènes juridiques, qu'elle qu'en soit la provenance, de les rapprocher et d'en déduire la synthèse générale.

Et c'est ainsi qu'après un siècle de distance, les deux extrémités de la chaîne sont sur le point de se rejoindre. L'art. 1^{er} du projet de Code civil affirmait l'existence d'un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives; et ce ne pouvait être, disait le texte lui-même, que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes. Toutes les législations positives, à commencer par le Code civil, n'étaient qu'une dépendance de cette vaste construction du droit commun universel.

A l'aube du XX^{ème} siècle, nous revenons à une conception très voisine de celle de nos pères. Nous entrevoyons, nous aussi, la constitution progressive d'une science du droit qui serait universelle, d'une *Welt Rechts Wissenschaft*: elle ne se bâtit plus, il est vrai, sur le roc immuable de la raison et de la philosophie, mais sur le terrain plus mouvant de l'histoire universelle. Nos législations positives, au lieu de n'être que des domaines séparés les uns des autres, gardant, chacun vis-à-vis de l'autre, une position irréductible, ne seront que des adaptations aux diversités nationales de cette science, une et universelle, du droit historique. Comme jadis,

sous l'empire du droit rationnel, elles se rapprocheront peu à peu les unes des autres, dans l'unité d'un même courant scientifique⁹⁴.

Saleilles mariait donc l'approche historique et l'approche comparatiste. Il jetait un pont entre le code civil français de 1804 et le code civil allemand de 1900. La science universelle du droit serait la science universelle du droit historique et elle permettrait la construction d'un droit universel. Des choses avaient changé entre 1804 et 1900. Le droit universel ne pouvait plus se construire sur le droit naturel, sur la raison, la philosophie, la religion. Il serait dépouillé de ses qualités d'éternité et d'immutabilité. Il se construirait sur le terrain «plus mouvant» de l'histoire.

Cet espoir d'une unification totale du droit n'était pas incompatible avec l'existence des droits nationaux. Les droits nationaux étaient des «dépendances du droit commun universel». Ils étaient ses «adaptations aux diversités nationales». Ce rêve d'une unification du droit ne se fondait pas sur l'illusion d'une identité des structures des groupes sociaux civilisés. Saleilles jugeait cette idée d'une identité complète des structures un postulat aussi inacceptable que celui de l'immutabilité naturelle des institutions.

Saleilles dessinait une architecture de l'ordre juridique mondial: un droit universel, des droits nationaux placés dans sa dépendance, qui en seraient des adaptations. Son élève, Edouard Lambert, autre acteur majeur du congrès de Paris de 1900, défendait des idées, pour certaines, proches, et pour d'autres, éloignées.

(3) Edouard Lambert (1866-1947)

Edouard Lambert⁹⁵, professeur à la faculté de droit de Lyon, fondateur du premier institut de droit comparé en France, à la faculté de droit de Lyon, fut la deuxième figure de proue du congrès de Paris de 1900. Lambert acheva, juste avant l'ouverture du congrès⁹⁶, son ouvrage intitulé *Etudes de droit comparé législatif – Introduction – La fonction du droit civil comparé*, titre énigmatique.

Lambert s'intéresse surtout à la fonction du droit comparé. Dans son esprit, le droit civil est le cœur, la partie commune, la plus importante, du droit privé. Pour lui, le droit civil comparé était la matière reine du droit comparé. Lambert avait une

94 «Le code civil et la méthode historique» dans *Le code civil (1804-1904) – Livre du centenaire*, pp 127 et 128.

95 *Etudes de droit comparé législatif – Introduction – La fonction du droit civil comparé* (1903) p 907.

96 La préface est datée ainsi: «Lyon, le 15 juillet 1900».

conception particulière du statut du droit comparé, science autonome (a), et de sa fonction, l'unification du droit (b).

(a) Le statut du droit comparé: une science autonome

Avant d'exposer les notions fondamentales qu'il propose pour l'étude du droit comparé, Lambert, dans son *Introduction*, indique les diverses conceptions générales du droit comparé et de sa fonction, qu'il critique et rejette.

- Les critiques et rejets

Lambert rejette, en premier lieu, la confusion des études de droit étranger et des études de droit comparé. Pour lui, les études de droit étranger sont une partie du droit international privé. Les droits étrangers forment la matière première que le comparatiste doit transformer. L'initiation à la connaissance précise de chacune des législations étrangères est le préliminaire indispensable de toute comparaison entre elles; elle n'en forme pas une partie

Lambert rejette, en second lieu, la réduction du droit civil comparé à l'accessoire des études de droit civil français. Au XIX^{ème} siècle, dans les facultés de droit françaises, le cours de droit civil approfondi et comparé était enseigné après la licence. C'était un instrument d'éducation juridique, un moyen de rajeunir et de vivifier les études du droit civil français. Lambert répudie cette conception limitative.

Lambert rejette, en troisième lieu, la réduction du droit comparé à former l'un des éléments de la politique juridique ou politique législative. Le travail législatif *de lege ferenda* est un travail politique, le «devoir social du législateur» (Saleilles).

Lambert rejette, en quatrième et dernier lieu, la confusion du domaine du droit comparé et de celui de l'histoire du droit en général. Il forge la notion d'histoire comparative du droit, trait d'union entre les deux disciplines. Car le droit comparé est une science autonome.

Ces conceptions sont répudiées par Lambert, parce qu'elles privent le droit comparé de toute fonction propre: elles en font une science dépendante, non autonome, auxiliaire d'autres sciences, alors que cette science a une vocation particulière: l'unification du droit.

Après ces rejets, Lambert expose sa pensée positive, les grandes notions qu'il propose pour l'étude du droit comparé, qui sont, pour lui: l'histoire comparative du droit, la législation comparée et, enfin, le droit commun législatif.

- L'histoire comparative du droit

L'histoire comparative du droit, pour Lambert, poursuit un but exclusivement scientifique et spéculatif. C'est une branche particulière (cadre et partie descriptive) de la sociologie juridique.

L'histoire comparative du droit est une science du droit qui facilite le dégagement de l'esprit général des droits contemporains, et qui reçoit plusieurs missions précises.

Première mission: préparer, par l'étude comparative de la série des relations successives qui existent entre les phénomènes juridiques, la découverte des causes qui expliquent ces relations. Deuxième mission: révéler ainsi au jurisconsulte les lois naturelles auxquelles obéissent les manifestations de la vie sociale, dont l'ensemble compose le droit. Troisième mission: faire saisir le lieu et la raison d'être des transformations de la vie juridique; dans ce rôle, cette histoire révèle les institutions dues à des phénomènes accidentels et passagers, et celles qui sont des survivances de stades dépassés de l'évolution juridique. Quatrième mission: permettre de découvrir quelles sont, pour chaque institution, les formes qui correspondent aux diverses phases du développement social et économique.

La science du droit comparé ne saurait borner le champ de ses recherches aux seuls systèmes juridiques actuels. Elle doit nécessairement l'étendre aux systèmes qui ont régi des sociétés disparues. L'histoire est inséparable du droit comparé ainsi largement entendu. Le droit comparé, sous cet angle, est à la fois la comparaison des divers droits, et de l'histoire juridique des divers peuples. La connaissance des lois du développement de la vie juridique ne peut être obtenue que par un travail de comparaison s'exerçant simultanément dans le temps et dans l'espace.

- La législation comparée

La législation comparée, pour Lambert, n'est pas une science du droit, mais un art juridique, qui poursuit un but pratique, un but d'action: elle est l'un des instruments de révélation, de création ou d'application du droit.

Elle a pour rôle de dégager, de la confrontation des systèmes juridiques qu'elle compare, le fond commun de conceptions et d'institutions qui y est latent. Elle a pour rôle de rassembler un dépôt de maximes communes à ces législations, et de l'enrichir constamment par des empiètements successifs sur le domaine du particulier.

Le droit comparé se partage donc en deux disciplines, qui ont en commun l'emploi de la méthode comparative: l'histoire comparative du droit, qui est une science juridique et constitue le principal outil du droit comparé; et la législation

comparée, qui est un art juridique et le dépôt de maximes communes aux diverses législations.

Ces deux disciplines, la science de l'histoire comparative du droit et l'art de la législation comparée, n'ont ni même nature, ni même fonction, ni mêmes domaines, ni mêmes méthodes. L'histoire comparative du droit, au-delà de ses quatre missions précises relevées plus haut, a pour raison d'être la révélation du droit commun législatif, troisième grande notion du droit comparé, selon Lambert.

- Le droit commun législatif

Le droit commun législatif est, pour Lambert, une expression de combat, qui vise plutôt le produit du droit comparé que ce droit lui-même:

L'étiquette de *Droit commun législatif*, que j'applique à ses produits, m'a paru de nature à faire saisir rapidement le caractère de sa mission, en évoquant, dans la mémoire du lecteur français, le souvenir du rôle célèbre qu'a joué jadis notre droit commun coutumier; dans la mémoire du lecteur allemand, le souvenir encore plus récent de l'influence bienfaisante qu'a eue le *Deutsches Privatrecht*. Il est utile de relier ainsi la forme nouvelle que prend aujourd'hui le droit comparé, instrument de rapprochement entre les droits particuliers, aux formes qu'il a successivement revêtues dans le passé, et de rappeler la longue carrière qu'il a déjà fournie, pour continuer par là à dissiper les résistances et les préjugés dont il est l'objet⁹⁷.

Le comparatiste, pour remplir sa tâche, doit choisir les législations les plus semblables. Lambert n'a pas choisi ses deux exemples au hasard. Il précise que les deux applications du droit commun législatif qu'il vient de citer se sont produites à l'intérieur de groupes de droit unis par une très étroite parenté, régissant des milieux économiques et sociaux similaires. De fait, le droit commun coutumier s'est dégagé des coutumes du Centre et du Nord de la France, qui formaient le droit de peuples déjà conscients de constituer une communauté nationale, et dont les droits étaient proches par bien des traits. De même, le *Deutsches Privatrecht* s'est formé par synthèse de codes adoptés par les royaumes et principautés, qui se sont fondus dans l'Allemagne; ces codes royaux et princiers présentaient un esprit et des traits communs. Lambert conclut:

Bien certainement, ni les constructeurs du droit commun coutumier, ni les constructeurs du *Deutsches Privatrecht*, n'eussent abouti aux merveilleux résultats qu'ils ont obtenus, s'ils avaient prétendu, par exemple, dégager un fond commun à la fois aux droits de leur pays et aux droits des Etats musulmans. Le cercle de

97 Op cit, pp 914-915.

développement que j'assigne au Droit commun législatif n'est donc point l'humanité civilisée; c'est un groupement beaucoup plus restreint de peuples reliés par des liens étroits d'éducation commune, rapprochés par l'action de très nombreuses influences historiques et économiques⁹⁸.

Le droit commun législatif est constitué d'un fond général de conceptions et de maximes juridiques destinées à produire, sur chacune de ces législations, une action comparable à celle exercée par le droit commun coutumier. A ses yeux, la théorie des obligations est, de toutes les parties du droit civil, celle qui porte le plus franchement l'empreinte de l'internationalisme.

On voit ce qui rapproche Lambert de Saleilles: l'importance de l'histoire du droit (définie comme histoire comparative du droit) pour le droit comparé et pour la construction d'un droit commun. On voit aussi ce qui les sépare: la nature de ce droit unifié, universelle pour Saleilles, restreinte pour Lambert.

(b) La fonction du droit comparé: une science unificatrice

Lambert n'excluait pas, des fonctions du droit comparé, les fonctions d'interprétation et d'amélioration du droit national. Le droit comparé exerce une action sur l'interprétation et la mise en œuvre du système juridique en vigueur *de lege lata*. Il exerce aussi une action sur l'amélioration du droit existant, sur les réformes législatives souhaitables *de lege ferenda*. Le droit comparé est un élément de la politique juridique, l'art de préparer les transformations volontaires et conscientes du droit. Le législateur et le jurisconsulte ont un devoir social: l'action exercée sur le mouvement du droit, dans l'intérêt général. La science du droit comparée et la législation comparée ont un rôle social d'amélioration du droit.

Lambert assignait au droit comparé la mission originale, fondamentale, d'unifier le droit, et la mission seconde de faciliter la formation d'une conscience internationale.

- L'unification du droit

Saleilles entrevoyait la formation d'un droit universel, dont les droits nationaux ne seraient que des «adaptations aux diversités nationales» de la «science du droit universelle». Lambert ne voyait le droit commun législatif qu'entre un groupement limité de peuples unis par l'éducation, l'histoire et l'économie. Lambert voyait la communauté juridique internationale comme une union internationale ouverte, connaissant des subdivisions en groupes inégalement homogènes, d'une branche du droit civil à l'autre, d'une institution à l'autre. Au sein de la communauté juridique

98 Op cit, p 920.

internationale, des forces d'attraction se faisaient sentir, tel le code civil de 1804 ou le *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900.

Quand Lambert écrivait, en 1900, on commençait à préparer les festivités du centenaire du code civil (1904) et le *Bürgerliches Gesetzbuch* venait d'entrer en vigueur (1^{er} janvier 1900). Lambert propose aux comparatistes de continuer à labourer le nouveau terrain qui s'offre à eux, qu'il voit, comme Saleilles, différent en 1900 de ce qu'il était en 1804. Le temps du droit naturel, source du droit commun, est passé, celui du droit historique arrive.

Lambert assignait cependant au droit comparé la mission originale d'unifier le droit. Il voyait le droit comparé, dans son ensemble, comme la branche de la science du droit qui a pour objet l'unification des législations, le dégagement d'un fond commun de maximes et de conceptions juridiques:

Il n'est pas douteux que si nous comparons, c'est avec le désir de rapprocher les objets comparés, avec la préoccupation constante de trouver entre eux des points de contact et des terrains d'union: c'est là la *raison d'être* essentielle de notre discipline⁹⁹ ... Oui, nous aspirons à réaliser le maximum possible de rapprochement entre les législations; nous cherchons de parti pris à uniformiser les productions de jurisprudences et de pratiques extra judiciaires, apparentées, dans la mesure où le permettent la similitude des matériaux sur lesquels s'exerce leur travail, la ressemblance des aspirations sociales et des besoins économiques qu'elles doivent satisfaire¹⁰⁰.

Dans cette fonction d'unification du droit, le droit comparé s'appuie sur le droit commun législatif, produit du comparatisme de la science et de la législation. Le droit commun législatif ne se propose pas seulement de contribuer au perfectionnement des législations internes. Il cherche aussi à diminuer, dans la mesure du possible, les diversités qui les séparent. Il considère l'effacement des divergences législatives accidentelles comme une amélioration notable de l'état de choses existant, digne d'être poursuivie pour elle-même. Il écrit:

Personnellement, je n'ai pas l'illusion que le travail du comparatiste puisse avoir pour résultat de provoquer l'unification totale ou partielle des législations civiles, soit de tous les peuples de même civilisation, soit de quelques uns d'entre eux; la substitution aux codes nationaux, nés de la fusion de droits provinciaux, de codes internationaux, nés de l'interpénétration des droits nationaux. Mais, si je n'assigne

99 Op cit, pp 907-908.

100 Ibid, p 913.

pas un pareil but à l'action du Droit commun législatif, ce n'est pas parce que j'estime qu'il n'est pas souhaitable, c'est uniquement parce que je constate qu'il n'est pas possible¹⁰¹.

Lambert propose de poursuivre l'œuvre d'effacement progressif des diversités juridiques accidentelles, qui, de tous temps, a constitué l'une des plus hautes missions sociales de la doctrine. Car certaines divergences ne tiennent qu'à des causes éphémères, si d'autres tiennent à des causes profondes et durables. Il pense que la codification des droits nationaux doit être le point de départ de la constitution d'un droit commun législatif, comme la rédaction des coutumes en France fut le point de départ de la formation d'un droit commun coutumier.

Pour Lambert, les institutions du droit des certains pays reposaient sur une base commune. Le droit commun législatif, préexistant à la diversité de ces droits, devait être retrouvé. Il servirait d'élément de rapprochement entre les peuples. Lambert pensait qu'une harmonisation internationale de ces droits était possible, par des congrès réunissant la communauté internationale des jurisconsultes de ces pays parvenus à un stade de civilisation avancé. L'accord de la communauté des jurisconsultes était pour lui le seul moyen de dégager une solution objectivement juste, car aucun jurisconsulte ne pouvait se libérer totalement de sa propre subjectivité.

- La formation d'une conscience internationale

En deçà de l'unification du droit entre pays proches par l'histoire, l'éducation, l'économie, la doctrine comparatiste permettrait la formation d'une conscience juridique internationale. Elle faciliterait le rapprochement des civilisations et le développement du droit international. Après la Première guerre mondiale (1914-1918), la doctrine comparatiste a reçu la mission de réaliser l'idéal de paix par le droit préconisé par la société des Nations, l'organisation internationale fondée à l'initiative du président américain Wilson.

Pendant l'entre deux guerres, la SDN, établie à Genève, montra le spectacle désolant de la division et de l'impuissance. Après la Deuxième guerre mondiale, les institutions des Nations unies ont repris l'idée du droit comparé, facteur de compréhension et de rapprochement des peuples. Mais les deux guerres avaient emporté le vieux rêve de Lambert et Saleilles, d'un droit commun, scientifique et pacificateur. Le droit comparé apprenait la modestie.

101 Ibid, p 908.

(c) Le XXème siècle

La doctrine de droit comparé, au XXème siècle, abandonne les thèmes qui avaient animé ses débats au XIXème siècle, et même lors du congrès de Paris de 1900. Ces questions passent de mode après la Première guerre mondiale et sont remplacées par un souci des méthodes (3). Cette évolution est due au développement de l'intérêt pour des droits jusque-là négligés (1) et pour les autres sciences comparées (2)..

(1) L'horizon élargi

En France, l'intérêt pour le droit allemand, suscité notamment par Saleilles, avant la Première guerre mondiale, est en déclin. On constate cependant encore des emprunts au droit allemand entre les deux guerres mondiales (adoption, en 1928, de la société à responsabilité limitée sur le modèle de la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*).

Après la victoire des Alliés (Grande-Bretagne, France, Etats-Unis) sur les puissances centrales (Allemagne, Autriche-Hongrie), les juristes français se tournent plus volontiers vers les pays anglo-saxons. Lambert, Lévy-Ullmann et David s'intéressent aux droits public et privé de ces deux pays.

Avec la prise du pouvoir par les Bolchéviques en 1917, et plus encore après la Deuxième guerre mondiale, à l'issue de laquelle l'U.R.S.S. se trouve dans le camp des vainqueurs de l'Axe, l'intérêt pour le droit soviétique est réel en France. L'influence de cette super puissance et les liens d'amitié traditionnels de la France avec la Russie se conjuguent.

Par ailleurs, des juristes s'intéressent aux droits des sociétés non occidentales. Les anthropologues du droit, en relation avec les ethnologues, influencés par le structuralisme (Lévi-Strauss), s'intéressent aux peuples traditionnels, qui ne sont plus désignés comme «primitifs». Les spécialistes du droit colonial, discipline qui a sombré avec le discrédit qui a frappé l'aventure coloniale européenne, forment une autre confrérie, qui a ses cénacles, ses traités et ses revues; ce sont souvent des professeurs, des magistrats, des administrateurs, qui ont choisi de faire carrière outre-mer.

Les droits des sociétés traditionnelles qui sont étudiés sont très divers. En Amérique du Nord, les Inuits et autres peuples de l'extrême Nord prennent la place des Indiens des plaines. En Amérique latine, les Amérindiens suscitent l'intérêt. En Afrique, les innombrables peuplades d'Afrique noire particulièrement. En Océanie, les Aborigènes d'Australie, les Polynésiens du triangle Hawaï - Nouvelle Zélande (Maoris) – Île de Pâques, les Kanaks de Nouvelle Calédonie ...

Cet élargissement géographique des perspectives se combine avec une ouverture vers les autres sciences comparées.

(2) L'ouverture vers les autres sciences comparées

La discipline du droit comparé est influencée par le développement général des études comparatives dans les autres branches des sciences humaines. La littérature comparée¹⁰², la linguistique comparée, la philologie comparée¹⁰³, les sciences religieuses comparées¹⁰⁴, la sociologie comparée, l'ethnologie comparée ... se sont développées, dès la fin du XVIIIème siècle, parfois, au cours du XIXème siècle, plus surement.

Mais, pendant le XIXème siècle, les juristes n'ont accepté que lentement, et avec réticence, la formation de la discipline du droit comparé. Le conservatisme de l'esprit juridique, celui des juristes en général et celui des professeurs de droit en particulier, se sont conjugués. Le nationalisme juridique, justifié par le Code civil, tend à écarter l'étude des droits étrangers. Ces disciplines nouvelles n'ont commencé à exercer une influence sur le droit comparé que tardivement, à la fin du XXème siècle.

La science de la traduction, particulièrement importante pour le droit comparé, ou traductologie, s'est constituée aussi en science, comme on le verra au chapitre suivant, qui traitera des méthodes du droit comparé, où, dans la section consacrée aux instruments de la comparaison des droits, un paragraphe sera dédié à la traduction¹⁰⁵.

La philosophie tient aujourd'hui une place importante dans les diverses sciences comparatives. Elle est influencée par la pensée critique du XIXème siècle: Marx (la critique de l'idéologie), Nietzsche (la critique du grand Tout), Freud (la critique des sciences du savoir par la prise en compte de l'inconscient). La question de l'altérité, de la reconnaissance de l'Autre comme différent radical, est devenue une question centrale, liée à celle du langage et de la compréhension.

102 Voir Claire Joubert, «Problèmes de littérature étrangère pour le comparatisme» dans *Comparer les droits, résolution*, sous la direction de Pierre Legrand (Paris, 2009) pp 179-207.

103 La philologie comparée a notamment permis la découverte de la parenté des langues indo-européennes: sanskrit, grec, latin, germanique ...

104 Les sciences religieuses comparées ont été fondées par Max Müller, professeur à Oxford, de 1863 à 1875, et ont d'abord séparé la théologie de la science des religions. Voir Jeremy Carrette, «Etudes religieuses comparatives et éthique de la connaissance: de la moralité des catégories» dans *Comparer les droits, résolution*, cité, pp 509-536.

105 Intitulé «Le droit comparé et les langues étrangères».

Pour Martin Heidegger (1889-1976), professeur à l'université de Fribourg-en-Brisgau, il existe une pré structure de la compréhension: «Nos langues parlent historiquement ... C'est le langage qui parle, non l'homme». Pour Hans-Georg Gadamer (1900-2002), la pré compréhension ou *Vorverständnis* se manifeste ainsi: l'homme recherche dans un texte une réponse aux questions qu'il se pose selon ses mots, selon ses conceptions, ses préjugés (les *praeiudicia* ou choses jugées au préalable) et il trouve des réponses selon ses questions et ses préjugés. De plus, la langue travaille historiquement. Elle se charge de données culturelles en vertu de la *Wirkungsgeschichte*, de l'histoire de l'effet, de l'action, de l'influence (de la culture).

L'herméneutique ou science de l'interprétation, se protège des pré entendements ou préjugés. L'herméneutique voit, dans le mot, l'expression, le symptôme d'une signification sous jacente à découvrir par l'interprétation. Jacques Derrida (1930-2004), par ses ouvrages sur l'écriture, sur les langues, sur la littérature comparée, a trouvé un écho favorable en droit comparé¹⁰⁶.

Les tenants du pluralisme juridique affirment l'altérité radicale, et la valeur égale, des divers droits. Les tenants de la nouvelle herméneutique professent une éthique de la comparaison, qui s'intéresse particulièrement aux problèmes de traduction. La linguistique et la sémantique ont remis en cause le langage même.

Il faut encore mentionner, comme facteur d'évolution des questionnements du droit comparé, le renouveau récent de la science du droit et la contestation du droit positif comme le tout du droit. L'appréhension du droit comme un phénomène culturel a orienté le droit comparé des dernières années.

L'élargissement de l'horizon des spécialistes du droit comparé à d'autres droits et leur ouverture aux autres sciences comparatives ont modifié les questions qu'ils se posent aujourd'hui.

(3) Les questionnements renouvelés

Les questions qui intéressent la doctrine changent. On tient pour moins intéressantes les questions du statut universitaire, du domaine et des fonctions du droit comparé.

Le statut universitaire de la discipline se stabilise. Les comparatistes obtiennent une reconnaissance de leur spécialité. Les rapports avec les sciences voisines se précisent: si les collaborations entre comparatistes et historiens du droit sont nombreuses, les deux disciplines sont bien distinguées. Les comparatistes disposent

106 Voir Pierre Legrand, «Au lieu de soi» dans *Comparer les droits, résolument*, cité, pp 11-37.

des chaires universitaires créées à la fin du XIX^{ème} siècle. De plus, ils se regroupent au sein d'instituts de droit comparé. Leurs sociétés savantes se multiplient. Leurs revues aussi.

Toutefois, on remarque que certains enseignements disparaissent, les enseignements de droit constitutionnel comparé, droit civil comparé, droit commercial comparé. Ils sont considérés comme trop généraux. Ils sont remplacés par des cours portant directement sur des grands droits étrangers, anglo-saxons ou continentaux principalement, et par des séminaires portant sur la théorie de la comparaison.

Le domaine d'étude du droit comparé est également l'objet d'un consensus. On reconnaît la dualité des matières: les droits étrangers et leur comparaison. Mais les auteurs semblent se partager entre théoriciens de la comparaison et praticiens.

Les fonctions du droit comparé sont reconnues comme diverses. L'accord se fait aussi sur les difficultés de l'unification du droit. Les rêves de Saleilles et de Lambert d'une harmonisation, et même d'une unification du droit, apparaissent quelque peu utopiques.

On observe même l'émergence d'une école très critique à l'égard des fonctions d'harmonisation du droit et d'unification du droit reconnues au droit comparé. Le pluralisme juridique est défendu comme une richesse et une valeur liée à la diversité des cultures juridiques. A cette conception s'ajoute la résistance des Anglo-saxons à l'égard de l'unification du droit européen, qui est considérée par eux comme une menace pour la survie de la *common law*.

Les questions du statut, du domaine et des fonctions du droit comparé sont donc largement résolues.

Par contre, le problème des méthodes du droit comparé, celui de la méthodologie de la démarche comparative, devient central. Le droit comparé s'intéresse à la comparaison et à ses exigences, autant qu'aux droits étrangers. Cette exigence se comprend dans la mesure où les comparatistes prennent en considération des droits de plus en plus nombreux, de plus en plus éloignés, de plus en plus difficiles à comparer. L'élargissement de l'horizon géographique des comparatistes appelle des méthodes plus rigoureuses et scientifiques.

CHAPITRE III: LES METHODES DU DROIT COMPARE

La comparaison, qu'elle porte sur les langues, les littératures, les religions, les médecines, fournit un curieux témoignage de la diversité des créations humaines, des opinions et des convictions des hommes. La prise en compte de droits de plus en plus lointains et différents par leur esprit impose à la démarche comparative le respect de méthodes rigoureuses. Aux exigences méthodologiques *stricto sensu* (Section I) s'ajoutent, dans la comparaison des droits, des contraintes très fortes concernant la documentation et la traduction (Section II).

Section I. Les Exigences de Methode de la Demarche Comparative

On donne le nom d'*épistémologie* à la science des sciences. *Epistémologie* est un composé de deux mots grecs: *logos*, le discours raisonné, et *épistémè*, la science. L'épistémologie juridique comparative, la science du droit comparé, s'appuie sur les méthodes traditionnelles d'étude du droit (Paragraphe 1), sur une méthode classique, le fonctionnalisme (Paragraphe 2) et sur d'autres méthodes encore (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. Le droit comparé et les méthodes traditionnelles d'étude du droit

Konrad Zweigert et Hein Kötz, dans leur ouvrage classique¹⁰⁷, tiennent à rappeler aux comparatistes qu'il existe des méthodes de travail générales, communes à tous les juristes, et utiles à rappeler aux étudiants. Ils mettent particulièrement en garde contre la perte de bon sens qui frappe parfois les chercheurs de cette discipline.

Zweigert et Kötz attirent l'attention sur le fait que les idées, notamment les hypothèses de travail qui devront être vérifiées par la recherche, par l'observation et, peut-être, par l'expérience, reposent parfois sur une intuition soudaine, ponctuelle, initiale. Ils citent Max Weber (1864-1920), qui écrivait: *The idea is normally bottomed on hard work*. Le grand sociologue et historien allemand n'excluait pas (*normally*) qu'une idée géniale, ou au moins suggestive et féconde, ne puisse germer en tout esprit, au tout début du travail. Mais il pensait opportun de rappeler que la règle inverse est générale: il convient de se mettre à l'œuvre avec une certaine humilité, de ne pas se décourager, et les idées viendront, à leur rythme, chemin faisant.

107 *Einführung in die Rechtsvergleichung* (3^{ème} éd, Tübingen, 1996) traduit en anglais par le regretté Tony Weir *An Introduction to comparative Law* (Oxford, 1998).

Zweigert et Kötz citent également Thomas Edison (1847-1931), qui disait: *Genius is one per cent inspiration and ninety nine per cent perspiration*. Le grand inventeur et précurseur américain, un autodidacte devenu ingénieur, avait trouvé une formule frappante pour répondre à ceux qui pensent que leurs intuitions peuvent compenser le peu de temps qu'ils passent à la bibliothèque, dans les fonds documentaires, les archives

Zweigert et Kötz s'attachent à définir la bonne attitude intellectuelle du chercheur en droit comparé. Les rapprochements hâtifs ou hasardeux sont particulièrement à craindre dans cette discipline. Le comparatiste doit manifester des qualités de jugement, de bon sens. L'esprit de paradoxe et de fausseté est à proscrire tout particulièrement dans la comparaison des droits. Certaines qualités y sont, par contre, très prisées: l'intuition et le flair, le discernement, la perspicacité, la finesse.

Zweigert et Kötz insistent également sur la nécessité de l'esprit critique. Certes cette qualité est une constante de l'exigence scientifique, depuis le rationalisme critique du XVII^{ème} siècle, depuis Descartes, au moins. Mais, en droit, le conformisme est un travers traditionnel, que le positivisme juridique (le respect pour le droit existant) a renforcé. La disponibilité à une remise en cause radicale des institutions et de la philosophie du droit appris par le chercheur, dans le cours de sa formation juridique initiale, est une condition indispensable, si l'on veut mener avec sérieux des études et des recherches en droit comparé.

Ce rappel des méthodes traditionnelles d'étude du droit et la mention des qualités intellectuelles requises du comparatiste étant faits, il est possible d'aborder la question des méthodes spécifiques d'étude du droit comparé.

Paragraphe 2. Le droit comparé et le fonctionnalisme

Le fonctionnalisme est la méthode classique du droit comparé. Dans cette conception traditionnelle, la maîtrise de la problématique de la fonctionnalité des règles et des institutions est essentielle.

Le fonctionnalisme peut être défini, dans les sciences humaines, comme «la théorie qui accorde à la fonction d'un élément d'un système, et au fonctionnement du système, la primauté sur le classement des éléments (taxinomie) et sur les modifications du système» (Le Robert). La recherche de la fonction de la notion, de la règle (ou norme), de l'institution (organe ou mécanisme), et la découverte du fonctionnement du système sont donc privilégiées.

On distingue de la règle (ou norme) isolée, l'institution, qui peut être un organe, ou un mécanisme. Dans les deux cas, l'institution est un faisceau de règles unies.

Ainsi, l'institution du mariage est faite d'un arrangement de règles, justifiées par un ou plusieurs objets, par un ou plusieurs buts. Les institutions répondent à des besoins, qui en justifient l'existence. Elles ont une source matérielle, qui fournit leur raison d'être et expliquent leur matière: elles ont une *ratio legis*. Il en est de même de la responsabilité gouvernementale (devant le parlement), qui est une autre institution mécanisme, ou du gouvernement lui-même, qui est une institution organe.

Zweigert et Kötz prennent comme exemple le droit de la publicité foncière. Ce droit a pour raison d'être, pour *ratio legis*, la sécurité des transactions immobilières. Cet objet est visible à la fois dans le droit en vigueur en Allemagne et dans le droit appliqué aux Etats-Unis. Mais les moyens d'atteindre ce but diffèrent dans les deux systèmes. En Allemagne, l'Etat a créé l'institution des livres fonciers, tenus par l'autorité publique, qui en délivre des extraits dotés d'une grande force juridique. Aux Etats-Unis, la pratique a créé des sociétés d'assurance foncière, qui garantissent, contre le paiement d'une prime modique, les droits de l'acquéreur. Ces sociétés d'assurance ont rassemblé une documentation très sûre et très précise sur la propriété de l'ensemble du sol, sur tout le territoire des Etats-Unis.

Il est de fait que la découverte de la fonction d'une notion, d'un organe, d'un mécanisme permet d'aller plus loin dans la compréhension que ne l'autorise une simple définition. On peut toutefois objecter immédiatement que les institutions ont parfois des fonctions multiples, et qu'il peut être difficile d'identifier la fonction principale et des fonctions secondaires, et de suivre les éventuelles modifications de cette hiérarchie.

A titre d'exemple, le mariage est vu aujourd'hui comme une institution destinée à assurer le bonheur des époux et des enfants: le mariage, fondé sur le bonheur et promesse de bonheur. En vain, certains esprits, parfois qualifiés de chagrins¹⁰⁸, rappellent-ils que les époux sont unis pour le meilleur et pour le pire, que la solidarité dans les difficultés est une obligation des époux, comme la fidélité sentimentale et physique. Le mariage a des fonctions multiples: bonheur du couple et des enfants, renouvellement des générations (sans lequel le système de retraite par répartition s'effondrerait), entraide conjugale et transgénérationnelle. Comment hiérarchiser ces diverses fonctions? Peut-on d'ailleurs, après les avoir distinguées, les séparer? L'obligation alimentaire entre parents, qui est l'une des règles du mariage, a elle-même plusieurs fonctions: entretien des enfants par le couple, mais aussi entretien des parents devenus trop vieux pour subvenir à leurs moyens par

108 Les humoristes regrettés, Michel Colucci, dit «Coluche» et Thierry Le Luron disaient: «Pour le meilleur et pour le rire».

leurs descendants, et encore entretien des frères et sœurs, répondant toutes à des préoccupations publiques et privées.

La démarche comparatiste nécessite la vérification préalable de la comparabilité des droits et des institutions que l'on veut confronter, de la similarité des besoins des hommes et des sociétés concernées. Pour Zweigert et Kötz, on peut faire l'hypothèse que les droits sont similaires, même dans le détail. Cette présomption de similitude (*praesumptio similitudinis*), surtout dans le détail, reste une opinion des deux auteurs qui a été critiquée sévèrement.

La démarche comparatiste requiert également une aptitude à poser les problèmes de manière très générale, sans faire référence, explicitement ou implicitement, aux concepts du droit national, sans se reposer sur les catégories du droit dans lequel on a été formé.

La démarche comparatiste exige aussi une honnêteté intellectuelle scrupuleuse, ainsi que la curiosité de découvrir le pourquoi de la variété des réponses apportées par les divers systèmes juridiques à des besoins ou des questions similaires.

En cas de difficulté, l'appel à un troisième élément de comparaison, s'ajoutant aux deux objets comparés, peut s'avérer utile, ou même indispensable. Le recours à ce *tertium comparationis*, comme une sorte d'arbitre impartial, dont on a trouvé les origines chez Montesquieu¹⁰⁹, peut aussi servir à une vérification des conclusions.

La conception classique de la méthode comparative, s'appuyant essentiellement sur le fonctionnalisme, a été récemment l'objet de vives critiques, et des auteurs ont proposé de recourir à d'autres méthodes de travail¹¹⁰.

Paragraphe 3. Le droit comparé et les autres méthodes d'étude du droit

La critique portée par des auteurs comme Geoffrey Samuel dénonce «l'impérialisme théorique, sinon idéologique»¹¹¹ du fonctionnalisme, signe d'une absence de «curiosité inquisitrice», qui isolerait le droit comparé, et le droit en général, des autres sciences sociales et, d'ailleurs, les autres sciences sociales du droit. Cette théorie supposerait «un savoir juridique constitué de règles ou de normes bien définies, existant en tant que système indépendant des faits sociaux».

109 Voir supra, pp 59 et 60.

110 Voir, notamment, Geoffrey Samuel «Dépasser le fonctionnalisme» dans *Comparer les droits, résolution*, op cit, pp 405-430.

111 Op cit, p 409.

Tous les auteurs reconnaissent au fonctionnalisme, à la recherche de la fonction dans le système, une place importante dans la méthodologie de la comparaison des droits. Est-ce une méthode impérialiste, une méthode dominante, une méthode de prédilection, une méthode privilégiée, une méthode de départ, une méthode d'orientation? Aujourd'hui, beaucoup d'auteurs insistent sur la place et le rôle d'autres méthodes, qui peuvent s'avérer aussi efficaces que le fonctionnalisme. On ne peut donc pas les qualifier de méthodes annexes. Chacune est fondée sur une relation logique privilégiée.

La méthode causale, ou schème causal, promeut la recherche de la nature du phénomène juridique (règle, norme, institution, fait juridique) par sa cause dans le système juridique.

La méthode structurale, ou schème structural, privilégie la recherche de la compréhension du phénomène par l'analyse de la structure du système juridique lui-même, au moyen du principe de disjonction, ou principe d'alternative (tantôt ... tantôt ...). Le phénomène est vu comme une résultante du système. Le structuralisme a connu une grande vogue en linguistique et en ethnologie, depuis un siècle environ. Le droit lui échappe quelque peu, sauf auprès des comparatistes.

La méthode actancielle, ou schème actanciel, défend l'idée que tout phénomène résulte de l'action intentionnelle de certains acteurs, dans un certain univers, dans un certain milieu.

La méthode dialectique, ou schème dialectique, s'appuie sur la conception que tout phénomène résulte de l'effet des contradictions internes au système.

La méthode herméneutique, ou schème herméneutique, a en faveur l'idée que tout phénomène s'explique par l'interprétation. En linguistique, l'herméneutique voit les phénomènes du discours (oral ou écrit) comme des signes dont l'interprétation fournit le sens: elle permet le décodage de séquences de signes complexes. Foucault définissait cette herméneutique comme «l'ensemble des connaissances qui permettent de faire parler les signes et de découvrir leur sens». On oppose parfois le schème structural (le droit comme structure de règles), dans lequel la structure est posée comme une vérité indiscutable, au schème herméneutique (le droit comme objet d'interprétation), dans lequel le phénomène juridique est étudié dans son contexte culturel. Le contexte culturel fournit la signification sous-jacente.

Ces méthodes si diverses ne peuvent, sans dommage ou perte d'efficacité, être écartées de la panoplie des outils à la disposition du comparatiste. On voit immédiatement que l'étude du droit fait rencontrer des phénomènes de combinaison de ces méthodes. L'intention du législateur (schème actanciel) est parfois prise en

compte par le juge, dont la fonction majeure est l'application d'une règle générale à des faits déterminés, dans son application de la méthode herméneutique (l'interprétation de la volonté du législateur), ou de la méthode fonctionnelle, ou téléologique, (qui lui fait rechercher le but visé par le législateur), ou de la méthode structurale, bien utile pour que le droit garde son caractère d'ensemble cohérent, non contradictoire, de normes.

La démarche comparative a donc une exigence de méthode particulièrement forte. Cette recherche de méthodes juridiques éprouvées donne des résultats qui enrichissent la science du droit en général: c'est l'une des contributions majeures du droit comparé au droit en général. Le droit comparé présente une deuxième originalité de méthode, qui touche à son matériau de travail: le traitement de la documentation exige des procédés particuliers.

Section II. Les Instruments de la Comparaison des Droits

Deux instruments de la comparaison des droits sont particulièrement utiles et nous retiendrons: la recherche des documents (Paragraphe 1) et la traduction de ceux-ci (Paragraphe 2). Nous terminerons cette section, consacrée aux instruments de la comparaison, et aussi ce chapitre, intitulé «Les méthodes du droit comparé», et même cette partie, dédiée à la comparaison des droits, par l'étude de l'aide que le droit comparé peut trouver dans des disciplines voisines (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. La recherche documentaire

Le problème de la recherche documentaire a toujours été crucial et difficile, en droit comparé. Avant l'apparition de l'internet, la question de la documentation menaçait déjà d'engloutir le comparatiste (1). Après cette innovation, la difficulté n'a pas disparu et la question s'est trouvée posée en des termes différents (2).

(1) Un problème traditionnel

L'ambition du droit comparé de s'intéresser à tous les droits, la volonté d'en dresser une typologie complète, le désir de rester informé de tous les développements ont toujours posé de grands problèmes aux comparatistes: les juristes de droit comparé ont parfois une soif de connaissances et un appétit d'informations beaucoup plus grands que leurs capacités de lecture et d'étude, même quand leur force de travail est surhumaine.

Léontin-Jean Constantinesco (1913-1981), un roumain qui avait choisi l'exil pour échapper à la servitude, professeur à la faculté de droit de Nancy, est resté célèbre, dans l'histoire du droit comparé. Il avait annoncé son projet de réaliser un traité complet de droit comparé, donnant un exposé de l'ensemble des systèmes juridiques. L'établissement d'une typologie complète de toutes les familles de droit,

qui satisfasse ses exigences scientifiques, qui étaient très hautes, occupa la plus grande partie de sa carrière. Le nom de ce grand savant restera justement célèbre, bien au-delà de ses anciens collègues de Nancy, qui cultivent, respectueusement et légitimement, son souvenir, pour cette classification, fort originale, de toutes les familles des droits, et toujours stimulante, pour les comparatistes d'aujourd'hui.

Il est de fait que le droit comparé nécessite des connaissances très vastes et des intérêts très divers. A la période récente, l'émergence des nouvelles puissances économiques, que sont le Brésil, la Chine, l'Inde ou la Russie, a suscité le besoin de s'intéresser au développement de ces droits, à l'égal des droits romanistes ou de *common law*. Même si le Brésil et la Russie peuvent se rattacher, surtout le premier, à la famille romaniste, ces deux droits présentent une originalité qui nécessite une étude particulière.

Le cosmopolitisme, pour ne pas dire l'universalisme, de cette discipline, lancent des défis redoutables.

Dans les années 1860, Boissonade pouvait proposer «la création d'une *Haute commission permanente de législation comparée*, auprès d'un des grands corps de l'Etat, chargée de recueillir tous les actes législatifs des nations les plus civilisées»¹¹². Cette idée est à l'origine de la création, auprès de la chancellerie, de l'office de législation étrangère, en 1876, transformé, ensuite, en bureau de la législation étrangère. La création de sociétés de législation comparée, à partir de 1867, celle de revues spécialisées, celle d'instituts de droit comparé, à commencer, en France, par celui créé par Lambert, au début du XX^{ème} siècle, au sein de la faculté de droit de Lyon, ont marqué des étapes importantes du développement de la documentation en droit comparé.

(2) La révolution de l'internet

Les institutions génératrices de droit, en particulier les parlements¹¹³, les gouvernements¹¹⁴, les juridictions supérieures¹¹⁵, ont créé des sites web, qui fournissent non seulement les journaux officiels et des recueils de jurisprudence, mais encore le compte rendu des débats, les travaux préparatoires, des commentaires et des études de doctrine. Les sites des ministères de la justice sont

112 Voir supra, p 63.

113 En particulier celui de la *National Library of Congress* des Etats-Unis.

114 Tel *Legifrance*, site de référence pour le droit français, géré par les services du Premier ministre.

115 En particulier celui de la cour suprême des Etats-Unis.

particulièrement utiles. De même les institutions internationales et européennes ont créé leurs propres sites.

Ces sites sont porteurs d'une parole officielle, parfois de propos et de commentaires émanant des milieux dits *autorisés*, c'est-à-dire de professeurs ou d'*insiders* du processus d'élaboration du droit, qui acceptent de (sont autorisés à) parler, notamment aux journalistes. Pourtant, le sérieux et la fiabilité des informations disponibles sont souvent plus grands que ceux de nombreux autres sites.

Les moteurs de recherche et l'accès confidentiel et artisanal au *deep web* procurent des informations moins formatées, mais qui doivent être recoupées, plusieurs fois, auprès de sources indépendantes les unes des autres. Certes, on trouve *tout* sur le net. Mais on trouve aussi *de tout* sur le web: le meilleur et le pire. La prudence, vertu cardinale, s'impose donc au chercheur. S'orienter dans cette nouvelle jungle, faite de sites généraux, de sites spécialisés, de moteurs de recherche, n'est pas une tâche aisée. La «curiosité inquisitrice»¹¹⁶, dont Geoffrey Samuel est un avocat éloquent, trouve ici une nouvelle application tout à fait appropriée.

C'est le lieu de rappeler que certains élèves fraîchement émoulus du lycée ne semblent pas avoir saisi que la découverte sur le web d'un article sur un sujet, même identique à l'objet de leur recherche, ne constitue pas un travail personnel de recherche.

La recherche universitaire exige la quête et la collation des sources primaires d'étude de l'institution choisie, puis leur analyse et leur interprétation personnelle, au moyen d'une méthode de travail annoncée au début du mémoire. Une table des sources primaires et une bibliographie des études antérieures sur le même sujet, séparée l'une de l'autre, sont le gage que cette démarche a été bien suivie. On doit mentionner explicitement, dans la bibliographie, les documents trouvés sur le web et jugés pertinents à la recherche. La reproduction directe et *in extenso* de cette documentation serait un plagiat, un «vol littéraire», selon la définition donnée par Le Robert, une imposture intellectuelle et un délit.

Dans une recherche personnelle un peu ambitieuse intellectuellement, l'auteur rappelle, au début, l'état des connaissances; il expose, ensuite, les fruits de son travail personnel; et il conclut, enfin, sur les apports de ce travail au progrès des connaissances.

116 Voir supra, p 86.

Il faut aussi relever les sites, de plus en plus nombreux, créés par des universités, des bibliothèques universitaires, des facultés, des centres de recherche, des universitaires et autres chercheurs agissant de leur propre initiative, individuellement ou en équipe.

De plus en plus, les éditeurs juridiques créent des sites spécialisés, où l'on trouve une documentation de qualité, synthétisant l'ensemble des sources, formelles ou non, du droit. Depuis quelques années, les manuels de droit comparé comprennent un chapitre ou une annexe entièrement consacrés à la recherche documentaire sur le net. Ces sites et ces manuels ne peuvent constituer que des points de départ de tout travail de recherche personnel, qui requiert une activité et une implication personnelles à toutes les étapes de la quête de la documentation, de son exploitation, de l'exposé d'opinions personnelles fondées sur des faits, des interprétations, des raisonnements.

La recherche documentaire sur le net conduit inévitablement à poser la question de la traduction. Il existe des sites en plusieurs langues, notamment ceux des institutions internationales, et aussi des sites officiels nationaux, et des sites privés, universitaires et autres. La prédominance de l'anglais sur le net va de pair avec un usage de cette langue par des chercheurs ignorants parfois la signification technique, exacte et complète, de nombreuses notions et expressions des droits de *common law*. Ce n'est pas la même chose qu'être capable d'écrire en anglais, et qu'utiliser les concepts du droit anglais avec exactitude. A l'inverse, un juriste de *common law*, consultant le site en anglais d'une institution de droit romaniste, rencontrera aussi des problèmes difficiles de traduction.

Paragraphe 2. Le droit comparé et les langues étrangères

Le droit comparé met directement en contact avec des sources, écrites ou orales, en plusieurs langues. Il y a donc une problématique spécifique au droit comparé (1), dont traite la science de la traduction ou «traductologie» (2), et dont on donnera quelques exemples (3).

(1) La problématique de la traduction

Certes, la globalisation multiplie les possibilités d'apprendre plusieurs langues simultanément, parfois depuis le plus jeune âge. Mais la situation la plus courante, pour les chercheurs, est celle dans laquelle ils ont une seule langue maternelle, et ils sont allophones dans une ou plusieurs autres langues qu'ils ont à manier. On parle justement alors de langues *étrangères*. Dans ce cas, la problématique de la traduction, qui s'impose au chercheur, le met au contact de la diversité des traductions possibles, de la variabilité de la traduction.

Ce problème est souvent minimisé, ce qui est fort dangereux pour le caractère scientifique du travail, car les langues présentent des disparités grammaticales et des différences lexicales, qui sont porteuses de différences de vision et de traditions culturelles. Le vocabulaire lui-même peut parfois se montrer très trompeur. Montesquieu, dans sa Préface aux *Lettres Persanes*, publiées anonymement, se pose, non en écrivain, mais en traducteur du persan en français, et dit la difficulté de faire comprendre des mœurs différentes :

Je ne fais donc que l'office de traducteur: toute ma peine a été de mettre l'ouvrage à nos mœurs. J'ai soulagé le lecteur du langage asiatique autant que j'ai pu, et l'ai sauvé d'une infinité d'expressions sublimes, qui l'auraient ennuyé jusque dans les nues.

Aujourd'hui, trois siècles plus tard, l'éducation et l'instruction demeurent encore marquées et formatées par les cultures nationales. Comme l'écrit le Pr. Derek Roebuck: *Scholarship is still national, or, if not, according to the scholarly language*. La compréhension internationale est encore entravée par cet obstacle et par bien d'autres.

Dans le domaine du droit, le problème est posé depuis longtemps et il existe une intéressante histoire de la recherche de solutions efficaces. Depuis le milieu du XVIIIème siècle, depuis 1763 exactement (traité de Paris entre l'Angleterre, la France et le Portugal), le Canada est devenu une colonie anglaise, puis un *dominion* du Royaume-Uni, enfin un Etat membre du Commonwealth. Les premiers gouverneurs britanniques, soucieux de ne pas provoquer la révolte des colons français du Québec, leur ont laissé le bénéfice de leur droit (coutumes, ordonnances, jurisprudence), tout en laissant s'introduire des institutions de la *common law*. Il en est résulté un droit mixte, formé de droit civil et de *common law*, exprimé dans deux langues différentes. Il a fallu traduire et transposer: traduire en anglais un «droit francophone», et en français un «droit anglophone». Les Canadiens ont donc acquis une riche expérience de la traduction de concepts du droit d'une famille de droit, dans la langue d'une autre famille de droit. On en verra un exemple plus loin.

Gustave Boissonade, dont on parlé au chapitre consacré à l'histoire du droit comparé¹¹⁷, devenu professeur à la faculté de droit de Paris, fut appelé par le gouvernement japonais pour établir des projets de codes pour l'empire du Japon: code pénal, code de procédure pénale, code civil ... Il réalisa vite qu'il devait former les interprètes qui avaient été mis à sa disposition par le ministère japonais

117 Voir supra, p 63.

de la justice. Ces assistants, très jeunes, insuffisamment formés en droit, avaient pour mission de traduire les projets du Pr. Boissonade. Boissonade n'était qu'un expert étranger. Le gouvernement japonais se réservait le droit de *last cut*, comme disent les producteurs de films, sur ses projets. Ceux-ci devraient être étudiés par les autorités, probablement corrigés.

Boissonade comprit le caractère vital, pour le succès de son travail, d'une parfaite traduction de ses projets, d'une compréhension aussi exacte que possible de ses concepts, de ses idées, par ses interlocuteurs. Il commença donc par former ses assistants, en droit et en langue française. Il est probable que cet enseignement lui fournit en retour maintes leçons sur la mentalité japonaise, sur sa culture, son droit, les catégories, les règles, les institutions de celui-ci. La recherche d'équivalents dans les deux langues est une partie essentielle du travail d'acculturation, de l'opération de transfert dans un droit receveur de notions et de règles d'un droit donneur.

(2) La science de la traduction ou traductologie

Comme son nom l'indique, la traductologie est une science: la science de la traduction. La légende de la Bible des Septante rapporte que la traduction en langue grecque de la Bible hébraïque, réalisée au II^{ème} siècle av. J.-C., l'aurait été à l'initiative de Ptolémée II Philadelphe, roi hellénistique d'Egypte (285-246). Le roi aurait isolé individuellement, dans l'île de Pharos, dans le port d'Alexandrie, soixante-douze rabbins (six de chacune des douze tribus d'Israël) qui, au bout de soixante-douze jours, auraient rendu une traduction identique de la Bible. Il s'agit là d'une légende, d'un mythe, qui exprime à merveille à la fois le besoin et l'impossibilité de la perfection des traductions.

Laissons de côté l'Antiquité et ses mythes, et arrêtons-nous quelques pages aux travaux de quatre figures de proue de la traductologie: Luther, d'Ablancourt, Humboldt et Schleiermacher.

- Martin Luther (1483-1546)

Martin Luther, le grand réformateur religieux allemand de la Renaissance, a été confronté au problème de la traduction. Après avoir été excommunié pour son refus de rétracter ses 95 thèses, et mis au ban de l'empire par la diète de Worms (1521), il fut protégé par le prince électeur Frédéric de Saxe, détenu secrètement au château de la Wartburg.

Luther commença à traduire la Bible, de l'hébreu en allemand. Il voulait la rendre accessible à l'ensemble des croyants car, disait-il, l'Écriture sainte est la seule autorité en matière de foi. L'Église catholique décourageait, alors, la lecture

de la Bible par les croyants, la réservant aux prêtres et aux autres ecclésiastiques. Luther tira de son expérience de traducteur une *Épître sur l'art de traduire*, dans laquelle il mentionne notamment le choix qu'il a fait dans la traduction des Psaumes de David.

Il écrit qu'il a parfois préféré à une traduction *littéraire*, une traduction libre, une traduction *littérale*, une traduction textuelle. Et même, qu'il était allé au-delà du mot-à-mot, qu'il n'avait pas hésité à déformer au besoin la langue allemande, afin de rendre parfaitement l'idée et l'image exprimées dans la langue hébraïque. Luther, emprisonné, pour sa protection, au château de la Wartburg, par le prince électeur de Saxe, écrit:

Déroger à l'allemand plutôt que de m'écarter du mot: emprisonner la prison.

Déroger à la langue allemande de son temps, courante et correcte, à la fois écrite (celle d'une infime partie de la population, la grande majorité étant illettrée) et orale, quand elle ne rendait pas parfaitement le sens de la langue de départ, pour créer une nouvelle langue allemande, compréhensible par tous les gens de son temps. Être infidèle à la langue d'arrivée, pour rester fidèle à la pensée de la langue de départ. Repousser les murs de la prison du langage, sans vergogne et sans respect du bon usage littéraire de son temps. A l'opposé se situe la démarche de D'Ablancourt, défenseur du goût français classique, un siècle plus tard.

- D'Ablancourt

En France, la victoire du goût classique, aux XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles, a entraîné l'adoption d'un style de traduction littéraire particulier, qui valorisait le bon goût, l'élégance, l'harmonie, la décence, au détriment de la fidélité.

Nicolas Perrot d'Ablancourt (1606-1664), membre de l'Académie française, est célèbre pour avoir exposé ses principes de traduction, dans les préfaces de ses nombreuses traductions d'œuvres grecques (Homère, Thucydide, Plutarque ...) et romaines (Cicéron, César, Tacite ...). Cette conception était partagée par les hommes qui formèrent le noyau de l'Académie française, fondée par Richelieu en 1634: Valentin Conrart¹¹⁸, Louis Giry, Olivier Patru.

Perrot d'Ablancourt n'a aucune pudeur à affirmer qu'il préfère modifier les textes qu'il traduit, les moderniser, les adapter aux règles du goût classique. Gilles Ménage (1613-1692), un linguiste, est à l'origine de l'expression *les belles infidèles* qui, depuis, colle à la peau de ces traductions. Ménage, écrivain mondain et galant,

118 Valentin Conrart (1603-1675), premier secrétaire perpétuel de l'Académie française, n'a rien publié de notable. Ceci fit écrire à Boileau: «J'imite de Conrart le silence prudent».

fit observer que les traductions de Perrot d'Ablancourt lui rappelaient une femme qu'il avait aimée et qui était «belle mais infidèle». Voltaire poursuivit, écrivant que Perrot d'Ablancourt avait été «un traducteur élégant et dont on appela chaque traduction *la belle infidèle*».

Certes ces traductions présentaient des qualités esthétiques indéniables. Mais elles trahissaient les auteurs et leurs œuvres. Jamais l'adage «traduction – trahison» n'a été plus justifié. Encore différente sont les démarches d'Humboldt et de Schleiermacher, un siècle plus tard.

- Humboldt et Schleiermacher

Wilhelm von Humboldt (1767-1835), philologue allemand, fondateur de l'université de Berlin, diplomate puis ministre de Prusse, a contribué à la formation de l'anthropologie comparée et aux progrès de la linguistique. Il écrivait:

Chaque langue exprime le concept avec une différence, avec telle ou telle connotation, un degré plus haut ou plus bas sur l'échelle des sentiments.

Il considérait le langage comme «l'organe qui forme la pensée».

Schleiermacher est un autre philologue allemand du début du XIX^{ème} siècle. Il publia, en 1813, un *Discours sur les différentes manières de traduire*, où l'on lit:

N'avons-nous pas souvent besoin de traduire le discours d'une autre personne, tout à fait semblable à nous, mais dont la sensibilité et le tempérament sont différents? Lorsque nous sentons que les mêmes mots, dans notre bouche, auraient un sens tout à fait autre ou, du moins, un contenu tantôt plus faible, tantôt plus vigoureux que dans la sienne, et que, si nous voulions exprimer exactement la même chose que lui, nous nous servirions, à notre manière, de mots et de tournures tout à fait différents, il semble, quand nous voulons définir plus précisément cette impression et en faisons un objet de pensée, que nous traduisons.

Schleiermacher disait qu'il y a deux manières de traduire: soit d'amener le lecteur vers l'auteur, soit d'amener l'auteur vers le lecteur. Il proposait que l'on préfère une approche éthique, qui respecte l'auteur, à une approche ethnocentrique, qui privilégie le lecteur.

Il voulait également que l'on traduise en allemand toutes les richesses de la culture étrangère. Il faut noter que son discours a été prononcé en 1813, alors que l'Allemagne avait subi les guerres napoléoniennes et cherchait à se reconstruire. A l'appropriation des richesses culturelles étrangères, par son programme de traduction de toutes les grandes œuvres étrangères, dans un but de redressement national, il ajoutait la contribution que la traduction pouvait apporter à

l'enrichissement de la langue allemande elle-même. Il proposait donc que les traducteurs adoptent la méthode de la *traduction altérisante*, qui transformerait la langue allemande, qui l'enrichirait, par la création de mots rendant l'expression étrangère, mieux que ne le ferait le vocabulaire à disposition. A la traduction littéraire et à la traduction littérale, il faudrait préférer la traduction altérisante et constructrice, qui enrichirait la langue allemande.

L'attitude des Français et des Anglais à l'égard de la traduction mérite également réflexion. En France, on peut constater une réticence à l'égard de la traduction d'œuvres en langues étrangères, qui ne peut s'expliquer que par une attitude de nationalisme culturel. Sigmund Freud se plaignait que ses livres soient peu traduits en français et peu lus en France. Il en parlait comme d'une sorte de protectionnisme commercial transposé dans l'ordre culturel. Il écrivait à des amis :

L'obstacle, chez les Français, est sans doute essentiellement de nature nationale: l'importation vers la France a toujours comporté des difficultés.

Ceci a été écrit en 1907. En 1931, il écrivait à nouveau:

A Paris, saluez uniquement de ma part les diables de Notre-Dame et le Louvre. Autrement, pour moi, cette ville est morte.

A l'époque pourtant, les catholiques étaient invités par l'Eglise à chanter au cours des offices un chant dont le refrain était: «Bienvenue à l'étranger!» Ce chant fut retiré du répertoire ecclésiastique en 1940, année de l'invasion de la France par les armées de l'Allemagne nazie. Il n'y est toujours pas revenu depuis.

L'attitude des Anglo-Saxons à l'égard de la traduction d'œuvres en langues étrangères est bien différente. Les éditeurs anglo-saxons traduisent volontiers ces œuvres. Cet amour de la traduction se conjugue, avec une certaine logique, avec une réticence à l'apprentissage des langues étrangères. La langue anglaise suffit pour parcourir le monde, *is'nt it?* Il est vrai aussi que la langue anglaise a été particulièrement accueillante. Elle est composée, selon les linguistes, en prenant un échantillon de vocabulaire littéraire significatif¹¹⁹, pour environ un quart de mots d'origine germanique, un quart d'origine latine, un quart d'origine française (l'ancien français ou, plutôt, l'ancien français d'origine latine), et un dernier quart d'origines diverses.

Pendant longtemps, les prétoires anglais ont retenti d'une langue particulière, le *Law French*, une langue dérivée de celle parlée par les ducs de Normandie, lors de

119 Cela est moins vrai du vocabulaire actif, qui est composé, pour plus de la moitié, de mots d'origine germanique.

la conquête de l'Angleterre. La *common law* s'est d'abord appelée *comune ley*. Elle fournit des exemples intéressants de mots voyageurs, d'origine normande, devenus anglais.

(3) L'exemple de l'*estoppel* en *common law*

On insiste souvent, en matière de droit comparé, sur les difficultés liées à la traduction des concepts de droit étranger. On prendra deux exemples, l'un tiré de la *common law* anglaise, l'autre du droit constitutionnel américain contemporain.

L'*estoppel* est un concept propre à la *common law* anglaise. Un dictionnaire de droit anglais¹²⁰ définit ainsi l'*estoppel*:

The principle which precludes a party from alleging or proving in legal proceedings that a fact is otherwise than it appeared to be from the circumstances.

L'auteur distingue trois types d'*estoppel*: *estoppel of records* (résultant d'une décision de justice), *estoppel by deed* (résultant d'un acte entre particuliers) et *estoppel in pais* (*en pais*, en vieux français, quand une partie a déclaré une chose, ou s'est comportée d'une manière, qui autorisait l'autre à se fonder sur ces dires ou ces faits, et à agir en en tenant compte).

Il s'agit donc d'un principe de cohérence, qui interdit à une partie de se dédire ou de se contredire au détriment d'un tiers. Les dictionnaires juridiques anglais – français traduisent *estoppel* par «non recevabilité» ou par «fin de non recevoir». Un dictionnaire juridique officiel de *common law*, publié par les autorités canadiennes pour les besoins du Québec, province francophone régie par un droit mixte, de *common law* et de tradition romaniste (française), traduit *estoppel* par «préclusion». Ce nom n'existait, ni en français, ni en anglais¹²¹.

En français, on connaît «forclusion», créé d'après «exclusion», qui exprime la sanction du défaut d'accomplissement d'une formalité (interjeter appel dans le délai). «Préclusion» a été créé, pour les besoins du dictionnaire canadien québécois, en considérant la définition donnée de l'*estoppel* dans les dictionnaires de droit en langue anglaise, tel l'*Oxford Companion to Law*. Nous avons vu que ce dictionnaire définit l'*estoppel* comme «*the principle which precludes ...*». «Préclusion» est le substantif forgé sur le verbe *to preclude*, «empêcher», «prévenir». L'étymologie nous apprend que *to preclude* vient du latin *praeclusio* ou «fermeture devant». L'étymologie nous apprend enfin qu'*estoppel* vient ... du vieux

120 *Oxford Companion to Law*, par Daniel Walker (1960), *sv Estoppel*.

121 La procédure civile américaine a récemment créé le *preclusion order*.

français *estopaille* ou «bouchon», «fermeture», du latin *stoppa* (même sens), emprunté au grec ...

En résumé, pour traduire un mot du vieux français (*estopaille*), dérivé d'un mot latin et, au-delà, grec, qui avait intégré la *common law* anglaise sous la forme d'*estoppel*, voyageant dans les malles des ducs de Normandie, les Canadiens ont formé le substantif «préclusion» à partir du verbe anglais *to preclude*, lui-même emprunté au latin *praeclusio*. Grâce à des Canadiens, francophones et anglophones, la famille française du mot «exclusion» s'est enrichie récemment d'un nouveau mot. Que de «mots voyageurs», selon l'expression du linguiste Marcel Cohen! Et en conclusion, c'est la parenté commune avec le latin de la langue française et de la langue anglaise, qui a permis ces emprunts, ces échanges, ces enrichissements et, en fin de compte, une traduction aussi expressive et fidèle que possible.

L'*affirmative action* est une notion du droit constitutionnel américain, inspirée de l'idée qu'il faut parfois traiter les gens différemment afin de les traiter également. L'*affirmative action* est devenue un principe constitutionnel américain, destiné à assurer dans les faits, par des quotas, une égalité entre des diverses communautés raciales.

En France, on traduit généralement *affirmative action* par «discrimination positive». Cette traduction est vivement critiquée aux Etats-Unis. On y voit une trahison, en fait la négation, de l'objectif que s'est fixé la loi, à savoir la suppression de la discrimination. La traduction française implique que la discrimination est un moyen de lutte contre la discrimination même. Elle traduit l'aversion de la culture politique, sociale, française, pour les quotas, et pour la prise en compte de critères raciaux, ethniques, géographiques. Qu'ils soient *blacks*, blancs ou beurs, auvergnats, basques, bretons ou corses, les Français sont, aux yeux de la loi, exclusivement français. Quant au statut personnel, les Français demeurent attachés à la politique traditionnelle d'assimilation, d'uniformisation des conditions juridiques.

Outre la science de la traduction, science littéraire, le droit comparé peut trouver une aide dans l'étude de disciplines plus voisines, telle l'histoire.

Paragraphe 3. Le droit comparé et les sciences humaines

Il faut encore mentionner, parmi les connaissances fortes utiles, et souvent indispensables, à des études sérieuses en droit comparé, des notions de diverses sciences humaines, en particulier l'histoire et la géographie. On ne saurait certes exiger d'un jeune comparatiste qu'il prenne, à titre de prérequis, des unités d'enseignement d'histoire ou de géographie. Mais des connaissances générales de ces disciplines sont fort utiles. A défaut de connaissances précises, des notions

générales, ainsi qu'une curiosité qui n'exclut pas ces deux branches de la connaissance sont, à tout le moins, nécessaires.

(A) L'histoire et, en particulier, l'histoire du droit

La connaissance de l'histoire générale des sociétés dont on veut étudier le droit est fort utile, et généralement indispensable. De même l'histoire de leur droit, comme on l'a déjà vu¹²². L'histoire, qui donne au droit son milieu naturel (Carbonnier), est le plus souvent nécessaire à la compréhension en profondeur de l'état actuel du droit positif. Comme l'écrit Jean-Louis Thireau:

Le droit n'est pas une discipline isolée, fermée sur elle-même. Il est porteur de valeurs, de traditions particulières au milieu où il s'est développé, il est le produit non d'une raison abstraite, ou de décisions arbitraires, mais d'une très longue histoire, et on ne saurait le comprendre en profondeur sans l'envisager de ce point de vue ... Le droit ne peut être connu, ni surtout compris, en faisant abstraction de son passé, de ses racines, des traditions qui, à l'échelle d'un continent, d'une civilisation, d'une nation, lui ont conféré ses caractères propres. Tout étudiant débutant aura d'abord à se familiariser avec les sources formelles du droit: la loi, la coutume, la jurisprudence. En progressant dans ses études, il se trouvera rapidement confronté à des notions de fond essentielles¹²³.

Toutes ces notions ont une histoire ... Car il n'existe pas de rupture entre le passé et le présent: la vie passée des institutions a façonné leurs caractères actuels. C'est à ce but que répondent les enseignements historiques ... pour peu qu'ils visent à éclairer les origines du droit moderne, qu'ils prennent pour objet non le *droit du passé* mais le *passé du droit*. Ce qui ne signifie pas que l'on doive les cantonner aux périodes les plus récentes, sous peine de privilégier le superficiel au détriment du plus profond. Le droit, si l'on ose cette métaphore géologique, s'est formé par couches successives, et les plus anciennes, les plus profondément enfouies sont à bien des égards les plus importantes car elles soutiennent tout le reste, elles sont à l'origine de toute l'évolution postérieure¹²⁴.

L'histoire du droit, cette discipline qui emprunte à l'histoire et au droit, qui se donne pour objet l'étude du passé du droit et non celle du droit du passé, a une communauté d'esprit avec le droit comparé. On a souvent relevé que le droit

122 Voir supra, pp 36 et 37.

123 Le Pr Thireau cite, à titre d'exemples de ces notions, en droit public, la constitution, l'Etat, la souveraineté, et, en droit privé, le mariage, la filiation, les obligations, les contrats, la propriété, la possession.

124 *Introduction historique au droit* (Paris, 2001) pp 9 à 11.

comparé observe le droit dans l'espace, alors que l'histoire du droit l'étudie dans le temps. Les deux dimensions, spatiale et temporelle, sont complémentaires. Aujourd'hui, un courant de la doctrine s'appuie sur cette idée et s'exprime notamment dans la revue *Comparative legal History*, organe de la *European Society for comparative legal History*, issue de l'initiative d'historiens du droit et de comparatistes européens, ouverte aux scientifiques des cinq continents, appartenant à toutes les traditions juridiques.

(B) La géographie

La géographie est également une science dont des connaissances générales sont fort utiles à des études de droit comparé. Les familles de droit sont si diverses, leurs membres sont si nombreux, si dispersés à la surface du globe, qu'il est nécessaire de pouvoir localiser la majeure partie des quelques 200 Etats de la planète.

Si l'on convient que la quasi-totalité de ces Etats possède un droit national, même s'il a subi des influences, que nombre d'Etats connaissent un pluralisme juridique, le nombre des droits en vigueur dépasse en réalité le chiffre des 200, et il est, plus probablement qu'un nombre à trois chiffres, un nombre à quatre chiffres. La jurisdiversité est fort grande.

Ce serait faire injure à la créativité du genre humain, et des juristes en particulier, que de limiter son intérêt et ses études, à quelques grands systèmes de droit. Pour voyager intellectuellement dans ce monde bigarré, dans cette multiplicité de droits, il est plus confortable de pouvoir localiser sur une mappemonde par la mémoire, et visualiser par l'imagination, les pays où s'appliquent les droits que l'on étudie.

Le droit comparé n'est d'ailleurs pas la seule discipline juridique à profiter de connaissances de géographie: dans la sphère interne, le droit rural, et dans la sphère internationale, diverses matières, telles le droit international public, le droit de la construction européenne, le droit fiscal international, matière qui invite au dépaysement dans les paradis fiscaux, en sont d'autres exemples.

L'anthropologie est également une discipline dont la connaissance de notions générales est particulièrement utile à l'étude des droits coutumiers traditionnels d'Afrique, d'Amérique, d'Asie et d'Océanie. La connaissance est souvent au carrefour de plusieurs champs disciplinaires.

DEUXIEME PARTIE: QUELQUES GRANDS SYSTEMES DE DROIT

On a déjà mentionné, dans l'Introduction au cours, les réserves qui doivent accompagner l'emploi de l'expression de *grands systèmes* de droit. C'est une appellation non contrôlée¹²⁵. L'expression de *familles* de droit est, elle aussi, contestée, car elle aurait une connotation génétique. Il est vrai que cette expression donne une grande importance à la formation historique du droit, au poids de l'histoire dans la genèse et l'état du droit.

Parmi les grands systèmes de droit, on compte évidemment les droits occidentaux les plus pratiqués, qui appartiennent à deux grandes familles: la famille dite romaniste (Allemagne, Autriche, Belgique, Ecosse, Espagne, France, Italie, Hongrie, Pays-Bas, Pays nordiques, Portugal, Roumanie, Suisse ...) et la famille de *common law* (Angleterre, Irlande, Etats-Unis). Ces droits occidentaux se sont répandus dans le monde, à l'occasion de la colonisation, en Afrique, en Amérique, en Asie, en Océanie: la communauté des Etats francophones et le *Commonwealth* des nations britanniques en fournissent de nombreux exemples. Ils se sont aussi répandus par la seule influence culturelle: c'est ce qu'on fait les droits romanistes au Japon (influence française et allemande), en Turquie (influence suisse) ...

A côté des droits occidentaux, parfois transplantés hors d'Europe, se pratiquent d'autres systèmes de droit, qui ont une histoire, une inspiration philosophique et politique, et des caractères très différents. Le droit russe, en plein renouveau, les droits d'Asie (Chine, Inde, Japon ...), les droits religieux, tel le droit musulman, les droits traditionnels coutumiers d'Afrique. Dans l'esprit de ce cours, qui reste une modeste introduction au droit comparé, et aux divers systèmes de droit, nous avons

125 En matière vinicole, les appellations des vins français, quoiqu'elles se parent souvent du titre d'appellations d'origine contrôlée, sont parfois quelque peu trompeuses; ces vins sont souvent des coupages (on dit des *assemblages* dans le Bordelais, où l'on cultive aussi l'élégance et le style, si ce n'est l'euphémisme), qui incorporent de bonnes quantités de vins étrangers. L'importation et la *réception*, pour employer un terme de droit comparé, de vins d'Afrique du Nord et d'ailleurs permettent d'exporter presque autant de Beaujolais que l'on en récolte en France, où l'on en boit quant même un peu. La sagesse populaire affirme qu'il y a trois fleuves à Lyon: le Rhône, la Saône et le Beaujolais.

choisi de ne traiter que de *quelques* systèmes juridiques, tout en les choisissant aux quatre coins du monde, afin de couvrir, si ce n'est un large éventail de droits nationaux, du moins l'ensemble de l'éventail des groupes de droits.

Le risque est certes grand que les étudiants n'entendent jamais parler, même en quelques paragraphes, de nombreux droits qui présentent un intérêt certain, pour la culture juridique et pour leur utilité pratique. C'est la seule excuse aux digressions de toutes sortes, parfois inattendues, qui émailleront ce cours, faites de quelques phrases sur tel ou tel droit national oublié dans les grandes sections et paragraphes.

Nous nous limiterons donc à un échantillon de droits divers et étudierons *quelques droits*, avec des digressions sur un certain nombre d'autres, en cinq chapitres:

- Chapitre I: Les droits romanistes
- Chapitre II: Les droits de *common law*
- Chapitre III: Quelques droits d'Asie
- Chapitre IV: Quelques droits religieux
- Chapitre V: Quelques droits traditionnels d'Afrique et d'Océanie.

CHAPITRE I: LES DROITS ROMANISTES

On qualifie les droits de l'Europe continentale et ceux qui ont subi leur influence de droits *romanistes*. Ils ne sont plus romains, mais ils restent empreints de droit romain. La famille romaniste est dite parfois aussi famille *romano-germanique*, parce que les droits germaniques (allemand, autrichien, suisse) ont également reçu l'influence du droit romain et appartiennent donc à la même famille de droits que les droits latins (français, espagnol, italien, roumain) et nordiques... Certains auteurs parlent encore de famille *romano-coutumière*, parce que ces droits marient droit romain et droit coutumier. Tous ces droits ont des *traditions* communes: ils partagent un esprit de famille et ils présentent un même air de famille (Section I). Ils forment ce que l'on appelle, en Suisse romande, une *grande* famille et, en France, une famille *nombreuse* (Section II).

Section I. La Tradition Romaniste

On désigne parfois aussi comme pays de droit civil (*Civil Law* par opposition phonétique à *Common Law*) les nombreux pays qui forment la famille romaniste, parce que les juristes de la Rome antique ont fait du droit civil, défini, à l'origine, comme le droit qui régit les rapports entre les citoyens (en latin *cives*), le cœur de leur droit. Aujourd'hui, dans les systèmes juridiques romanistes, le droit civil est devenu le cœur du droit privé. Son objet demeure les droit des personnes, le droit des biens, le droit des actions en justice, c'est-à-dire le droit judiciaire. Cette division tripartite donnait son plan au manuel de droit qu'utilisaient les étudiants en droit du IIème siècle de notre ère, les *Institutes*, œuvre d'un certain Gaius, qui vécut de 110 à 180 environ.

Aujourd'hui, le droit romain est une discipline peu enseignée dans les universités, si ce n'est une matière considérée comme confidentielle, réservée à quelques savants ignorés, ou une matière élitiste, destinée à quelques *happy few*, ayant le loisir de s'intéresser à des choses à vrai dire futiles et inutiles au commun des mortels. Aussi, la question surgit souvent: pourquoi le droit romain? Pourquoi en parle-t-on encore parfois? Quel intérêt y trouvent ces érudits?

Certes le droit romain est largement dépassé. En matière de personnes, l'autorité du *pater familias* sur son épouse, sur ses enfants et sur ses autres proches n'existe plus aujourd'hui. En matière de biens, la propriété immatérielle, quasi inconnue à l'époque, a suscité alors un droit rudimentaire. Mais, en matière d'obligations et en matière de justice, l'héritage du droit romain demeure fort riche. En matière de concepts du droit privé, la lecture d'un dictionnaire juridique ou d'un recueil de vocabulaire juridique convainc rapidement que la majorité des concepts des droits civilistes a une origine latine et romaine. En matière de principes, le déchiffrement

des recueils d'adages latins persuade vite que les auteurs de ces maximes étaient de formidables juristes. Au triple niveau des concepts, des règles, des principes, le droit romain demeure, pour les juristes, un instrument efficace de formation et de culture,

Ainsi, l'intérêt de l'étude du droit romain est double. Cette étude donne l'exemple rare, si ce n'est unique, en tous cas le premier dans l'Histoire, ainsi qu'un modèle, d'un droit œuvre des jurisconsultes, de la doctrine des professeurs, et pas seulement de la loi, de la coutume, des précédents judiciaires, de la pratique. Cette étude fournit aussi la clé d'un héritage juridique qui donne toujours des fruits, d'un legs incorporé dans ces divers droits civilistes, qui donne une voie d'accès à ces droits.

Il convient donc de retracer d'abord la constitution de cet héritage romain (Paragraphe 1), puis sa transmission dans le contexte de la formation des droits nationaux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'histoire de la formation du droit romain

Le droit romain a été le droit d'une civilisation plus que millénaire, dont la tradition fait remonter les origines au roi Romulus, fondateur mythique de la cité de Rome, en 753 av. J.-C. Les institutions politiques propres à cette civilisation se sont effondrées en Occident, en 456 (prise de Rome par les Hérules) et, en Orient, en 1453 (prise de Constantinople par les Turcs Seldjoukides).

Ce droit s'est formé, par couches successives, sur une période de treize siècles environ. Après la période du droit archaïque de la royauté, du VII^{ème} au VI^{ème} siècle av. J.-C. (A), est venue la période du droit ancien des débuts de la *Res publica*, du IV^{ème} au II^{ème} siècle av. J.-C. (B), puis la période classique de la fin de la République aux débuts de l'empire, du II^{ème} siècle av. J.-C. au III^{ème} siècle ap. J.-C. (C) et, enfin, la période du droit postclassique romain, du III^{ème} au V^{ème} siècle (D). Nous laisserons de côté le droit byzantin (III^{ème}-XV^{ème} siècles).

(A) La période du droit archaïque des temps de la royauté (VII^{ème}-VI^{ème} siècles av. J.-C.

La première période, celle du droit archaïque, couvre l'époque du régime politique de la monarchie. Le droit est alors marqué de tradition et de religion. La coutume traditionnelle (*mos maiorum* ou «mœurs des ancêtres»), qui régit le droit familial, est la source principale du droit. Des lois dictées aux rois par des dieux ou des déesses régissent notamment le droit pénal. Ainsi, la nymphe Egérie aurait dicté au roi Numa la loi qui impose, en cas de meurtre par imprudence, le don d'un bouc aux parents de la victime.

Il est bien probable que, derrière le roi Numa, derrière la nymphe Egérie, se cachaiient les premiers jurisconsultes romains, les prêtres pontifes, inventeurs des principes de la responsabilité individuelle et non collective, de la responsabilité pour le fait intentionnel et non pour le fait involontaire, de la légalité des crimes et des peines, de la réparation symbolique ou par équivalent, de l'interdiction de la vengeance et de la restriction du talion. Les prêtres pontifes, administrateurs du sacré, surveillaient la pratique générale de la religion et l'observance des devoirs religieux. La religiosité des Romains était si forte qu'un humoriste écrivit: «Il y a tant de dieux dans notre pays que l'on est plus sur d'en rencontrer un que de croiser un être humain.» Cette religiosité, imprégnant les oracles juridiques des pontifes, a contribué à l'autorité du droit et à celle de la doctrine, dès les origines de la cité de Rome.

(B) La période du droit ancien des débuts de la *Res publica*, du Vème au IIIème siècle av. J.-C.

La seconde période, celle du droit ancien, correspond au début et à l'apogée du régime politique de la république. La *Res publica* ou «Bien public», faisceau des intérêts matériels et moraux de la cité, est le régime politique d'une oligarchie. Les patriciens, citoyens les plus notables, se réservent les fonctions de magistrat supérieur (consul, préteur, censeur) et de prêtres (pontifes) de la cité romaine. Dès les débuts de ce régime, au Vème siècle av. J.-C., le droit connaît une série de distinctions fondamentales.

Le droit s'est d'abord distingué de la religion, par la réflexion même des prêtres. Un corps de règles, le *ius* (génitif *iuris*), racine qui a permis la formation des mots «juristes», «juridique», jurisconsulte», «jurisprudence», s'est distingué du *fas*, ou droit religieux. Le collège des prêtres pontifes, qui donnait des consultations en droit public, aux autorités de la cité, et de droit privé, aux particuliers, a dégagé les grandes distinctions, les grandes divisions du droit.

Les pontifes sont à l'origine de la découverte de la notion de *ius*, d'un droit humain libéré de la tutelle des dieux, par rapport au *fas*, droit dit par les dieux. Ils ont aussi distingué le droit de la morale. Un adage ancien énonce ainsi: «Tout ce qui est licite n'est pas nécessairement honnête»¹²⁶. Ils ont distingué le droit de la philosophie, tout en affirmant que la science du droit ou *iuris prudentia* est une connaissance sage et prudente du droit. Les jurisconsultes ou jurisprudents doivent pratiquer, selon cette conception, les vertus de sagesse et de prudence. Par l'encouragement des récompenses et par la crainte de peines, ils incitent les

126 *Non omnis quod licet, honestum est.*

hommes à être meilleurs, à être effectivement bons, et pas seulement en pensée. Les juristes pratiqueraient donc la vraie philosophie et non son simulacre¹²⁷. Le droit s'est même distingué de la réalité. Ce que l'on appelle la «présomption» est, selon Ihering¹²⁸, un «mensonge technique consacré par la nécessité¹²⁹», que le droit romain appliquait déjà à la paternité¹³⁰, à la vie¹³¹ et à la mort¹³², à la responsabilité¹³³.

Au milieu du Vème siècle, la pression révolutionnaire de la masse, les «sécessions de la plèbe» (la plèbe se définit comme le nombre face à l'élite), menaçant de se séparer de la cité oligarchique de Rome, de fonder une cité voisine, concurrente si ce n'est hostile, produit une révolution juridique. La plèbe, évincée par les patriciens du pouvoir, de l'économie, de la justice, du droit, oblige la cité à se donner un code de lois écrites: la loi des XII Tables (450 av. J.-C.)

La loi des XII Tables n'innove pas réellement. Elle divulgue les coutumes orales et diverses et les fixe par écrit. Elle les laïcise, les officialise et leur donne l'autorité de la loi populaire. La loi humaine et populaire domine les oracles divins et les coutumes des ancêtres. La loi couvre tous les domaines du droit: la justice (Tables I à III), les personnes (IV et V), la propriété et les actes (VI et VII)¹³⁴, le droit pénal

127 Ulpian in D 1,1,1,1 pr.

128 Jurisconsulte allemand (1818-1892), professeur de droit romain aux universités de Vienne et de Göttingen, notamment, auteur de *De l'esprit du droit romain* (1852-1865) et de *Le combat pour le droit* (1872), père de l'école moderne, sociologique et historique, du droit.

129 *De l'esprit du droit romain*, T. IV, Marescq, 1880, par 68.

130 Le mari est présumé être le père de l'enfant de son épouse: *Pater is est quem nuptiae demonstrant*.

131 L'enfant conçu est considéré comme déjà né, quand il y va de ses intérêts: *Infans conceptus jam pro nato habetur, quoties de commodis eius agitur*.

132 Le légionnaire qui disparaît à la guerre (prisonnier, tué, en fuite ...) est présumé mort à la date de sa disparition. Son épouse et ses enfants peuvent hériter de lui.

133 La présomption de meurtre commis en bande (*praesumptio ex eo quod plerumque fit*) était connue du droit romain. Ulpian répond que, si plusieurs battent un esclave à mort, si celui qui est à l'origine du décès est connu, lui seul est responsable, s'il est inconnu, tous seront tenus. En matière de dommage, l'*actio de effusis et deiectis* (D 9, 3, 1), action relative aux effusions et déjections, reconnaissait la responsabilité solidaire des habitants d'un immeuble d'où était provenue la chose dommageable, si l'on ne pouvait pas savoir qui l'avait jetée sur la voie publique. Un autre cas de responsabilité solidaire présumée se trouve dans le code rural français (art 211-212): les propriétaires de chèvres conduites en commun sont solidairement responsables des dommages qu'elles causent.

134 Les juristes distinguaient par leur source trois genres d'actes. Les actes nés par la remise, la détention ou la possession d'une chose étaient de cinq espèces: le prêt de consommation, la fiducie (le *trust* en *common law*), le dépôt, le commodat (prêt d'usage) et le gage. Les actes nés par l'écrit étaient l'inscription en compte et la quittance, Les actes nés par l'énoncé de paroles

(VIII)¹³⁵. Le droit prend le qualificatif de «civil». Le *ius civile* est le droit qui régit les relations entre les citoyens romains.

(C) La période du droit classique de la fin de la *Res publica* aux débuts de l'empire, du II^{ème} siècle av. au troisième siècle ap. J.-C.

La troisième période est celle du droit dit classique, parce que les juriconsultes ont montré alors une activité et une créativité exceptionnelles, et que leurs découvertes et créations ont donné au droit de cette époque une qualité unique dans l'histoire du droit, une autorité supérieure, le caractère d'un modèle à imiter. Les juriconsultes ont mis au point une nouvelle procédure, dite «procédure formulaire», parce que son élément essentiel était constitué par une formule, rédigée *ad hoc* par le préteur: une phrase formée de mots bien conçus, écrit Gaius, c'est-à-dire bien choisis et bien articulés¹³⁶.

La formule peut être définie comme le programme processuel, l'ordre de mission processuelle que le préteur donne au juge. Elle comprend plusieurs éléments, en plusieurs membres d'une phrase unique: au début, la nomination du juge; à la fin, l'ordre donné à celui-ci de rendre son jugement; et, entre les deux, diverses propositions: prétention du demandeur, exception du défendeur, réplique du demandeur, duplique du défendeur, et encore questions préjudicielles (capacité à agir en justice, par exemple), élément d'évaluation d'une prétention portant sur une créance incertaine, c'est-à-dire une valeur non déterminée. Munie de la formule, le juge examinait les preuves en suivant l'ordre de la phrase, ordre du raisonnement juridique, ordre du procès. Puis il rendait son jugement. Au préteur revenait la conception et la supervision du procès, et au juge sa conduite.

L'idée de la formule, combinaison d'éléments juridiques variables, selon les éléments spécifiques de chaque litige, s'avéra une invention méthodologique de première importance, porteuse d'innovations elles-mêmes fécondes. Le préteur, jouait d'abord le rôle d'une chambre de requêtes. Il acceptait ou refusait de faire juger l'affaire. Puis il combinait les prétentions et les arguments des parties, il les

solennelles étaient les stipulations de contenu fort divers. La transaction était une simple exception opposable à la victime qui cherchait, ultérieurement à sa conclusion, un supplément de dédommagement.

135 La Table IX comporte une série de dispositions qui établissent le principe de l'égalité civile (interdisant d'invoquer des lois privées - *privata lex*, d'où «privilège» -, des coutumes familiales ou claniques), la garantie judiciaire que les crimes seront jugés par les comices du peuple romain, formé de pairs, les citoyens romains, la règle de la condamnation à mort du juge ou de l'arbitre corrompu. La Table X traite des funérailles et des sépultures. Les Tables XI et XII, ajoutées l'année suivante, comportent des correctifs et des ajouts aux dispositions des Tables I à X.

136 *Per verba concepta, id est per formulas, litigemus (Institutiones, III. 41).*

articulait, développant le raisonnement juridique juste dans telle affaire. Parfois, il était amené à créer une action, à reconnaître un droit, par raisonnement et extension analogiques: l'action de loi était étendue par une action dite utile¹³⁷.

La créativité des jurisconsultes emprunta une deuxième voie. Le préteur était, à Rome, un magistrat dans le sens étymologique, c'est-à-dire un notable (*magis* signifie «supérieur»), un officier public doté d'un pouvoir impérial (*imperium*), pouvoir de coercition, de commandement et de sanction à la fois. Sa puissance s'exprimait dans le pouvoir de dire le droit (*iuris dictio*) dans les procès, et dans le pouvoir de prendre des édits. Il exerça cette seconde faculté pour adapter le droit aux besoins nouveaux de la société romaine, notamment à ses besoins économiques. L'édit du préteur, en particulier le préteur jugeant les étrangers, vecteurs d'introduction d'opérations nouvelles, devint une source très souple du droit. L'édit prétorien s'adaptait sans aucun retard à l'apparition des besoins nouveaux. Il permit le passage du droit d'une économie rurale à celui d'une économie commerciale, d'une économie locale à une économie internationale.

Les jurisconsultes, marqués par l'influence de l'hellénisme, la culture grecque, empruntèrent aux philosophes une partie de leur morale, et surtout leurs méthodes: la logique des termes et des catégories, la dialectique, la casuistique, la rhétorique, la topique, la rhétorique et ses figures de raisonnement *a simili*, *a contrario*, *ab absurdo* ...

En droit public, les jurisconsultes des empereurs trouvèrent les principes d'une monarchie de plus en plus absolue, justifiant l'accroissement graduel des pouvoirs des empereurs, d'Auguste à Justinien, du I^{er} siècle av. J.-C. au VI^{ème} siècle ap. J.-C. L'Etat monarchique n'a pas répudié les principes républicains (bien public, utilité publique, puissance publique, *auctoritas* et *imperium*), en particulier la légalité: il a toujours été fondé sur le droit¹³⁸. Ulpien a notamment forgé les deux principes très connus: «Ce qui plaît au prince a force de loi¹³⁹»; et «Le prince est

137 Ce processus de créations d'actions nouvelles à partir d'actions anciennes a été retrouvé par la chancellerie des rois d'Angleterre, au XIII^{ème} siècle, par les statuts de Westminster II de 1285.

138 La constitution *Digna Vox*, des empereurs Théodose II et Valentinien II, de 429, édicte: «C'est une parole digne de la majesté du prince régnant qu'il se déclare lié par les lois. En effet, notre autorité repose sur celle du droit. Et, en vérité, la soumission du principat aux lois est supérieure à l'*imperium*: *Digna vox maiestate regnantis legis alligatum se principem profiteri. Adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. Et re vera maius imperio est submittere legibus principatum* (CJ 1, 14, 4).

139 *Quod principi placuit legis habet vigorem*, dans lequel *placere* «plaire» doit être entendu comme ce qui agréé au prince, dans la quête du bien public.

délié des lois¹⁴⁰» qui justifient le plein pouvoir législatif de l'empereur, quand il s'exerce dans l'intérêt du bien public. Enfin, la règle «Tout appartient au prince¹⁴¹» a justifié le pouvoir fiscal de l'empereur. La propriété n'est pas un droit naturel, mais un droit civil, établi par la loi, de sorte que la loi peut la limiter et qu'elle peut établir tout impôt sur elle.

La richesse de la vie sociale et la vitalité de l'économie de cette époque étaient grandes. L'empire romain couvrait toute la Méditerranée et au-delà, de l'Ecosse au golfe Persique, de l'Arménie au Maroc. Une sorte d'espace économique, comme l'a été le marché commun (1957-1993), comme l'est l'Union européenne (depuis 1993), avait été formé. Le dynamisme des échanges apportait son lot d'opérations et de montages juridiques nouveaux: sociétés, opérations bancaires, armement maritime, mandat de gestion, fiducie (l'équivalent du *trust* de la *common law*). Le préteur, entouré de son conseil de jurisconsultes, était amené à innover régulièrement dans son activité de supervision de la justice. Il comblait les lacunes du droit archaïque et du droit ancien par de nouvelles actions, par de nouveaux moyens de procédure. Il paraît l'arbitraire de la justice ancienne.

La découverte de la notion de bonne foi a ouvert la voie aux quatre grands contrats consensuels (dits «contrats nommés»), deux entre «ennemis» (la vente et la location), deux entre «amis» (la société et le mandat), à la théorie des vices du consentement¹⁴², à la théorie des vices cachés ou vices rédhibitoires, qui condamnent le vendeur à reprendre la chose vendue (*rede habere*, ou «ravoir») et à restituer le prix. La découverte de la notion d'équité a inspiré l'invention de la *restitutio in intégrum*, et celle des interdits. L'utilité a permis d'imaginer les premières procédures collectives de règlement du passif des entreprises en difficulté ou «vente des biens» (*venditio bonorum*) sous l'autorité du magistrat.

Le principe de consensualisme a progressé. Le droit a reconnu, à côté des actes se formant par la remise d'un bien, par l'écrit ou par les paroles solennelles, des opérations se formant pas le simple consentement. Outre les quatre contrats

140 *Princeps legibus solutus est*, dans lequel *solutus* «délié» doit être entendu comme libre de réformer, remplacer, ou tout entièrement compléter, les constitutions des empereurs précédents. Là encore, les finalités du bien public et de l'utilité publiques ne sont pas répudiées.

141 *Omnis esse principis*. Les rois de France ont repris l'idée avec le «directe royale universelle».

142 Les préteurs et les jurisconsultes ont inventé, pendant les guerres civiles du Ier siècle av. J-C, qui ont provoqué tant de proscriptions et de spoliations, plusieurs exceptions protégeant de la violence et du dol. Servius Sulpicius Rufus, ami de Cicéron, aurait facilité l'introduction de l'équité dans le droit. Aquilius Gallus a inventé, à la même époque, la stipulation qui porte son nom, la stipulation de novation, transformation d'une obligation ancienne (paiement au comptant) en une obligation nouvelle (paiement à terme majoré d'un intérêt de retard).

consensuels déjà mentionnés, des contrats, conventions et pactes divers furent rendus obligatoires. La location concurrença le prêt à usage. Le reçu du banquier compléta le dépôt et le prêt de consommation. L'échange remplaça le troc. L'estimat ou contrat estimatoire, sorte de dépôt-vente, entre négociant en gros et commerçant au détail, qui emprunte des traits à chacun des quatre contrats nommés et qui n'est donc entièrement ni une vente, ni une location, ni un mandat, ni une société et qui, quoiqu'il leur emprunte aussi, n'est encore ni un prêt, ni un dépôt.

La créativité des juriconsultes s'est aussi exprimée dans la formation d'un vocabulaire juridique très complet: la majeure partie des mots techniques du vocabulaire du droit, dans les droits romanistes d'aujourd'hui, a une origine latine et romaine. Ainsi les termes qui désignent les grandes divisions du droit privé: personne, bien, obligation, action. Ainsi les termes des diverses branches du droit, surtout du droit privé; en droit de l'arbitrage, pour prendre un exemple tiré d'une branche spécialisée du droit: arbitrage (*arbitrium*), arbitre (*arbiter*), compromis (*compromissum*), receptum (*idem*), sentence (*sententia*), sont des termes techniques hérités du vocabulaire juridique romain.

La créativité des juriconsultes s'est également illustrée dans la formulation d'adages bien frappés. Parmi les exemples très nombreux de maximes juridiques, on peut en choisir plusieurs, tirées du droit judiciaire: «Le demandeur doit porter l'action devant le tribunal du domicile du défendeur¹⁴³»; «Le préteur n'est pas chargé des affaires minimes¹⁴⁴»; «Entend l'autre partie¹⁴⁵»; «Au demandeur incombe la preuve¹⁴⁶»; «Le doute profite à l'accusé¹⁴⁷»; «L'action ne peut être réitérée sur une même affaire¹⁴⁸»; «On ne peut pas être poursuivi deux fois pour la même chose¹⁴⁹»; «La chose jugée est tenue pour la vérité¹⁵⁰»; «La sentence rendue, le juge cesse d'être juge¹⁵¹».

143 *Actio sequitur forum rei.*

144 *De minimis non curat praetor.* Le préteur notamment n'examine pas les preuves.

145 *Audi alteram partem* (Sénèque)

146 *Actori incumbit probatio.*

147 *In dubio, pro reo.*

148 *Bis de eadem re ne sit actio.*

149 *Non bis in idem conveniri potest.*

150 *Res judicata pro veritate habetur.*

151 *Lata sententia, iudex desinit esse iudex.*

L'influence sur les juriconsultes des grands courants de la philosophie grecque est manifeste, tant en ce qui concerne les principes que les méthodes, comme il a été dit. Les doctrines de Platon, d'Aristote, de Zénon et d'autres ont donné à la matière du droit romain classique ses caractères humaniste et universaliste.

Les noms d'une centaine de ces juriconsultes¹⁵², les titres de plusieurs centaines de leurs œuvres, et des extraits de ces dernières nous sont parvenus par les compilations réalisées sur les ordres de l'empereur Justinien, dans la première moitié du VI^{ème} siècle de notre ère, en la quatrième et dernière période de l'histoire millénaire du droit romain, celle du droit impérial tardif.

(D) La période du droit impérial tardif, du III^{ème} au VI^{ème} siècle

A partir du III^{ème} siècle de notre ère, les empereurs deviennent la principale source du droit. Les «constitutions» (ou institutions) impériales prennent la place des coutumes des clans, des lois du peuple romain, des édits des magistrats, des opinions des juriconsultes, des décisions du Sénat ou sénatus-consultes. Ces constitutions, issues des activités normatives (édits), judiciaires (décrets), consultatives (réponses) ou administratives (mandats) des empereurs, touchent tous les domaines du droit. Leur multiplication a suscité rapidement le besoin de collation et de codification, pour faciliter la tâche des praticiens, en particulier des administrateurs, des juges, des avocats et des notaires.

La codification a d'abord été l'œuvre d'une avant-garde de particuliers ou de fonctionnaires agissant de leur propre initiative, et n'a pas reçu d'autorité officielle. Puis l'empereur Théodose II fit réaliser une première codification publique des constitutions les plus importantes de son temps et du passé récent, remontant au règne de Constantin, en 312. Le Code de Théodose II fut promulgué en 438.

Au siècle suivant, l'empereur Justinien (527-565) a entrepris une œuvre de refondation du droit, volet juridique d'une politique de refondation des institutions impériales, qui accompagnait la tentative de reconquête de l'empire d'Occident,

152 Outre Servius et Aquilius, déjà cités, les plus illustres de ces juriconsultes furent: Q.M. Scaevola (140-82), qui appliqua au droit civil les méthodes d'analyse et de classement en genres, espèces, individus, de la philosophie grecque, notamment la logique des catégories; Labéon, également très influencé par la culture grecque, notamment le scepticisme probabiliste, qui fut le promoteur d'une méthode d'élaboration du droit basée sur la formulation de propositions convaincantes, et leur soumission à la critique des autres juriconsultes; Gaius, qui fut l'auteur d'un célèbre manuel pour étudiants, les *Institutiones*; Julien, qui fut membre du conseil de l'empereur Hadrien; Papinien, le rédacteur de recueils de consultations juridiques (*Responsa*); Paul, l'auteur de «Notes» sur les opinions d'autres juriconsultes; Ulpien, esprit encyclopédique, qui opéra une première synthèse de toute la science du droit romain, sur laquelle les compilateurs de l'empereur Justinien s'appuyèrent pour donner une présentation systématique du droit.

tombé aux mains des peuples germaniques. Justinien a voulu donner au droit une nouvelle force et en faire un instrument de la restauration de l'empire et de son unification. Tout le droit, unifié et actualisé, devait être présenté dans des compilations destinées à la pratique et à l'enseignement. Car, outre les praticiens, les professeurs et les étudiants étaient les destinataires de ces ouvrages: l'enseignement du droit était également mobilisé pour la refondation de l'empire romain. Les compilateurs ont actualisé, corrigé, harmonisé ou complété le droit hérité, dépassé, erroné, contradictoire ou incomplet. Ils ont fait des coupes, des corrections, et des ajouts, qui portent le nom d'interpolations. Justinien a ordonné la rédaction de quatre compilations.

Le Code de Justinien, promulgué en 529, consacré à la source du droit que sont les constitutions des empereurs, inclut des constitutions promulguées depuis le début du II^{ème} siècle de notre ère, sous l'empereur stoïcien Hadrien (117-138), et jusqu'à Justinien, soit pendant quatre siècles¹⁵³. Il traite des sources du droit, de la justice, du droit privé, du droit pénal, du droit public (administratif, fiscal ...) L'activité législative de l'empereur continuant à produire des constitutions, après 529, Justinien fit établir des recueils successifs de nouvelles constitutions, dites «nouvelles». Le nom de *Novelles (novelae)* fut donné à ces recueils additionnels au Code, à ces autres compilations.

Le Digeste, promulgué en 529, est la plus importante des compilations justiniennes par le volume, par la richesse et par l'influence exercée. Le Digeste, ou «matière ordonnée rationnellement», est un recueil des opinions des jurisconsultes, une compilation de la doctrine. Justinien donna aux compilateurs la mission «d'élever un temple approprié et très saint à la justice.» Le Digeste est composé de citations extraites des meilleures parties des œuvres des jurisconsultes de la période classique: c'est donc une anthologie de la doctrine du droit classique. Les citations émanent de trente-huit auteurs et sont tirées de plusieurs centaines d'ouvrages d'Ulpian, de Paul, de Papinien, de Pomponius, de Julien Le Digeste est divisé en cinquante-deux parties subdivisées en titres (les quatre-cent-cinquante titres sont, chacun, le siège d'une matière), eux-mêmes distribués en chapitres et en paragraphes, identifiés par un numéro indiquant ces diverses décompositions¹⁵⁴. Le

153 Le choix de remonter à Hadrien s'explique peut-être par la volonté de rendre un hommage à cet empereur exceptionnel, qui avait fait codifier l'édit du préteur par le jurisconsulte Julien. En somme, un témoignage de respect et de reconnaissance à l'égard d'un prédécesseur dans la démarche de codification du droit.

154 D 1, 1, 1, 1 pr. est la référence de la première opinion, une citation de Celse rapportée par Ulpian: «Le droit est l'art du bon et de l'équitable» (*Ius est ars boni et aequi*). Cette opinion figure à la première partie du Digeste, titre premier, chapitre premier, premier paragraphe, prologue.

Digeste de Justinien, qualifié par Jean Carbonnier d'«océan d'idées», est probablement le plus grand monument du droit de tous les temps. A plusieurs époques, depuis sa promulgation au VI^{ème} siècle, la doctrine l'a redécouvert et s'est replongée dans ses pages: au XI^{ème} siècle, dans les universités médiévales; au XVI^{ème} siècle, lors de la Renaissance de la culture antique; au XIX^{ème} siècle, avec l'école historique du droit ...

Les Institutes de Justinien, dernière des quatre compilations, est un manuel pour étudiants en droit de première année. Le terme d'«institutes» (d'*institutio*, «ce qui instruit, forme et éduque») désigne un manuel (en grec *enchiridion*, «ce qui tient dans la main») d'instruction, genre de la littérature éducative né au I^{er} siècle ap. J.-C. L'enseignement du droit avait été facilité par les «Institutes» de Gaius, publié au II^{ème} siècle, par les Institutes d'Ulpian et celles de Paul et par l'Enchiridion de Pomponius, au III^{ème} siècle. La refondation du droit opérée par Justinien appelait une réforme des études juridiques, déjà, qui ne pouvait s'appuyer que sur de nouveaux ouvrages d'enseignement. Les Institutes étaient destinées aux étudiants de première année. Justinien écrit aux professeurs: «Son but est de nourrir de choses simples l'esprit immature des étudiants, de manière à ce qu'il puisse être amené facilement à la science plus haute des prudents.» Les quatre années suivantes, les étudiants devraient étudier directement, selon un programme intégrant des matières déterminées du droit civil, telles parties du Code et telles parties du Digeste.

Aux étudiants qui s'engagent dans les études juridiques, au VI^{ème} siècle, les Institutes offre en introduction un tableau de l'ordonnancement juridique complexe de l'époque, qui combine un droit commun à tous les peuples de l'empire et des droits singuliers à chacun d'eux. Puis, il aborde les trois grandes parties du droit privé: le droit des personnes, acteurs de la vie sociale, le droit des biens et, enfin, le droit judiciaire, avec l'étude de la procédure et des actions en justice.

Comme le Code et les Nouvelles, comme le Digeste, les Institutes ont été promulguées par Justinien et ont reçu une autorité officielle. Toutes ces compilations ont été considérées comme des sources et comme la matière du droit positif de l'époque. Toutes étaient susceptibles d'être invoquées devant les juges et d'être citées dans leurs jugements.

L'héritage juridique romain a donné ses pierres angulaires aux droits romanistes. D'abord, la notion de droit (*ius*), distinguée de la religion, de la morale, de la philosophie, de la réalité même. Ensuite, les corps du droit: le droit civil propre à chaque cité, le droit des gens, commun à tous les hommes, le droit naturel, commun à tous les vivants (Ulpian); l'opposition droit commun / droits singuliers s'est avérée un outil efficace d'analyse de l'ordonnancement juridique et, en

particulier, des ordres juridiques complexes. Puis, en droit public, les notions de loi, de bien public (*res publica*), d'utilité publique, de constitution organisatrice (*status rei romanae*, calque de la *politeia* grecque), d'ordre (organisation juridique), de magistrat (officier public), de peuple (le *populus* ou communauté des citoyens), de puissance et d'*imperium* (pouvoir de commandement et de sanction, notamment celui des juges). Et, en droit privé, les grandes divisions du droit des personnes, des biens, des obligations (civiles et naturelles), des actions.

La justice, dans les fors romanistes, doit encore beaucoup aujourd'hui à l'organisation judiciaire et à la procédure de l'empire tardif. L'organisation de la justice était intégrée à celle de l'administration impériale, permettant une unification de l'instance, offrant la voie de recours hiérarchiques aux multiples degrés de l'administration territoriale. Dans cette procédure, le juge fonctionnaire, délégué de l'empereur, disposait de puissants moyens de faire progresser l'instance. La procédure était à la fois écrite et orale. En matière de jugement, le juge fonctionnaire disposait de plus de liberté quant au contenu du jugement, et de plus de pouvoir quant à son exécution. Au Moyen âge, le droit canonique a ajouté des institutions, telles que le procureur ou le greffier, à cette procédure du droit romain tardif, sans en altérer les grands principes, lui donnant le nom de procédure romano-canonique. Le droit judiciaire constitue, avec le droit des obligations et des contrats, les deux branches du droit où l'héritage romain est le plus important et le plus visible, aujourd'hui, dans les divers droits de la famille romaniste.

*Paragraphe 2. L'histoire de la formation de la famille romaniste*¹⁵⁵

Le droit romain a décliné avec la chute des institutions impériales, au Vème siècle, en Occident. L'arrivée des populations nouvelles (Francs, Burgondes, Goths), puis la formation de véritables royaumes germaniques, n'a pas signé la fin de l'application de ce droit. Les nouveaux-venus constituant une minorité, les rois ont reconnu l'impossibilité d'imposer leurs coutumes à leurs nouveaux sujets, les Gallo-romains ou Gaulois romanisés¹⁵⁶. Les rois germaniques ont d'ailleurs fait rédiger des codes de lois, recueils de droit romain très simplifié. Mais la science du droit a disparu. La coutume, locale et donc diverse, est devenue la première source du droit, bientôt secondée par les lois du roi (A).

155 Voir Randall Lesaffer *European Legal History* (Cambridge, 2009).

156 Le même phénomène s'est produit dans d'autres circonstances similaires, notamment quand les Anglais ont conquis le Canada français (Québec), au XVIIIème siècle. Les gouverneurs nommés par Londres ont admis la continuation de l'application des coutumes de France, des ordonnances des rois de France, de la jurisprudence du parlement de Paris, tout comme des règles du droit canonique et du droit romain appliquées en France.

A partir de l'an Mille, l'Europe occidentale a connu une renaissance générale, qui s'est poursuivie pendant tout le Moyen âge. Dans le domaine du droit, le droit romain a été redécouvert et il s'est associé au droit de l'Eglise, pour former un droit savant (B). A partir du XVIème siècle, il s'est fondu dans les diverses sources du droit (coutumes, ordonnances royales, arrêts des cours) qui ont donné naissance aux droits nationaux (C).

(A) La domination des coutumes et l'apparition des lois royales

Dans les régions de l'Europe qu'ils avaient colonisées, plus ou moins longuement, et sur lesquelles ils avaient exercé leur influence, plus ou moins profondément, de l'Ecosse à la Roumanie, les Romains avaient implanté leur langue et leur droit. Avec le déclin de leur puissance, le retrait des légions, la disparition des institutions, cette influence culturelle et juridique a faibli. Les populations colonisées, livrées à elles-mêmes, s'approprièrent la langue, qui devint un latin dit vulgaire, et un droit qualifié, par parallélisme, de droit vulgaire. Dans les deux cas, comme dans l'expression de peuplades *barbares*, pour qualifier les tribus germaniques franques, gothes, burgondes, le vocabulaire est nettement péjoratif. Dans chaque partie de l'empire romain, le droit vulgaire s'est imprégné des pratiques et des usages du lieu.

La coutume a été définie comme «un usage consacré par le temps et accepté par la population d'un territoire déterminé¹⁵⁷.» Selon les auteurs et les époques, elle tire son autorité de son ancienneté, du consentement de tous, de la raison, de la patience du prince ... Elle présente des caractères particuliers: elle est généralement orale, donc souple, mais aussi imprécise et incertaine; elle est locale, mais son ressort peut être vaste; elle est ancienne, parfois trop; elle est populaire, quand elle n'est pas féodale, seigneuriale et oppressive ...

A partir du IXème siècle, la féodalité, organisation politique et sociale caractérisée par l'existence de seigneuries, de fiefs, par la prédominance des relations personnelles de seigneur à vassal sur le lien abstrait du citoyen et de la cité ou de l'Etat, par le cadre socio-économique de la seigneurie rurale remplaçant les villes, est devenue le régime général. La dislocation et le morcellement politique du royaume de France, de l'empire germanique, des royaumes d'Espagne et de Portugal ont ouvert la voie à la formation de coutumes locales. Les pratiques diverses des seigneurs et les usages variés des habitants sont devenus la source principale du droit. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne le patrimoine: le droit de propriété, le droit des régimes matrimoniaux et des successions.

157 Définition donnée par Pierre-Clément Timbal.

Dans chaque région d'Europe, il est probable que des éléments juridiques d'origines historiques et ethniques très diverses se sont combinés pour former les coutumes: celto-gaulois, romains, germaniques, normands ... Il faut y ajouter les usages de milieux sociaux variés: les seigneurs (droit féodal), les marchands étrangers (*lex mercatoria*), les bourgeois des villes (statuts urbains).

A partir de l'an Mille, l'Europe occidentale (Italie, Flandres, France, Angleterre, Espagne ...) a connu une renaissance économique, sociale, culturelle. Les bourgeois des villes ont obtenu de leurs seigneurs, par la négociation ou par la violence, des libertés qui ont accompagné le développement des villes, le retour de l'activité des marchés, la révolution urbaine. Le monde, surtout rural, des seigneurs s'est trouvé concurrencé par l'univers des villes.

Les rois prétendirent à un pouvoir supérieur à celui de tous les seigneurs. Par la justice, devoir que leur faisait la religion chrétienne, ils établirent une administration supérieure à celle des seigneurs. Puis ils s'immiscèrent dans l'établissement du droit public. S'appuyant sur les principes romains de la monarchie absolue formulés par Ulpian («Ce qui plaît au prince a force de loi»; «Le prince est délié des lois»), les légistes des rois établirent au profit de leurs maîtres un «pouvoir faire loy». Les ordonnances des rois réapparaissent en France en 1155 et légifèrent en matière d'ordre public: la «paix de Dieu» interdit la guerre féodale. Les «lois royaux», dénommés «établissements», «édits», «ordonnances», instituent l'administration royale, organisent la justice (établissement des parlements), règlent l'ordre public (lutte contre les mauvaises coutumes, en particulier en droit pénal).

Prudemment, les rois s'aventurèrent en droit privé, toujours avec l'excuse de la justice et de l'ordre public, dont ils étaient les gardiens. A partir du XIII^{ème} siècle, ils commanditèrent l'établissement de recueils de droit¹⁵⁸ et suscitérent la mise par écrit des coutumes¹⁵⁹.

158 L'exemple d'Alphonse X le Sage, roi de Castille et de Léon (1254-1284), est particulièrement intéressant. Au milieu du XIII^{ème} siècle, ce roi fit établir une compilation du droit national, intitulée *Las Siete Partidas* ou «Les sept parties». Il est aussi considéré comme le fondateur de la langue nationale espagnole, le castillan. Il fut également le fondateur de la première université d'Espagne, l'université de Salamanque.

159 Dans le royaume d'Angleterre et duché de Normandie, les rois-ducs firent mettre par écrit les coutumes. Ainsi, la Très ancienne coutume de Normandie, toujours en vigueur dans les îles anglo-normandes de Jersey, Guernesey ... fut rédigée au XII^{ème} siècle. En France, des agents royaux (Pierre de Fontaines, Philippe de Beaumanoir) donnèrent des recueils de coutumes de pays du Nord de la France. Plus tard, au XV^{ème} siècle, la rédaction officielle et systématique de toutes les coutumes du royaume fut ordonnée et lancée; cette rédaction fut menée à bien au XVI^{ème} siècle.

La renaissance du pouvoir des rois s'est appuyée sur les juristes. A nouveau, les écoles de droit ont formé des cohortes de jeunes gens, qui allèrent peupler les conseils et les cours des rois et des grands seigneurs. Par ailleurs, le renouveau de l'économie a suscité le besoin d'un droit commercial plus riche que la *lex mercatoria*, la coutume des marchands. Les professeurs ont donné des consultations aux négociants, aux armateurs, aux banquiers ... Le droit romain, riche et sophistiqué, a été redécouvert, étudié, appliqué, et il s'est associé au droit canon, le droit de l'Eglise, pour former un nouveau droit savant, commun à toute l'Europe.

(B) Le droit savant formé du droit romain et du droit canonique¹⁶⁰

Alors que la première partie du Moyen âge, cette période millénaire de l'histoire de l'Europe qui va de la chute de l'empire romain (vers 450), à la renaissance de la culture antique (vers 1450), a été une période de déclin, la seconde partie, après l'an Mille, est une période de renouveau: la croissance économique, la prospérité qui agite la société, la vie intellectuelle retrouvée sont des manifestations de ce renouveau de l'Europe occidentale.

La vie intellectuelle se concentra dans les écoles des cathédrales et de monastères, puis dans universités, inventions du Moyen âge. L'université, corporation universelle des étudiants de la ville, parfois des étudiants et des professeurs, recevait des statuts, parfois pontificaux, parfois impériaux ou royaux, tout en fonctionnant de manière démocratique: les nations d'étudiants, formées par origine géographique, élaient au cours d'assemblées générales leurs recteurs, et ceux-ci recrutaient les professeurs, veillaient au respect des statuts de l'université, étaient juges des différends, administraient les biens de chaque nation et de l'université. Les collèges, comme toujours aujourd'hui dans le monde britannique, fournissaient aux étudiants et aux professeurs un cadre de vie, des lieux d'étude et de prière. Les facultés, comme toujours et partout, aujourd'hui encore, groupaient les étudiants et les professeurs par discipline: à l'époque, c'étaient la faculté des arts, pour les étudiants débutants, puis la faculté de théologie, la faculté de droit, la faculté de médecine¹⁶¹. L'université de Bologne, en Italie, établie en 1119, fut le

160 Voir Paul Vinogradoff *Roman Law in Medieval Europe* (Cambridge, 1968).

161 A Paris, l'université occupait le Quartier latin, ainsi appelé parce que l'on y entendait plus parler latin, la langue savante du Moyen âge, que le français ou toute autre langue. La faculté des arts était située au bord de la Seine, face à l'Île de la Cité, et les facultés de médecine, de théologie (le collège de la Sorbon, plus tard la Sorbonne) et de droit canonique, bordaient la rue des Ecoles, sur les pentes de la montagne Sainte-Geneviève.

premier foyer de renouveau des études de droit romain¹⁶². Elle fut suivie par les universités de Paris (1215), de Salamanque, en Espagne (1218), d'Oxford (1249).¹⁶³

A Bologne, des professeurs redécouvrirent les compilations de Justinien, en particulier le Code et le Digeste, et ils y trouvèrent des arguments pour justifier les prétentions concurrentes des empereurs germaniques et des papes, dans la domination du monde occidental. Leur enseignement attira des étudiants de toute l'Europe. Les premiers professeurs, aux XI^{ème} et XII^{ème} siècles, expliquaient le texte difficile des principaux passages du Digeste et du Code, ses termes techniques, sa grammaire, par la glose, une explication de texte. Puis, au XIII^{ème} et XIV^{ème} siècles, les professeurs se lancèrent dans des commentaires de plus en plus libres. Dans un esprit qui n'est plus seulement pédagogique, mais pratique, ils proposaient des avancées, des enrichissements. Ces jurisconsultes étaient à la fois professeurs, conseillers des papes, des empereurs, rois et princes, consultants des villes et des particuliers. C'est à l'université d'Orléans, où les professeurs de droit de l'université de Paris s'étaient déplacés, que se développèrent la méthode du commentaire et l'orientation des professeurs vers l'application pratique du droit, autant que la spéculation et l'enseignement.

Les jurisconsultes du Moyen âge étaient formés aux deux droits savants: le droit romain et le droit canon, ou droit canonique, le droit de l'Eglise. A partir de 1150, à Bologne également, le droit canon, jusque-là peu structuré, se transforma en un droit élaboré, rendu cohérent par les méthodes de la scolastique, présenté sous la forme de codes, à l'imitation des compilations de l'empereur Justinien. Pour les besoins de l'institution ecclésiastique, en pleine révolution (la réforme grégorienne), les clercs de Bologne établirent une «concorde des canons discordants», à l'initiative du moine Gratien (le «Décret» de Gratien), des recueils de décisions des papes (dictats et décrétales), des explications (gloses) et commentaires du Décret de Gratien et des compilations papales.

Les jurisconsultes de la deuxième partie du Moyen âge (1000-1450), qu'ils aient été romanistes (légistes) ou canonistes, ont fait progresser le droit romain dans de multiples domaines. Ils ont affiné le raisonnement d'extension analogique (*a simili*), en proposant que l'on admette l'extension d'une règle du cas type, légal et connu, au cas d'espèce, non réglé et douteux, s'il y avait une similitude dans les

162 Elle éclipsa les écoles de droit établies à Ravenne et à Pavie.

163 En Italie, les universités de Padoue, de Naples et de Pavie; en France, les universités de Toulouse, de Montpellier, d'Orléans et de Bourges; en Angleterre, l'université de Cambridge; en Espagne, l'université de Valence; dans l'empire germanique, les universités de Prague, de Vienne et de Heidelberg; en Pologne, l'université de Cracovie; en Suède, l'université d'Uppsala.

deux rapports juridiques, et si la justification de la règle (la *ratio legis* ou raison d'être de la loi) était la même dans les deux cas. Ainsi, l'obligation alimentaire entre parents et enfants, qui se justifie par la survie de l'enfant, ne peut être étendue entre frères et sœurs; entre ces derniers, c'est une obligation naturelle, qui ne peut être répétée (restituée, en cas de regret), et non une obligation civile¹⁶⁴.

En droit privé, les juristes ont développé la notion de personne morale. Ils ont découvert qu'il existait une catégorie de personnes privées d'existence corporelle, physiques, les personnes morales (personnes représentées¹⁶⁵), royales (la couronne), ecclésiastiques (les évêchés), locales (les villes). Ces personnes fictives ont la capacité de faire des actes juridiques, d'ester en justice, d'avoir un patrimoine.

En droit des contrats, ces juristes ont affirmé le principe du consensualisme. Les canonistes ont dépassé le cadre des opérations typiques reconnues par le droit romain. Ils ont forgé le principe général que tous les accords doivent être exécutés: *pacta sunt servanda*¹⁶⁶. Les canonistes ont justifié cette obligation par le devoir de loyauté et le respect de la parole, qui se fondent sur la morale évangélique, d'inspiration néo-stoïcienne. En cas d'engagement sous serment, faisant intervenir une invocation divine, l'obligation est encore plus sévèrement sanctionnée: violer son serment est un péché mortel, qui condamne à l'enfer. Le principe *pacta sunt servanda* fonde, aujourd'hui, le caractère obligatoire des traités, en droit international public. Les canonistes ont également construit une théorie du juste prix, elle aussi empreinte de morale, qui continue de susciter des débats passionnés. Cette théorie a eu moins de succès, en droit positif, que la théorie romaine de la lésion énorme (*laesio enormis*): la lésion d'outre-moitié permet de faire annuler une vente d'immeuble (« rescision pour cause de lésion »), quand le prix est inférieur aux sept douzièmes de la valeur du bien¹⁶⁷.

Les sources du droit médiéval, en Europe, étaient donc multiples: coutumes des seigneurs et des habitants, lois des rois, statuts des villes libres, pratiques des marchands, et aussi droit romain redécouvert et enrichi, et droit canonique de l'Eglise catholique (c'est-à-dire universelle, en grec) romaine. Les juristes ont

164 On doit à Jacques de Revigny (1230-1296), professeur à l'école de droit d'Orléans, cette innovation dans la conduite du raisonnement *a simili*.

165 La notion de personne représentée est une intuition de Jean de Monchy (v. 1200-1266), également professeur à l'école de droit d'Orléans.

166 Canon *Antigonus* aux décrétales publiées sous l'autorité de Grégoire IX, au titre *De pactis: Pax servetur, pacta custodiantur* (X 1. 35. 1.).

167 Art 1674 du code civil des Français.

retrouvé dans les compilations antiques les notions de droit naturel, de droit commun et de droit singulier. Ces deux dernières notions permirent à nouveau d'agencer les diverses sources formelles du droit: le droit savant (romain et canonique) était universel, donc commun à tous les peuples d'Europe; les autres droits étaient singuliers, propres à un royaume (les lois royales), à une profession (la coutume des marchands), à une ville (les statuts urbains), à une seigneurie (les coutumes territoriales) ... La notion de droit commun a permis à la doctrine d'harmoniser le pluralisme juridique du Moyen âge. L'émergence des droits nationaux lui a porté un coup qui n'a pas été fatal.

(C) Les fondements des droits nationaux

A partir de la Renaissance (XV^{ème} et XVI^{ème} siècles), le nationalisme juridique s'est affirmé avec force. A cette période naît la notion moderne de l'Etat, avec son attribut discriminant, la souveraineté, qui, dans l'ordre interne, aux mains d'un gouvernement, s'exerce de manière exclusive sur un territoire et sur une population, et qui, dans l'ordre international, n'admet aucun supérieur. Les légistes justifient le pouvoir normatif des souverains par la doctrine romaine de la monarchie dite absolue, qui s'exprime dans les adages d'Ulpian.

Les jurisconsultes recherchent dans les coutumes la matière d'un droit national. En France, Charles du Moulin (1500-1566), réfute l'idée que le droit romain serait le droit commun en France et il affirme que les coutumes forment le véritable droit français, expression de traditions nationales; il propose («Discours sur la concorde et l'union des coutumes de France») de fondre les coutumes en une seule. En Allemagne, Hermann Conring (1606-1681) dénonce comme des faux les ordonnances et les édits des empereurs germaniques qui adoptent la compilation justinienne comme le droit impérial allemand, et il cherche les origines du droit allemand en dehors du droit romain.

Les professeurs, de leur côté, retrouvent la théorie du droit naturel classique, issue de la rencontre de la philosophie d'Aristote et de la doctrine de saint Thomas d'Aquin: le monde est ordonné et chaque être y a une place déterminée en fonction du tout; la nature des choses adapte le droit au contexte. La jurisprudence est, étymologiquement, la prudence comme art de découvrir les bonnes solutions juridiques, par l'étude de la nature des choses. La théorie du droit naturel moderne abandonne les idées d'ordre universel et de finalité de la nature, pour se concentrer sur l'individu doté de la raison et pourvu de droits absolus; ces droits trouvent leur source soit dans la conscience qui reçoit les lois naturelles d'origine divine (version religieuse), soit dans le souvenir des droits subjectifs de l'état de nature, repris par le contrat social (version laïcisée). Le Français Hugues Doneau (1527-1591) a cherché à analyser tout le droit privé au moyen de la notion de droit subjectif,

d'attribut de la personne, de faculté de l'individu. L'homme est titulaire de droits inhérents à sa personne (droits à la vie, à la liberté, à l'honneur, à la sécurité) et, parfois, de droits sur les choses (propriété, possession, autres droits réels) et de droits sur autrui (créances).

Le Hollandais Grotius (1583-1645), fondateur du droit international public et du droit maritime modernes, est le père d'une conception du droit naturel entièrement laïcisée. La clarté et l'évidence de la raison humaine jointe à une tradition perpétuelle, répandue par tout le monde, suffisent à donner leur justification et leur contenu aux règles de droit. Son érudition très riche lui permet de trouver des exemples de ces règles dans le temps et dans l'espace, dans l'histoire du droit de pays nombreux et divers. Avec lui, le droit de la nature se joint au droit des gens (*ius gentium*), droit commun aux divers peuples. En Grotius, comme en Doneau, se rejoignent l'humanisme individualiste, le jusnaturalisme moderne et le systématisme.

Le systématisme est une autre tentation des professeurs. Ceux-ci trouvèrent chez Cicéron l'idée que le droit devait être un art, une science professionnelle, comme celle des médecins et des géomètres, et, dans les *Institutes* de Justinien, un exposé systématique, axiomatique, déductif, des règles. La construction du droit en système s'appuyait sur des grands principes, tels les principes du Décalogue, les cinq commandements relatifs aux relations entre les hommes: le respect dû aux parents, la prohibition du meurtre, du vol, de l'adultère, de la convoitise. Ou les principes stoïciens d'Ulpien, qui écrivait: «Les préceptes du droit sont de vivre honnêtement, de ne léser personne, d'attribuer à chacun le sien¹⁶⁸.» Cette conception triomphe chez le jurisconsulte français Jean Domat, qui publie, en 1689, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, c'est-à-dire le droit privé romain ordonné¹⁶⁹ à partir des trois grands préceptes d'Ulpien¹⁷⁰, que Domat considère comme autant de lois naturelles que les hommes sentent, par la raison, comme les règles communes de la justice et de l'équité¹⁷¹.

168 *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, nemidem laedere, suum cuique tribuere* (D 1, 1, 10, 1).

169 Le chancelier d'Aguesseau a qualifié la présentation de Domat d'«ordre presque géométrique».

170 Domat, dans sa préface, écrit: «On a commencé par la vue des principes naturels et immuables de l'équité, comme sont, par exemple, les vérités générales: qu'il ne faut faire tort à personne; qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient; qu'il faut être sincère dans les conventions et fidèle en toutes sortes d'engagements.»

171 «C'est cette lumière de la raison, qui, faisant sentir à tous les hommes les règles communes de la justice et de l'équité, leur tient lieu d'une loi, qui est restée dans tous les esprits au milieu des ténèbres que l'amour propre y a répandues. Ainsi tous les hommes ont dans l'esprit les impressions de la vérité et de l'autorité de ces lois naturelles: qu'il ne faut faire tort à personne;

L'école du droit naturel moderne voit le droit comme un droit systématique, fondé sur la raison, conforme à la nature. Il existerait un droit conforme à la nature humaine, droit idéal et universel. Cette conception triomphe aussi en Allemagne, sous le nom plus approprié que celui de droit de la nature de droit de la raison (*Vernunftrecht*). Le droit est conçu comme un ensemble d'axiomes, à l'image des règles que découvrent les sciences. L'idée des droits naturels des individus (sujets de droits), ou droits subjectifs, éclipse la théorie du droit naturel divin, d'un droit de la nature créée par Dieu, qui était celle de Domat, chrétien janséniste fervent. Cette idée d'un droit naturel, nécessairement unique et universel, s'appuie toujours sur l'opposition du droit commun et des droits particuliers.

Etudiée dans toutes les universités d'Europe, la notion romaine de droit commun (*ius commune*) a été retravaillée par les juristes, en fonction de la gradation des puissances, laïques et ecclésiastiques, qui patronnaient la faculté de droit, et de la hiérarchie des sources formelles du droit qui devrait découler de cette situation. Elle a adopté des nuances différentes selon les pays. Elle a pris précocement, dès le XI^{ème} siècle, un sens particulier dans le royaume d'Angleterre, sous la désignation de *common law*, que nous étudierons au chapitre suivant. Elle a eu une signification différente dans le royaume de France («ley commune») et dans l'empire germanique (*gemein Recht*), deux importants membres de la famille romaniste.

Section II. La Famille Romaniste

La famille romaniste compte aujourd'hui de nombreux membres établis dans le monde entier, sur les cinq continents. Son cœur historique bat en Europe: en Allemagne, Autriche, Benelux, Ecosse, Espagne, France, Italie, Portugal, Roumanie, Suisse, les pays nordiques pour partie ... La famille romaniste a essaimé en Amérique du Nord, du Centre et du Sud, avec les colons espagnols (du Mexique au Chili), portugais (Brésil), hollandais (Antilles et Guyane), français (au Québec, au Canada, en Louisiane, aux Etats-Unis, et aux Antilles, également). Cet essaimage a atteint l'Afrique, également par la colonisation conduite par les quatre mêmes pays, laissant des traces plus ou moins fortes, de l'Afrique du Nord à l'Afrique du Sud (*Roman Dutch Law* de la République sud-africaine), auxquels se sont jointes, plus tard, l'Allemagne (Cameroun, Togo et Tanzanie), l'Italie (Lybie), la Belgique (Congo). Elle a des représentants en Asie: la Turquie (sous l'influence

qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient; qu'il faut être sincère dans les engagements, fidèle à exécuter ses promesses et des autres règles semblables de la justice et de l'équité. Car la connaissance de ces règles est inséparable de la raison, ou plutôt la raison n'est elle-même que la vue et l'usage de toutes ces règles.»

de la Suisse), en Israël, au Japon (à l'initiative de la France et de l'Allemagne). Elle s'est dispersée en Océanie, avec les colonisations française (Polynésie française et Nouvelle-Calédonie, notamment) et chilienne (Île de Pâques).

Dans cette *Introduction au Droit comparé*, il n'est pas possible d'étudier les droits de ces divers pays. Nous nous bornerons donc au droit français (Paragraphe 1) et au droit allemand (Paragraphe 2), qui présentent une particulière importance, au sein de la famille romaniste, et qui exercent une puissante influence sur le monde latin et sur le monde germanique, tout en mentionnant, à l'occasion, d'autres droits nationaux, notamment le droit espagnol, le droit italien, les droit de la Belgique et celui des Pays-Bas, le droit suisse et le droit autrichien.

Paragraphe 1. Le droit français

Le droit français, comme le sentiment national, comme la langue française, s'est construit lentement, à partir du Moyen âge, comme l'une des manifestations de la formation de la Nation France. Les rois de France ont dégagé leurs peuples de l'influence politique des empereurs germaniques et des papes romains, et ils ont ouvert un espace où le droit national a pu naître. Comme les rois d'Angleterre, comme les rois d'Espagne (Castille et Léon), les rois de France se sont considérés comme totalement indépendants politiquement et ils ont fait reconnaître leur souveraineté par les armes et par le droit. Les juristes des rois de Castille et des rois de France ont adopté la maxime «le roi est empereur en son royaume».

Ce droit national, né de la volonté des rois et du travail des juristes, a reçu le nom d'ancien droit (A), c'est-à-dire de droit de l'ancien régime politique et social: droit de la monarchie et de la société d'ordres (clergé, noblesse et tiers état). La Révolution française (1789-1799), événement majeur de l'histoire politique et sociale du pays, s'est traduite par une révolution du droit et par un épanouissement du droit national (B). La période la plus récente a été marquée par la construction européenne et la globalisation de l'économie. Pour s'adapter et survivre à la concurrence, le droit français a opéré des réformes importantes. Il est entré dans l'âge de la maturité (C).

(A) L'ancien droit: la naissance du droit français

Comme tout phénomène d'unification du droit à partir de matériaux multiples, la formation du droit français a été stimulée par le besoin matériel d'un droit unique ressenti par des sujets en relations juridiques. Les contacts humains et les échanges commerciaux ont rendu souhaitable le recours à des règles identiques. La volonté politique des rois, qui souhaitaient développer le sentiment d'appartenance à la Nation française, d'unifier le droit s'est manifestée très tôt et s'est exercée avec continuité.

Dès le XII^{ème} siècle, le roi évoque «la coutume du royaume». Au XIII^{ème} siècle, un jurisconsulte de l'entourage royal, Philippe de Beaumanoir, mentionne «un droit qui est commun à tous au royaume de France.» Au XIV^{ème} siècle, le procureur du roi au parlement de Paris, première cour de justice du royaume, invoque «la coutume générale du royaume.» Au XV^{ème} siècle, le roi ordonne la rédaction de l'ensemble des coutumes du royaume. Au XVI^{ème} siècle, il encourage l'unification des coutumes par la promotion de la coutume de Paris; la promotion de celle-ci est facilitée par le travail des jurisconsultes (en particulier Charles du Moulin) et celui des magistrats (en particulier Christofle de Thou). Aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, les rois font codifier, par des ordonnances royales, des pans entiers du droit public et du droit privé.

Colbert, ministre du roi Louis XIV, fit ainsi rédiger: une ordonnance civile (1667), qui est un code de procédure civile uniforme pour toutes les juridictions royales; une ordonnance des eaux et forêts (1669); une ordonnance criminelle (1670), qui est un code de procédure pénale; une ordonnance sur le commerce de terre (1673) et une ordonnance de marine (1681). D'Aguesseau, chancelier du roi Louis XV, fit rédiger des ordonnances unifiant le droit des donations (1731), des testaments (1735) et des fidéicommissaires (1747).

Ces ordonnances royales de codification puisent leur matière dans des sources très diverses. Les deux ordonnances de procédure de Colbert empruntaient à une succession d'ordonnances royales antérieures, parfois interprétées différemment de parlement à parlement et selon les matières, elles-mêmes influencées par la procédure romano-canonique du droit savant. Les ordonnances relatives au commerce de terre et de mer s'inspiraient des usages du droit commercial et du droit maritime (hollandais et anglais).

Les trois ordonnances de d'Aguesseau, touchant au droit privé coutumier, fort divers malgré la promotion de la coutume de Paris, furent délicates à rédiger. Le chancelier prit acte de la divergence entre le Nord et le Centre de la France, d'une part, où dominaient les coutumes, et le Sud, où les populations pratiquaient le droit romain. Il réussit à unifier les coutumes. Mais il garda deux formes de testament, l'une pour le Nord et le Centre, fusion des coutumes, l'autre pour le Midi, d'inspiration romaine. L'unification du droit était bien avancée. Elle fut poursuivie, au nom de l'uniformité de la Nation, par la Révolution française.

(B) La Révolution française et l'Empire: l'épanouissement du droit français

Comme les révoltes et les révolutions qui l'ont précédée aux Pays-Bas (1572-1579), en Angleterre (1642-1649 et 1688-1689), aux Etats-Unis (1774-1783), la Révolution française (1789-1799) s'inspire d'idées politiques nouvelles (1). La

Révolution est également juridique: elle adopte un ensemble de lois novatrices formant ce que les historiens désignent comme le «droit intermédiaire» (2), parce qu'il s'est marié à l'ancien droit des rois, dans les divers codes réalisés, de 1800 à 1810, par le régime autoritaire de Napoléon Bonaparte (3).

(1) Les idées politiques nouvelles

L'esprit des philosophes du XVIII^{ème} siècle - Voltaire, Diderot, Rousseau - a exigé, au nom de la Raison humaine souveraine, l'un et l'uniforme, réalisés par la Loi. Pour Voltaire, l'univers est une horloge, dont l'artisan est un Etre suprême. Diderot, architecte de l'*Encyclopédie*¹⁷², rend un culte à la Science et au Progrès. Rousseau est l'apologiste de la Loi, expression de la volonté générale. Les Lumières de la Raison, pour Voltaire et Diderot, et celles du cœur, pour Rousseau, doivent dissiper les ténèbres de l'ignorance et de la superstition. L'esprit critique rationaliste¹⁷³ de Descartes (*Discours de la méthode* paru en 1637), qui était conjugué avec la foi chrétienne (*Méditations métaphysiques*, publiées en 1641), s'exerce maintenant sans aucune limite.

La religion chrétienne, la monarchie traditionnelle et l'ancien droit sont des vieilleries vouées à disparaître au plus vite. Diderot rêve de «jeter une bombe dans la maison de Dieu.» Il fait sa cour à Catherine II de Russie, comme Voltaire à Frédéric II de Prusse, despotes éclairés, et non pas souverains de droit divin.

La critique de l'ancien droit privé est menée au nom de l'équité et de la rationalité. Les privilèges, étymologiquement des «lois privées», sont maintenant considérés comme des avantages et des passe-droits, que l'évolution de la société condamne. Les distinctions honorifiques comme les exemptions fiscales sont privées de justification par l'évolution de la société, qui valorise la bourgeoisie au détriment du clergé et de la noblesse. Les statuts particuliers des ordres sociaux, des villes, des corporations (universités, métiers) sont remis en question au nom de l'égalité civile. L'ancien droit privé, notamment le pluralisme coutumier, est également remis en cause au nom de la rationalité juridique. «En France, écrit Voltaire, on change plus souvent de lois que de chevaux de poste ... Qu'il n'y ait qu'un poids, qu'une coutume, qu'une mesure.»

172 L'*Encyclopédie* ou *Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, est un ouvrage de vulgarisation scientifique et philosophique, en dix-sept volumes, parus entre 1751 et 1772, dont la direction a été assurée par Diderot et d'Alembert, et dont les articles ont été rédigés par une pléiade de savants et d'écrivains: Voltaire, Montesquieu, Quesnay, Rousseau, Jaucourt.

173 Sa démarche est animée par le doute méthodique, qui est une complète remise en question des «préjugés des sens et de l'enfance», et s'appuie sur l'intuition confrontée à l'évidence et sur la déduction nécessaire. Chez lui coexistent le rationalisme et le mécanisme, et la métaphysique et la philosophie, qui est recherche de la sagesse et du souverain Bien.

La volonté de réformer des despotes éclairés, qui eurent la fureur de gouverner, ne pouvait s'accommoder de la coutume, même unifiée, comme source du droit. La coutume est trop porteuse de particularisme, et trop lente à se former, pour réformer, unifier, uniformiser. La jurisprudence est l'œuvre commune des magistrats, des professeurs et des avocats, dont la mentalité se caractérise par l'arbitraire, le juridisme et l'esprit de chicane, manifestations d'obscurantisme et expressions d'intérêts professionnels et matériels. Seule la loi est en mesure d'exprimer la volonté de la communauté politique, elle-même seule souveraine. La loi est portée au firmament de l'ordre politique et juridique. Précise, elle prive le juge de tout pouvoir d'interprétation: c'est la conception du juge automate. Par un retour à la cité grecque et à la *Res publica* romaine, la loi remplace le roi: la loi est reine. Le lien abstrait du citoyen à sa loi remplace le lien concret du sujet à son seigneur. La loi, qui a un domaine illimité, un caractère infaillible, une autorité absolue, est la seule source du droit. Les lois novatrices de la décennie révolutionnaires forment un corps de règles que les historiens du droit désignent comme le «droit intermédiaire».

(2) Le «droit intermédiaire» de la décennie révolutionnaire (1789-1799)

Avant la loi, œuvre de la communauté politique, ou des représentants des citoyens, les hommes des Lumières reconnaissent l'existence de droits naturels. Avant la formation de la société, par le contrat social conclu entre les citoyens, les hommes, vivant à l'état de nature, connaissent certains droits: selon cette théorie politique, les droits de l'homme auraient précédé, historiquement, les droits du citoyen. Ces droits de l'homme, droits naturels, inaliénables et sacrés, ne peuvent être décrétés, mais seulement déclarés. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, énoncée au début de la Révolution française (26 août 1789), mentionne: la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression (art. 2). Cette philosophie libérale, inspirée de Locke et de Montesquieu, est tempérée par l'influence de Rousseau. La loi, expression de la liberté générale peut poser des bornes à la liberté, à la propriété ...

Aux mains de l'assemblée nationale constituante, la loi abolit l'ancien droit institutionnel, économique, social. Dans la nuit du 4 août 1789, dans un grand élan de générosité, les députés décidèrent l'abolition de tous les privilèges sociaux au nom de l'égalité civile (égalité des droits) et au nom de l'individualisme. Les groupes (ordres sociaux, corporations ...) et leurs privilèges disparaissent au profit des individus soumis à un *droit uni*, unique et uniforme. Les institutions également furent bouleversées. Le territoire est redéfini: les provinces sont abolies et remplacées par les départements, dépourvus de traditions et de droits particuliers, après que Sieyès ait proposé un découpage géométrique à l'américaine, en carrés de

18 lieues de côté. La constitution coutumière de la monarchie de droit divin est remplacée par la constitution écrite d'une monarchie constitutionnelle limitée, qui s'inspire des principes des constitutions britannique et américaine (21 septembre 1791). L'économie également est métamorphosée. Les corporations de métiers sont dissoutes et interdites, afin que s'établisse la liberté d'entreprendre, et les douanes intérieures sont supprimées, pour que s'instaure la liberté de commercer dans un marché national unique (1790).

La loi de réforme de la justice (août 1790) annonce une révolution du droit: la rédaction d'un «code général de lois simples, claires et appropriés à la Constitution» alors en cours d'élaboration. C'est le régime autoritaire de Napoléon Bonaparte, général de la Révolution (1794-1799), consul de la I^{ère} République (1799-1804), empereur des Français (1804-1815), qui réalisa cette codification.

(3) La codification du droit par Napoléon Bonaparte

Bonaparte voulait ficher dans le sol de France des «masses de granit» qui donneraient au pays des fondements solides, après les ébranlements de la Révolution (1789-1799). Il fit rédiger une série de codes, dans une volonté et une démarche qui s'apparentent à celles de Louis XIV et de Colbert.

Le premier de ces codes, le code civil des Français, commencé en 1800, fut promulgué en 1804. Sur le plan des sources formelles du droit, le code civil annonce la victoire de la loi sur les autres sources du droit. La dernière disposition du code abolit toutes les sources antérieures: ordonnances royales, coutumes, arrêts des cours, lois romaines, règles canoniques. Sur le plan des sources matérielles, le code civil des Français, droit commun des Français, constitue une transaction, un compromis entre l'ancien droit de la monarchie et le droit de la décennie révolutionnaire, le droit intermédiaire.

En droit des personnes (Livre I^{er}), le principe ancien d'autorité du chef de famille ou *pater familias* – du mari sur son épouse et du père sur leurs enfants - est restauré. Mais les principes révolutionnaires de liberté et d'égalité civile ont inspiré le divorce et l'égalité successorale. En droit des biens (Livre II), les principes révolutionnaires d'individualisme et de respect de la propriété, droit inviolable et sacré, conduisent à définir la propriété comme «le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue¹⁷⁴.» La propriété de l'ancien droit, issue du droit coutumier et du droit féodal, admettant des droits d'usage collectifs¹⁷⁵ et une

174 Art 544.

propriété éclatée¹⁷⁶ est abolie. En droit des obligations (Livre III), l'ancien droit prédomine, issu des ouvrages de Domat et Pothier, très inspirés de droit savant.

Quatre autres codes furent promulgués, où se montrent à nouveau la présence de l'ancien droit de la monarchie et celle du droit intermédiaire de la Révolution. Le code de procédure civile (1806), largement repris de l'ordonnance civile de 1667, montre un retour à la tradition de la monarchie. Le code de commerce, également inspiré du l'ordonnance sur le commerce de terre de 1673, est un supplément du code civil: «Les lois du commerce n'étant que des lois d'exception, qui reçoivent leur complément du droit civil, ne peuvent former un système complet sur presque aucune des matières qu'elles règlent»¹⁷⁷. On voit ici un nouvel avatar de l'opposition romaine entre droit commun et droit particulier ou droit d'exception. Le code de commerce contient un droit d'exception à un autre point de vue: Napoléon, comme Louis XIV, voyait dans le commerce une activité à contrôler et à orienter vers des buts de politique économique fixés par l'Etat, et non par le marché.

En matière pénale, le code d'instruction criminelle (1808) et le code pénal (1810) sont également des amalgames. Le code d'instruction criminelle (code de procédure pénale) a maintenu le jury de jugement, mais supprimé le jury d'accusation (instruction préparatoire de l'affaire), tous deux établis par la Révolution (1791) sur le modèle de la justice britannique, et censés garantir les droits de l'individu. Le code pénal (1810) était plus répressif que le droit de la Révolution (peine de mort et prison à perpétuité), tout en assouplissant le principe de la légalité et de la fixité des peines: il redonnait un pouvoir d'appréciation aux juges, fixant des peines maximales et minimales pour certaines infractions.

Cette codification a été peu réformée ou infléchie, par la loi elle-même, par la jurisprudence et par la doctrine, au cours du XIXème et de la première moitié du XXème siècle. Elle a donc donné ses traits distinctifs et ses caractères actuels, de forme et de fond, au droit positif français contemporain, un droit exposé à des concurrences nouvelles et entré dans l'âge de la maturité.

175 Les paysans avaient parfois des droits d'usage des biens communaux ou autres, permanents (droit de glanage ...) ou temporaires (après la récolte ou la vendange, le droit aux fruits restant sur les épis de blés ou les sarments de vigne).

176 Le titulaire du droit sur la première coupe d'herbe du printemps pouvait ne pas avoir droit à la coupe des «regains» ou repousses de l'herbe.

177 *L'esprit du code de commerce* (1811-1813)

(C) Le droit contemporain: la maturité du droit français

L'amour de la loi ou nomophilie, amour exclusif, et la codification du droit ont favorisé l'esprit de positivisme juridique: n'est digne d'intérêt que le droit en vigueur; toute considération doctrinale, qu'elle soit d'inspiration philosophique idéale ou simplement utilitaire, doit être exclue. Cette mentalité, ajoutée au nationalisme juridique, qui a dominé le XIX^{ème} et le début du XX^{ème} siècle, a affaibli les notions de justice et d'équité. Quant au nationalisme juridique, il a semblé ouvrir le déclin de la notion de droit commun, de *ius commune* de la famille romaniste.

Cette vision du droit français ignore pourtant que les codes napoléoniens n'ont pas éliminé les emprunts aux droits étrangers (y compris à la *common law*) du droit de la Révolution (le jury anglais, la séparation des pouvoirs et le veto royal à l'américaine) et qu'ils ont eux-mêmes exercé une influence sur les codes du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle: codes allemands, italiens, néerlandais, suisses et même américains ... L'isolationnisme du droit national est un leurre.

Les codes français, et le droit privé français dans son ensemble, reçoivent l'influence de droits étrangers. On a vu, au chapitre consacré à l'histoire du droit, que le droit français avait emprunté, au cours du XX^{ème} siècle, au droit constitutionnel des Etats-Unis (le conseil constitutionnel imité de la cour suprême), au droit des sociétés allemand (la société à responsabilité limitée et la société à directoire et conseil de surveillance), au droit américain de la concurrence (les ententes) et de la finance (la législation boursière) ...

Aujourd'hui, le droit français subit l'influence de l'évolution législative de ses voisins, comme on le voit présentement en matière de droit des personnes: facilité du divorce, extension du mariage aux personnes de même sexe ...

Les influences les plus fortes viennent du droit européen, qui s'impose, dans certaines matières, au législateur français (parlement et gouvernement confondus), qui doit prendre les mesures d'intégration de la réglementation européenne dans le droit national.

Le droit français est exposé à des concurrences multiples qui le portent à s'améliorer, à se réformer, à s'adapter au temps présent, toujours fuyant. Depuis les années 1960, le droit civil, notamment le droit des personnes, mais aussi le droit des affaires, le droit pénal, le droit judiciaire (institutions et procédures) ... sont l'objet de réformes successives de modernisation.

La nationalisation du droit, œuvre des codifications des XVIII^{ème}, XIX^{ème} et XX^{ème} siècle, est maintenant concurrencée par la comparaison et par le

rapprochement des droits. La conscience de la menace que font peser sur l'avenir de l'humanité les nationalismes et les armes nucléaires a provoqué, dès la fin de la Première guerre mondiale (1914-1918), et encore plus après la fin de la Deuxième guerre mondiale (1939-1945), des efforts d'unification des droits. Le développement des relations commerciales, entre toutes les parties du monde, constitue un second facteur, peut-être encore plus puissant que le premier, de rapprochement des droits, et parfois d'unification du droit, par les conventions internationales, les lois modèles, la jurisprudence des tribunaux arbitraux internationaux

Tel qu'il est, le droit français garde des traits et des caractères, de fond et de forme, de ses origines lointaines et proches. La loi demeure la première source d'un droit qui est conçu comme une règle de vie sociale, et pas seulement comme un ensemble de normes destinées à trancher les conflits. Le droit joue un rôle fondamental - il est la base même de l'ordre de la société - et la loi est l'expression et l'instrument de la volonté commune. La jurisprudence n'est pourvue que de l'autorité reconnue aux juridictions, qui ne forment pas un pouvoir judiciaire, en France. La coutume et la doctrine jouent un rôle d'appoint. Quant à la structure et au contenu du droit français, ses catégories demeurent marquées par son histoire: ses concepts, ses règles, ses institutions-mécanismes (faisceaux de règles) et ses grandes divisions restent marqués par les apports successifs de la science du droit: le droit romain, le droit savant du Moyen âge, le droit naturel moderne. Le droit français partage ces grandes caractéristiques, avec des nuances certes, avec le droit allemand.

Paragraphe 2. Le droit allemand

A la différence des Etats de l'Europe occidentale qui se formèrent à la fin du Moyen âge (Angleterre, Espagne, France, Portugal), l'Allemagne n'a trouvé, à cette période, ni son espace, ni ses institutions. Le Saint empire romain germanique, tentative de reconstitution de l'empire romain de l'Antiquité, par des princes germaniques et avec la coopération de l'Eglise de Rome, est restée une fédération lâche de principautés, pendant six siècles (de 1250 à 1850). Et il fallut encore un siècle et demi (1848-1990), la fin du XXème siècle, pour que l'Allemagne trouve des frontières incontestées, des institutions stables, un droit national. Ce décalage par rapport aux autres Etats européens fournit une explication de la spécificité tant des institutions de l'Etat (A) que du droit allemand (B).

(A) La construction de l'Etat allemand

Sur les ruines des institutions romaines, les chefs des tribus germaniques implantées en Gaule (Francs et Burgondes, principalement), en Espagne

(Wisigoths), en Italie (Lombards) établirent de véritables royaumes, à partir du VI^{ème} siècle. Le royaume des Francs, de l'Atlantique à l'Oder, connut son apogée sous Charlemagne, couronné empereur par le pape Léon III, en 800. Le but d'un rétablissement de l'empire romain de l'Antiquité (*renovatio imperi*) fut encore au cœur de la politique de la dynastie ottonienne, du nom d'Otton le Grand (936-973), duc de Saxe, roi de Germanie et d'Italie, également couronné empereur par le pape en 962. Les dynasties de princes germaniques, qui se succédèrent (ottoniens, saliens, Hohenstaufen), du X^{ème} au XIII^{ème} siècle, fondèrent un système de gouvernement conjoint de l'empire et de la papauté (*Reichskirchensystem*), dont l'équilibre penchait, selon les protagonistes, d'un côté ou de l'autre. La papauté réussit à affaiblir son associé et à s'en libérer au XIII^{ème} siècle, parvenant à provoquer une vacance du trône impérial, le grand interrègne (1254-1274).

L'effondrement de l'empire redonna le pouvoir aux princes: ducs de Saxe et de Bavière, roi de Bohême. La couronne impériale ne fut plus transmise par l'hérédité, mais par l'élection par les princes. Elle était le symbole d'un pouvoir faible. Parallèlement se formaient les royaumes indépendants et concurrents d'Angleterre, de France, d'Espagne, de Portugal, de Danemark et de Suède, de Pologne et de Hongrie. La théorie politique de l'empereur, chef séculier des princes d'Occident, était vide de réalité.

Les empereurs s'attachèrent à établir des institutions politiques, judiciaires et administratives. La Bulle d'or de 1356 régla le droit politique, fixant notamment le mode d'élection de l'empereur par un collège de sept princes grands électeurs ou «princes de cour» (*Kurfürst*): le roi de Bohême, le duc de Saxe, le margrave de Brandebourg et le comte du Palatinat, princes laïques héréditaires, et les archevêques de Cologne, de Mayence et de Trèves, princes ecclésiastiques. Les empereurs partagèrent l'empire en 10 cercles (*Kreise*). Ils organisèrent la diète impériale (*Reichstag*) des députés des princes et des villes, une chambre des conseillers auliques, une chancellerie impériale, ainsi qu'une cour supérieure de justice impériale, le *Reichskammergericht*¹⁷⁸.

Le *Reichskammergericht* était composé d'un président, désigné par l'empereur, et de seize juges, dont huit chevaliers et huit légistes (gradués en droit romain). En réalité, la totalité des juges étaient formés au droit savant. Ce tribunal était la cour suprême pour les affaires de droit privé jugées par les cours et tribunaux des diverses principautés. Le morcellement politique posait un difficile problème de droit applicable. La cour devait appliquer le droit territorial, coutumier (*Landrecht*)

178 Créé en 1415, la cour fut réorganisée plusieurs fois, notamment en 1495 (16 juges) et en 1654 (24 juges avec une parité entre catholiques et protestants).

et urbain (*Stadtrecht*), et le droit impérial, et, subsidiairement, le droit commun (*gemein Recht*). La difficulté à trouver ou prouver la règle de droit coutumier appropriée favorisa l'extension du droit savant commun.

La nouvelle dynastie des Habsbourg mena une politique matrimoniale qui permit la réunion à l'empire germanique du royaume d'Espagne, du royaume de Naples et des deux Siciles, du royaume de Hongrie et du duché de Bourgogne (qui dominait les Pays-Bas, la Belgique et le Luxembourg actuels). Mais le conflit dynastique entre les Habsbourg, empereurs germaniques, et les Valois, rois de France, tous catholiques, pour l'hégémonie européenne, prit un caractère national, quand le roi de France, François Ier, décida de nouer des alliances diplomatiques et militaires avec les princes protestants allemands et avec le sultan ottoman musulman, Soliman Ier.

Tous ces efforts buttèrent sur l'absence d'un impôt permettant de financer une armée et une administration impériales. Ils furent détruits par les effets de la Réforme protestante. Initiée en 1517, par Martin Luther, la Réforme et le schisme au sein de l'Eglise provoquèrent des tensions et bientôt la guerre entre les empereurs, restés catholiques, et les princes, convertis au protestantisme. De 1546 à 1648, les guerres ravagèrent les Pays-Bas et l'Allemagne, en particulier la guerre de Trente ans (1618-1648), alimentée par les interventions étrangères, notamment des rois du Danemark, de Suède et de France.

En 1648, un congrès de toutes les puissances européennes, réunies à Munster et à Osnabrück, permit la conclusion des deux traités dits de Westphalie. Un compromis religieux fut conclu, qui adoptait le principe *cujus regio, ejus religio*, selon lequel le prince dictait leur religion à ses sujets, la situation étant gelée à celle qui prévalait en 1624. La paix fut conclue entre l'ensemble des belligérants¹⁷⁹. L'indépendance des Pays-Bas protestants et celle des cantons helvétiques furent reconnues par l'ensemble des puissances.

Quant à l'empire germanique, les traités de Westphalie de 1648 marquèrent son effacement durable. L'empire est divisé en 343 Etats (*Reichstände*) souverains, principautés laïques ou ecclésiastiques, héréditaires ou non, telles les villes libres de l'empire. La diète impériale est formée de trois collèges: le collège des sept princes grands électeurs, déjà mentionné; le collège des princes d'empire de plus de 340 Etats; et le collège des plus de 1000 chevaliers d'empire représentant les autres entités, notamment les villes libres. Le rêve des Habsbourg de faire de l'empire une monarchie dotée d'une administration centralisée était détruit. Les

179 Sauf entre l'Espagne et la France, qui firent la paix, en 1659, par le traité des Pyrénées.

grands princes de Saxe, de Bavière, de Brandebourg (bientôt rois de Prusse) sont aussi puissants que l'empereur lui-même. L'empereur n'est que le premier des princes allemands. L'empire demeura une fédération lâche de principautés, jusqu'aux années 1850.

Après ses victoires militaires sur l'Autriche et sur la Prusse, Napoléon Bonaparte décida de dissoudre l'empire germanique par un simple décret (1806). L'empereur des Français, par une ironie de l'histoire, fit lever le sentiment nationaliste des Allemands et ouvrit la voie à la formation d'un second empire allemand (1871). Après la dictature nazie d'Adolf Hitler (1933-1945), et la fin de la Deuxième guerre mondiale, l'Allemagne a été partagée en quatre zones d'occupation militaires, bientôt réduites à deux. A l'ouest, la république fédérale s'est formée, dotée d'une constitution (*Grundgesetz*) adoptée en 1948, qui s'inspire des mêmes principes que les autres démocraties occidentales: libertés publiques et privées, partage du pouvoir entre des institutions qui s'équilibrent à plusieurs niveaux, principe de légalité garanti par l'existence d'une cour constitutionnelle.

La constitution est de nature fédérale: l'Allemagne est formée de seize pays ou *Länder*, qui ont chacun leur constitution, définissant les compétences, pouvoirs et rapports d'une assemblée, d'un exécutif (un gouvernement dirigé par un ministre président), et d'une cour constitutionnelle. Le fédéralisme libéral est une tradition constitutionnelle de l'Allemagne, depuis 1850, fondée sur le legs plus ancien de la division de l'empire: le territoire des *Länder* est souvent issu de celui de royaumes et de principautés. Au centralisme français, on oppose classiquement le fédéralisme allemand. Les *Länder* sont représentés au sein de l'une des deux assemblées fédérales, le conseil fédéral (*Bundesrat*), alors que le peuple élit des députés à l'assemblée fédérale (*Bundestag*). Le président de la fédération exerce des fonctions de représentation et d'arbitrage. Le chancelier fédéral est le chef de l'exécutif. Il existe enfin une cour constitutionnelle fédérale.

Quant au territoire de l'Allemagne, longtemps incertain, il a trouvé ses bornes avec la réunification de l'Allemagne fédérale de l'Ouest et de la République démocratique allemande de l'Est, et la signature concomitante d'un traité de paix avec la Pologne (1990). Ce n'est donc qu'au XX^{ème} siècle que l'Allemagne a trouvé des frontières incontestées, des institutions stables, un droit national. Ce décalage par rapport aux autres Etats européens est l'une des explications de la spécificité du droit allemand.

(B) La genèse du droit allemand

La fragmentation politique de l'Allemagne a provoqué ce retard à s'unifier institutionnellement et juridiquement. Le droit territorial, qu'il émane des princes,

des villes ou des coutumes féodales ou rurales, était d'application locale. Et le droit impérial, issu des ordonnances des empereurs, qui requérait, selon la Bulle d'or de 1456, l'unanimité des trois chambres de la diète impériale, difficile à obtenir, fut rare (1). Les lacunes furent comblées par une réception massive de droit savant (2), avant que la codification n'opère une synthèse du droit (3).

(1) Le droit territorial et le droit impérial

Le droit territorial, en Allemagne, a pris deux grandes formes: celle du droit rural ou *Landrecht*, et celle du droit urbain (statuts urbains) ou *Stadtrecht*.

- Le *droit rural* a eu un premier monument, à l'époque médiévale, le «Miroir de Saxe», écrit vers 1230, par un moine, Eike von Regkow. Le miroir était un genre littéraire médiéval, qui a produit des œuvres de natures diverses (morales, juridiques ...), destinées à l'élévation des esprits et au salut des âmes. Ecrit en allemand de Saxe, le *Sachsenspiegel* se présente comme une compilation de l'ensemble du droit positif saxon, public (justice, droit pénal) et privé (personnes, famille). Il mêle coutumes, droit canonique, constitutions impériales.

Sur son modèle, d'autres juristes établirent, pour les autres peuples et principautés un Miroir d'Allemagne, un Miroir de Souabe, un Miroir des Francs, un miroir de Hollande ... toutes compilations de droit territorial (*Landrecht*).

Le droit de la Saxe ou droit territorial saxon (*Landrecht*) a reçu une synthèse doctrinale de Carpozow (1595-1661), qui soutenait qu'il existait un droit commun saxon formé du Miroir de Saxe, de ses gloses et commentaires et des constitutions saxonnes promulguées par les ducs.

D'autres principautés reçurent des codifications de leur droit territorial, ainsi la Bavière (*Codex Maximilianus Bavaricus* en 1756), la Prusse (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* en 1794), le pays de Bade

Rares étaient les auteurs qui considéraient, avant la Révolution française (1789-1799), qu'il existait un droit allemand. La grande majorité pensait qu'il existait un droit impérial commun et des droits territoriaux. Parmi les exceptions, on compte H. Conring et G. Beyer. H. Conring (1606-1681) refusait de voir le droit impérial dans le droit savant, et cherchait en dehors de celui-ci le droit allemand. G. Beyer (1665-1714) fut le premier titulaire de la première chaire de droit privé allemand (*Deutsches Privatrecht*), créée à l'université de Wittenberg (Saxe). Son cours, étude systématique du droit allemand séparé du droit savant, fut publié en 1718¹⁸⁰.

180 *Delineatio iuris germanici ad fundamenta sua revocati*.

- Les *statuts urbains* des villes libres (Hambourg, Cologne) eurent une grande importance à cause de la force du mouvement communal en Allemagne, comme en Flandres et en Italie, ici encouragé par les empereurs. Les villes libres firent établir par des juristes des statuts, dont une partie forma un corps de coutumes commerciales, un droit des marchands (*ius mercatorum*). Les villes firent dresser également des formulaires d'actes et de contrats, des recueils de jurisprudence, telle la jurisprudence de Lübeck, par Mevius (1609-1670).

- Les *ordonnances impériales* n'eurent jamais une grande importance quantitative comme sources du droit en Allemagne. Le morcellement de l'empire et l'obligation d'obtenir le consentement de l'ensemble des princes constituèrent des obstacles quasi insurmontables.

On cite des ordonnances de paix, destinées à lutter contre les guerres féodales (XI^{ème} siècle) et deux constitutions du XVI^{ème} siècle: la constitution de Bamberg (1507), qui fixa la procédure pénale devant les juridictions de l'empire, pendant deux siècles, et la *constitutio carolina criminalis* (1532), œuvre de Charles Quint) ou «Caroline», ordonnance pénale (police, infractions et peines).

Ces ordonnances se rattachent au droit savant: comme en France et dans les autres royaumes, les légistes les justifient par les adages d'Ulpien.

(2) La réception du droit savant ou droit commun (*gemein Recht*)

Dès l'an Mille, l'empereur romain germanique Othon III adopte les compilations de Justinien comme droit impérial allemand. A ses yeux, le droit romain a vocation à être le droit du Saint empire romain germanique. Un édit de Lothaire III (1137) confirme cette attitude. Cette conception provoque la réaction des rois d'Angleterre, de France, d'Espagne et de Portugal, qui craignent que l'étude et l'application du droit romain dans leurs royaumes respectifs ne justifie la prétention des empereurs à une supériorité politique sur eux.

Jusqu'à la fondation des universités de Prague (1448), puis de Vienne, d'Heidelberg et de Cologne, à la fin du XIV^{ème} siècle, les Allemands allèrent étudier le droit à Bologne, à Orléans ... L'université de Bologne avait reçu ses statuts de l'empereur Frédéric, et ses docteurs avaient mis leurs talents et leur science au service du pouvoir impérial. Martinus, en 1158, justifie le pouvoir impérial par le droit romain d'Ulpien, et il donne une liste des pouvoirs (prérogatives) de l'empereur. Bartole, le grand glossateur, rédigea la Bulle d'or de 1456, qui fixa le droit politique de l'empire germanique, organisation collective interallemande.

L'intérêt des empereurs pour le droit public romain rejoignait celui des diverses catégories de praticiens: les juges de la cour suprême impériale (*Reichskammergericht*) et des tribunaux princiers, les notaires, les avocats ... Comme ailleurs en Europe, le droit romain glosé et le droit canon ont donné naissance à la procédure dite romano-canonique, qui s'imposa très largement. Le droit savant prit, en Allemagne, le nom de droit commun (*gemein Recht*). Formé sur la base de la codification justinienne, glosée au Moyen âge, enrichi du droit canonique, le droit commun fut remanié par les multiples courants de la doctrine universitaire.

L'école du droit naturel moderne, dont on déjà parlé à propos des origines des droits nationaux, fut très vivante en Allemagne. Pufendorf (1632-1694) a répandu les idées de Grotius. Son ouvrage majeur, *Le droit de la nature et des gens* (1672), fait du droit naturel un droit universel et immuable, découlant de la nature humaine, fondé sur la sociabilité de l'homme, elle-même inspirée par l'instinct de conservation. L'idée d'un contrat social, déjà présente chez Grotius et Hobbes, qui assure la sûreté mutuelle de chacun, s'appuie sur celle du consentement d'hommes libres et égaux. Ce consentement est nécessaire à l'origine des sociétés, même si Pufendorf admet être incapable d'en indiquer le moment historique. Quant à son contenu, comme chez Grotius, ce droit naturel et des gens est issu principalement du droit savant.

Un autre courant de la doctrine porte le nom d'«usage moderne des pandectes», en latin *usus modernus pandectarum*, d'après le titre d'un ouvrage de Samuel Stryk¹⁸¹. La réception par les juridictions allemandes de la procédure romano-canonique et celle du droit savant matériel appelaient une nouvelle synthèse ou, au minimum, une conciliation entre le droit savant et la pratique. L'application à la société allemande d'un droit vieux de plusieurs millénaires n'allait pas sans poser des difficultés.

La science des compilations de Justinien, dont la principale fut le Digeste («Pandectes», en grec, «Ce qui comprend tout»), synthèse de la science du droit romain, prit le nom de «pandectisme» au XIX^{ème} siècle, et domina la science juridique enseignée dans les universités allemandes. Le pandectisme a pour père Savigny (1779-1861), descendant de huguenots français réfugiés en Allemagne, fondateur de l'école historique allemande. Pour lui, le droit, comme la langue, prend naissance dans la conscience collective d'un peuple (*Volksgeist*) et s'exprime

181 Jurisconsulte allemand (1640-1710), professeur dans plusieurs universités allemandes, auteur du *Specimen usus moderni pandectarum* (1680), qui chercha à concilier le droit savant et la pratique du droit en Allemagne.

dans la coutume. Les progrès de la civilisation transfèrent le droit coutumier aux juristes¹⁸², qui représentent le peuple, et expriment le sentiment populaire du droit en des termes savants et des constructions élaborées¹⁸³. Gierke écrivait que, avec le pandectisme, une seconde réception du droit romain avait eu lieu, au XIX^e siècle, par la voie de la pratique. Savigny a exercé son influence à la fois sur les Pandectistes, théoriciens et héritiers de la conception systématique du droit savant, et sur les Germanistes, qui cherchaient les origines profondes du droit allemand dans les coutumes et l'esprit du peuple, loin du droit savant.

En conclusion, la réception en Allemagne du droit savant a été politique, émanant des empereurs, et appuyant leurs prétentions à la domination universelle. Elle a été également pratique, venant des docteurs en droit, juges, notaires, avocats, et nourrissant leurs jugements, leurs actes, leurs arguments. Cette réception a été aussi théorique, œuvre des professeurs, séduits par la qualité des créations du droit savant, dont ils étaient d'ailleurs parfois les auteurs! Cette réception politique, pratique et théorique, a été le fruit d'un flux continu d'influence, et elle a pris le caractère d'une réception massive et globale.

Le droit savant, droit commun, n'avait pas supprimé le morcellement juridique de l'Allemagne, quand se produisit la Révolution française (1789-1799) qui eut des effets considérables en Allemagne. Dans l'immédiat (1792-1815), la Révolution provoqua des guerres entre la France et l'Autriche, puis entre la France et la Prusse. Ensuite (1815-1870), elle suscita la renaissance du nationalisme allemand et la création d'un Etat allemand unifié (1871) et lança l'Allemagne dans la grande aventure de l'élaboration d'un droit national codifié, qui déboucha sur la promulgation de plusieurs grands codes, dont le code civil de 1900.

(3) La codification du droit

La codification du droit fut un phénomène précoce dans le monde germanique, antérieur à la Révolution française et à la promulgation du code civil des Français en 1804. Les despotes éclairés, notamment Marie Thérèse d'Autriche (1740-1780) et Frédéric II de Prusse (1740-1786), animés d'une volonté réformatrice puissante, ordonnèrent la codification du droit¹⁸⁴.

182 «Histoire du droit romain au Moyen âge» ou *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (1815-1830).

183 «Traité de droit romain actuel» ou *System des heutigen römischen Rechts* (1840-1849).

184 Auparavant, le prince électeur de Bavière, Maximilien Joseph, avait promulgué un code civil, en 1756.

Marie Thérèse d'Autriche donna instruction au comité de rédaction de rédiger le projet de code sur la base du droit commun (*gemein Recht* issu de la jurisprudence du *Reichskammergericht*). Le droit naturel améliorerait et compléterait le droit savant. La *Codex Theresianus* (1766) rencontra l'opposition des conservateurs, comme trop uniforme, et celle des progressistes, comme insuffisamment égalitaire. Modifié plusieurs fois, le projet fut promulgué en partie, appliqué expérimentalement dans une province, puis promulgué généralement (1811), sous le titre de «Code civil général» (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*). Concis, transaction entre le droit romain et le droit naturel, moderne (il supprime les distinctions d'état civil), le code civil autrichien était d'une qualité remarquable et il a eu une grande longévité: il est toujours en vigueur. Il fut complété par un code pénal¹⁸⁵.

Frédéric II de Prusse ordonna la codification du droit des Etats prussiens sur la base du «droit de la raison». Le «Droit général des Etats de Prusse» (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*) fut promulgué par son successeur, en 1794. Comprenant 19.000 articles, le code couvrait tout le droit public et privé, le droit pénal, le droit commercial, le droit féodal, le droit ecclésiastique. Il combinait l'égalité devant la loi («Les lois de l'Etat s'appliquent à tous les citoyens sans distinction de classe, de rang ou de sexe»¹⁸⁶), l'inégalité de la loi («Les droits des hommes sont déterminés par leur naissance, leur classe, les actions et événements auxquels la législation a attaché certains effets»¹⁸⁷), et le principe que les droits de l'homme sont limités par ceux des autres hommes («Les droits généraux des hommes sont fondés sur leur liberté naturelle à poursuivre leurs propres intérêts, sans toutefois enfreindre de quelque manière les droits des autres hommes»¹⁸⁸). Autant dire qu'il était imprégné d'esprit féodal et d'inégalité de classe. Le code, tout en s'inspirant de Pufendorf, rentrait dans un luxe de détails dans chaque matière, qui le rendit peu praticable. Pour régler les difficultés, une commission législative spéciale (*Gesetzkommission*) reçut la mission et le pouvoir de donner des interprétations officielles du code.

Le code civil des Français, promulgué par Napoléon Bonaparte en 1804, fut traduit, entre autres langues, en italien, en hollandais et en allemand, pour être promulgués et appliqués dans les parties de ces pays où les armées de la Révolution

185 *Constitutio criminalis Theresiana* de 1781, puis *Strafgesetzbuch* de 1803.

186 Par 22.

187 Par 82.

188 Par 83.

française avait imposé ses idéaux. Son caractère progressiste le fit apprécier en Allemagne (Rhénanie et Bade). Mais la forme de la codification ne put s'appliquer au droit allemand lui-même que dans la deuxième partie du XIX^{ème} siècle. Avant cela, les codifications furent des œuvres partielles, par le ressort géographique et par les branches du droit concernées.

A partir du milieu du XIX^{ème} siècle, après l'année 1848, qui vit le «printemps des peuples» et des révolutions éclater en Belgique, en France, en Italie, en Allemagne, en Autriche, en Hongrie, en Pologne... le nationalisme s'épanouit en Allemagne. Les aspirations se réalisèrent à une union douanière (1833-1888), à une union monétaire (1849-1869), à une union politique (1830-1870). L'union juridique, commencée avec un code général de commerce (1857-1869), poursuivie par une constitution fédérale (1866 et 1871), continuée par un code pénal (1869), par une loi judiciaire (1877), fut complétée par le grand code civil entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, le *Bürgerliches Gesetzbuch* ou *BGB*.

Les professeurs se lancèrent dans l'aventure de la création d'un droit national¹⁸⁹. L'unification du droit privé et la création d'un droit civil privé allemand (*Deutsches bürgerliches Privatrecht*) fut facilitée par les synthèses d'Eichhorn¹⁹⁰, de Gerber¹⁹¹, de Beseler¹⁹², de Roth¹⁹³. Certains auteurs écrivaient des traités de droit civil comparé des nombreuses législations qui se partageaient le territoire de l'Allemagne: royaumes de Prusse, de Bavière et de Wurtemberg, principauté de Saxe, grand duché de Bade ... Les plus importants de ces traités ont été composés par des historiens du droit, tel Stobbe¹⁹⁴, qui offre, en tête de chaque chapitre, une présentation de l'évolution historique. Paul Gide a pu écrire, en 1878: «Les Allemands ont pu faire du droit comparé sans sortir de chez eux»¹⁹⁵.

Le *Bürgerliches Gesetzbuch* a requis vingt-cinq années de préparation. La composition des deux commissions et le travail de celles-ci furent conflictuels et

189 E Bekker, *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft* (1892).

190 *Einleitung in das deutsche Privatrecht* (1823).

191 *System des deutschen Privatrechts* (1849).

192 *System des gemeinen deutschen Privatrechts* (1847-1849), qui opère un rapprochement des sources historiques et des codes modernes et tente de construire un système de droit commun allemand.

193 Même titre (1886).

194 *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 5 vol (1871-1885).

195 *Nouvelle Revue d'Histoire du Droit Français et Etranger*, II, 1878, p 252.

difficiles. Le plan est divisé en cinq parties. La première partie¹⁹⁶, générale, expose les règles communes aux différentes branches du droit civil: théorie de la capacité, théorie de la déclaration de volonté, théorie de l'acte juridique et de l'acte contractuel, théorie de l'exécution des devoirs juridiques, théorie de la prescription. La première partie, comme la seconde¹⁹⁷, consacrée aux obligations, est très marquée par le droit savant. La troisième partie¹⁹⁸, qui traite des choses, de la propriété et de la possession, notamment, et la quatrième partie¹⁹⁹, dédiée à la famille, sont plus influencées par le droit germanique. Enfin, la cinquième partie²⁰⁰ étudie le droit des successions. Ecrit dans un style où se lit un grand effort de rigueur terminologique, le code civil allemand de 1900 est un texte savant, conceptuel, systématique et logique, de très grande valeur. Il a exercé une très grande influence. Sa première partie, générale, théorique, a été abondamment copiée.

Le BGB a inspiré, dès la période de son élaboration, par ses projets publiés et diffusés, la codification japonaise, en cours d'élaboration à la même époque.

Le BGB a également influencé la rédaction des codes suisses. Comme l'Allemagne est passée de l'état d'une confédération de principautés à celui d'Etat fédéral, la Suisse s'est transformée, d'une confédération, en une fédération de cantons, dans la deuxième partie du XIXème siècle. Après la guerre du Sonderbund (1845), une nouvelle constitution a donné une souveraineté à la fédération, à l'Etat fédéral, que les Suisses continuent à appeler la «Confédération», quand ils ne disent pas «Berne», du nom de la capitale fédérale. L'Etat fédéral a reçu la souveraineté dans les domaines des relations extérieures, des douanes, de la monnaie ... Le développement des relations économiques entre les cantons a encouragé l'unification du droit. Le commerce transcantonal et les mouvements de populations suscitaient des conflits de lois inter cantonaux.

En 1874, une réforme constitutionnelle donna compétence à la Confédération dans le domaine du droit privé, du droit des obligations, du droit commercial. L'association des juristes suisses commanda un tableau complet et comparé du droit privé de tous les cantons en vue d'une codification. Eugen Huber, professeur à l'université de Bâle, puis à celle de Berne, publia, de 1886 à 1893, *System und*

196 Art 1 à 240.

197 Art 241 à 853.

198 Art. 854 à 1296.

199 Art. 1297 à 1921.

200 Art 1922 à 2385.

Geschichte des schweizerischen Privatrechts, ouvrage qui contient une introduction générale sur l'évolution historique du droit des divers cantons suisses, et qui présente une synthèse du droit privé. Le ministre de la justice commanda alors à Huber la rédaction d'un projet de code civil.

Le code civil suisse (*Zivil Gesetzbuch*) et le Code des obligations suisse, qui constitue la cinquième et dernière partie du code civil, constituent un travail de très grande qualité, qui a suscité un enthousiasme parfois extatique. Son plan est d'une grande simplicité. Après une brève section introductive, quatre parties traitent successivement du droit des personnes et des associations, du droit de la famille, des régimes matrimoniaux et des tutelles, du droit des successions, et du droit de la propriété. Son style, clair et accessible, est celui du grand pédagogue que fut le Pr. Huber. Son contenu, enfin, est une synthèse de la doctrine allemande, du code civil français, et des droits locaux des divers cantons helvétiques. Le ZGB a même reçu un accueil favorable en Allemagne, où certains ont proposé qu'il remplace le *BGB*, et il a été copié étroitement par le code civil turc.

Le mouvement de codification a touché tous les pays romanistes: les Pays-Bas, au début du XIX^{ème} siècle, l'Italie, au milieu, l'Espagne²⁰¹, à la fin de ce siècle, et d'autres Etats encore. Le phénomène de la codification n'est d'ailleurs pas le monopole des droits de la famille romanistes. Le droit des Etats-Unis d'Amérique est largement codifié. Et les Britanniques n'ont pas hésité à recourir à la codification du droit, dans leurs colonies, quand une synthèse de droit local devait être réalisée rapidement pour les besoins de l'administration de la justice.

201 Il convient de mentionner le commentaire, en 15 volumes, du code civil espagnol de 1889, par Quintus Mucius Scaevola, pseudonyme d'un avocat de Madrid.

CHAPITRE II: LES DROITS DE COMMON LAW

Si la formation de la famille des droits romanistes est étroitement liée à l'histoire de la doctrine, la genèse de la famille de la *common law* est intimement attachée à l'histoire de la justice. Que ce soit en Angleterre, ou dans ses colonies devenues indépendantes que sont les Etats-Unis, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, mais toujours réunies par des liens culturels, la *common law* est restée une *judge made law*. Le respect pour le droit et celui qui entoure les juges, souvent des juges savants, sont parfois supérieurs à ce qu'ils sont dans la famille romaniste et constituent un sujet de fierté pour les Anglo-Saxons.

Aujourd'hui, le droit des Etats-Unis d'Amérique est plus étudié dans le monde que le droit de l'Angleterre. Pourtant, les manuels de droit comparé continuent, le plus souvent, à présenter la *common law* d'Angleterre en premier lieu (Section I). C'est que la *common law* anglaise est la mère de la *common law* américaine, comme des autres *common laws*. La *common law* américaine présente certes une importance considérable, du fait de la puissance de l'économie des Etats-Unis; elle a également des traits originaux, dont certains proviennent de l'influence qu'elle a reçue, en ses débuts, de l'Europe continentale, et qui est encore visible aujourd'hui (Section II).

Section I. Le Droit Anglais

Le droit anglais est fondé sur un principe jurisprudentiel, celui de la stabilité des décisions de justice, gage de la sécurité juridique. On ne peut donc comprendre le droit anglais sans se référer à son histoire externe (celle de ses sources), ni interne (celle de son contenu), strictement associées. Nous étudierons donc d'abord la genèse de la *common law* anglaise (Paragraphe 1). Nous examinerons ensuite la structure moderne du droit anglais (Paragraphe 2).

*Paragraphe 1. L'histoire de la formation du droit anglais*²⁰²

Le droit anglais a connu, avant la période moderne, une évolution qui peut se partager en trois étapes: la période anglo-saxonne antérieure à la conquête de l'Angleterre par Guillaume de Normandie (A), le temps des dynasties de souverains normands puis angevins, qui a vu la formation de la *common law* (B) et la phase, qui s'ouvre avec la dynastie des Tudor, où la *common law* est concurrencée par l'*equity* (C) et, enfin, la période moderne, qui s'ouvre au XIX^{ème} siècle (D).

(A) La période anglo-saxonne et les origines du droit anglais (500-1066)

202 Voir Derek Roebuck *The Background of the Common Law* (Oxford, 2003).

Avant la conquête par les Normands venus de France, en 1066, l'Angleterre avait déjà une pratique du gouvernement royal. Le roi saxon Aethelbert, roi du Kent, autour de l'an 600, puis le roi danois Knut (1017-1035), ont été des législateurs, même si le droit demeurait local et s'il n'y avait pas de droit commun à l'Angleterre.

La justice ordinaire était rendue par des assemblées d'hommes libres, dans le cadre territorial des *shires* («comtés»), dirigés par des *shire reeves*, et dans celui des «centaines». A partir du X^{ème} siècle, les *shire reeves*, plus tard *sheriffs*, devinrent des officiers royaux, désignés par le monarque, et chargés d'administrer et de contrôler leurs circonscriptions. Par ailleurs, les cours seigneuriales rendaient la justice envers les vassaux et autres dépendants des seigneurs. Enfin, le conseil du roi (*witena gemot* ou «assemblée de sages», en abrégé, *witan*), qui l'accompagnait dans ses déplacements, rendait une justice itinérante, soit en contrôlant le fonctionnement de la justice locale, soit en jugeant directement les affaires concernant le roi.

Cette organisation ne fut pas détruite par le duc de Normandie, dénommé en Angleterre Guillaume le Bâtard (1035-1087), et en France Guillaume le Conquérant, après sa victoire à Hastings (1066) sur le roi saxon Harald II.

(B) La période de la formation de la *common law* (1066-1485)

Guillaume, duc de Normandie et roi d'Angleterre (1066-1087), organisa méthodiquement son royaume, comme il avait ordonné son duché. Guillaume I^{er} établit une monarchie féodale forte, dotée d'une administration efficace, sur le modèle de son duché normand, et soutenue par l'aristocratie normande et par l'Eglise. Il fit établir, en 1086, le *Domesday Book* ou «Livre du Jugement dernier», qui recensait les domaines de l'Angleterre à des fins multiples: dans des buts politiques, car il installa des barons normands, fidèles à sa personne, mais aussi administratifs, judiciaires (pour le contrôle des juridictions seigneuriales), et aussi fiscales. Guillaume nomma son conseiller, l'évêque Lanfranc, comme archevêque de Canterbury puis primat d'Angleterre, et celui-ci remplaça les évêques anglo-saxons par des évêques normands.

La cour du roi (*curia regis*) remplaça le *witan* saxon. Elle s'imposa comme la juridiction suprême des cours seigneuriales féodales, les rois veillant à ce qu'il ne se crée pas des chaînes vassaliques, comme ils l'avaient fait en Normandie, où la noblesse leur était inféodée et obéissante. Le statut *Quia emptores* (1290), qui interdit toute sous inféodation des fiefs, est la traduction d'une politique des ducs-rois suivie depuis longtemps. De plus, la *curia regis* s'imposa aux tribunaux des comtés, qui furent dotés de la compétence sur toutes les affaires civiles et

criminelles, retirée aux assemblées des centaines. La justice itinérante du *witan* fut remplacée par des missions de contrôle de membres de la *curia regis*. La *curia regis* s'imposa également aux juridictions de l'Eglise, les officialités²⁰³.

La conquête normande mit en présence des populations ayant vécu jusque là sous des régimes juridiques différents. Elle obligea les juges du roi à faire une œuvre éclectique de transaction entre la tradition normande et les traditions saxonne et nordique (danoise surtout). Les rois, normands puis angevins (Henri II Plantagenêt), par leur politique suivie de centralisation administrative, créant des institutions royales actives, notamment des juridictions formées de juges royaux itinérants, furent à l'origine de la formation d'une coutume générale anglaise. C'est la *common law*, d'abord désignée, dans la langue française parlée par les ducs de Normandie et leurs juristes (*Law French* ou «Français juridique», mélange de patois normand et de latin), comme la «comune ley», la loi commune. Le *Law French* est demeuré la langue de la *common law* et celle des juridictions anglaises jusqu'au XVIIIème siècle.

L'Assise de Clarendon (1166), un siècle après la conquête, est un acte royal d'Henri II Plantagenet destiné à renforcer la justice royale, dans le contexte de la guerre civile entre les deux branches de dynastie (période que les Anglais appellent «l'Anarchie»). Le roi décida l'envoi de «justices en eyre», juges itinérants tenant des sessions en plein air. Ces juges royaux étaient pourvus d'une compétence large pour réprimer les atteintes à l'ordre public et aux propriétés. Munis d'une «commission *ad omnia placita*», commission pour tous les plaidis, ils pouvaient entendre toutes sortes de procès: les plaidis de la couronne (violations de la paix du roi), les plaidis royaux (atteintes aux biens du roi), et aussi les affaires civiles (plaidis communs ou *common pleas*). Pour les plaidis de la couronne, les Assises de Clarendon établissent le *jury de présentment*, composé d'onze membres, auquel tout accusé doit être présenté, en vertu de l'action dénommée *darrein présentment* («dernière présentation»). Pour les plaidis communs, les Assises ont créé plusieurs actions: *mort d'ancestor*, action possessoire que tout héritier peut intenter pour récupérer une terre dont il est l'héritier, mais qui a été prise par un autre, à la mort de son ancêtre; *novel disseisin* («dépossession récente»), autre action possessoire, mais aux mains du propriétaire, non de l'héritier.

Au XIIIème siècle, les juges royaux itinérants reçurent des commissions ponctuelles, pour juger les affaires portées directement à la connaissance de la chancellerie et pour lesquelles celle-ci avait accepté d'ouvrir une procédure. Ce

203 Constitution de Clarendon de 1164.

mécanisme est similaire à celui de la procédure romaine du préteur accordant un procès, selon la «formule» qu'il délivre aux parties. Les ordres de juger de la chancellerie, actes munis du grand sceau du roi, donnaient accès à toutes les juridictions du royaume. Ils furent rapidement standardisés. En 1227, la première liste d'ordonnances de la chancellerie (*writs* ou «brèves de cour») compte 56 formules types d'ordonnance de la chancellerie.

En 1285, le *Statute of Westminster II* autorise le chancelier à délivrer des *writs*, ces ordres écrits de juger, dans les espèces similaires (*in consimili casu*). De plus, les juges ont accepté des actions *super casum*, (*actions on the case*), en considération des faits de l'espèce exposés dans l'acte introductif d'instance (*declaration*). Ces deux moyens ont élargi notablement la compétence des juridictions royales, encore à l'image des actions dites utiles du préteur romain créées par raisonnement *a simili* (par extension analogique). Ces actions, en se diversifiant, ont pris des noms particuliers: *assumpsit*²⁰⁴, *deceit*²⁰⁵, *trover*²⁰⁶, *negligence*²⁰⁷, *detinue*²⁰⁸, *trespass*²⁰⁹ ... Les catégories du droit anglais se sont forgées dans la procédure, à l'occasion d'incidents de la procédure de jugement, ou d'exécution du jugement. Ainsi la question de la représentation des parties par un mandataire du type de l'avocat, qui pose le problème de la comparution personnelle, si l'affaire doit être examinée par un jury, et la question du jugement

204 Voir n 209.

205 *Tort* de tromperie volontaire et dommageable. En ancien français, «déception» signifiait, non pas «désappointement», mais tromperie. Voir, aujourd'hui, l'expression suisse romande: «On a été déçu en bien».

206 De «trouver». Action permettant de rentrer en possession d'un bien dont on a été dépossédé sans droit.

207 Délit spécial, à partir duquel la jurisprudence admit le principe général de la responsabilité délictuelle.

208 Fait de détenir et responsabilité encourue en raison de la détention de la chose d'autrui, par le dépositaire, le locataire, l'emprunteur.

209 L'action de *trespass* («passage») sanctionnait un agissement délictuel, telle l'atteinte portée à la terre, ou à tout bien, ou à la personne. Elle fut invoquée par les justiciables en matière contractuelle, quand aucune autre action n'était disponible, notamment le *writ of debt*. Les juges l'acceptèrent, comme *action on the case*, d'abord pour les cas d'exécution imparfaite (*misfeasance*), puis d'inexécution totale (*non-feasance*), avant de créer l'action d'*assumpsit* («il s'est engagé»), quand le débiteur a pris un engagement exprès («special *assumpsit*»), puis sans condition aucune (*indebitatus assumpsit* ou «le débiteur s'est engagé»), à partir du *Slade's case*, en 1602. Plusieurs siècles ont été nécessaires pour passer de l'obligation délictuelle de *trespass* à l'obligation contractuelle d'*indebitatus assumpsit* et pour que cette dernière perde ses caractères délictuels, qui entraînaient l'intransmissibilité de l'action, la preuve d'une faute, l'établissement du montant du préjudice.

par défaut. En *common law*, la procédure vient en premier: *remedies precede rights*.

A la même époque, la *curia regis*, la cour royale de justice siégeant à Westminster, s'organisa en chambres séparées et spécialisées. Le banc du roi (*King's Bench*) jugeait les affaires dans lesquelles le roi avait un intérêt (ordre public ou biens royaux). Le banc commun (*Common Bench*) ou cour des plaids communs (*Court of Common Pleas*) jugeait les affaires entre particuliers. La cour de l'échiquier jugeait les affaires touchant les finances du royaume. Un système s'instaura de centralisation de la justice et de coopération entre les tribunaux locaux des comtés (qui jugeaient les faits par le jury) et les cours de Westminster. Pendant la période où les cours de Westminster n'étaient pas en session, certains de leurs juges faisaient des tournées pour présider les jurys des tribunaux des comtés, regroupés selon un circuit fixe, puis les jugements étaient rendus à Westminster.

Les cours de Westminster sont à l'origine de la formation du droit commun au royaume. Elles ont étouffé les coutumes locales²¹⁰ au profit d'un droit royal commun à tous les sujets du roi, sur le modèle de principe (mais non de contenu) de la coutume de Normandie, codifiée précocement au XI^{ème} siècle («Très ancienne coutume de Normandie»). L'idéal des ducs-rois de donner une loi commune à leurs sujets se réalisa des deux côtés de la Manche (le *Channel* anglais).

Les juges des cours de Westminster n'étaient pas des petits praticiens, mais des juges savants, formés au droit romain et au droit canonique, dans les écoles des évêchés et des monastères, puis dans les universités anglaises, notamment à Oxford, où une activité d'enseignement précède, dès la fin du XI^{ème} siècle²¹¹, la fondation de l'université, au XIII^{ème} siècle.

210 La *common law*, comme coutume générale, a étouffé les coutumes locales et particulières, les coutumes territoriales, que les Anglais appellent *special customs* ou *customs*, telles les coutumes de la Cité de Londres, de *Borough English* ou de *Gavelkind*. La légalité des coutumes locales est jugée à l'aune de la théorie romano-canonique développée par les glossateurs et les commentateurs médiévaux du Continent, un instrument de combat contre la coutume, en faveur des droits savants. Les juristes examinent la pratique des intéressés, supposent leur consentement tacite universel, requièrent l'autorisation du souverain. Un autre moyen de combat de la *common law* contre la coutume locale réside dans la théorie de la preuve de la coutume: les exigences de preuve de son existence, de son contenu, de son applicabilité. La coutume doit être immémoriale juridiquement, c'est-à-dire prouvée depuis le commencement du règne de Richard I^{er} Cœur de Lion (1189-1199), continue, paisible, raisonnable. D'autres moyens de combat de la *common law* contre la coutume résident dans l'interprétation restrictive de la coutume, dans l'affirmation de son impuissance en présence d'une loi.

211 Une activité d'enseignement est prouvée dès 1096. En 1116, l'écolâtre Thibaut d'Etampes (entre Paris et Orléans) rejoint Oxford et crée la première école. En 1167, le roi Henri II interdit aux étudiants anglais de se rendre à Paris. Vacarius, un italien, formé à Bologne au droit romain et au

Le premier traité de droit anglais, datant de 1189, fut l'œuvre d'un certain Ranulf de Glanville, baron d'origine normande, proche du roi Henri II, qui lui confia la fonction de chef justicier, président des cours royales et régent du royaume en son absence. Le «Traité des lois et coutumes du royaume d'Angleterre», attribué à Glanville, est un exposé savant de la procédure nouvelle établie par Henri II, dans son effort de réforme et de pacification. Il décrit les étapes de la procédure et les caractères des premiers *Writs of Right*. Le *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, dans sa présentation et son style²¹², doit beaucoup au droit savant. Dans son contenu probablement aussi.

Un autre traité, également œuvre d'un autre baron, peut-être normand, Henry de Bratton (en anglais Bracton), a joué un rôle essentiel dans la formation du droit anglais, et porte un titre très proche: «Traité des lois et coutumes d'Angleterre» ou *De legibus et consuetudinibus Angliae*. Bracton connaissait le droit romain (par le glossateur Azon) et le droit canon (par Gratien). Sa présentation systématique du droit anglais s'appuie sur les décisions de justice²¹³, sur les méthodes de raisonnement et de plaidoirie en pratique devant les cours royales, et aussi sur le droit savant, romain et canonique. Pendant des siècles, en fait jusqu'à Blackstone (1723-1780), au XVIII^{ème} siècle, Bracton demeura la principale autorité doctrinale de la *common law*.

Bracton était familier des grandes divisions du droit données par le premier titre du Digeste en droit public et droit privé, droit naturel et droit des gens, droit commun et droits singuliers. Plusieurs siècles avant lui, les lois et les coutumes d'Angleterre, en réalité le droit dégagé par les cours de Westminster, formaient le droit commun du royaume, la «ley comune» ou *common law*, une seule *lex*. Le droit commun savant, issu des *leges* romaines, redécouvertes aux XI^{ème} et XII^{ème} siècles sur le continent, et du droit canon, avait été pris de vitesse par l'action des rois d'Angleterre. Au moment de la réception du *ius commune* savant sur le continent, l'Angleterre avait déjà un droit national vivant, uni, relativement complet. L'influence du droit savant fut donc beaucoup moins sensible chez elle. Mais elle ne fut pas nulle: l'introduction de l'équité en est une preuve.

droit canon, enseigna le droit, à Oxford, au milieu du XII^{ème} siècle. La fondation statutaire de l'université date du XIII^{ème} siècle.

212 A titre d'exemple, on peut citer l'introduction, qui imite le style de la constitution de Justinien promulguant les *Institutes*, tout comme le passage où Glanville justifie l'extension *a simili*: *Si tamen similia evenerint, per simile iudicentur, dum bona est occasio a similibus procedere ac similia* (in *De Legibus* F 1 b).

213 Il avait en sa possession des nombreux registres (*Rolls*), originaux et uniques, de décisions des cours royales, qu'il fut condamné à restituer aux cours de Westminster, après sa disgrâce.

(C) La concurrence entre la *common law* et l'*equity* (1485-1833)

L'Angleterre n'échappa pas à la monarchie absolue. Les dynasties des York (1455-1485), des Tudor (1485-1603) et des Stuart (1603-1717) cherchèrent à étendre leur pouvoir, la prérogative royale²¹⁴, rencontrant l'opposition du parlement et celle des cours de Westminster, défenseurs de la *common law*. Pour les contrer, les rois créèrent de nouvelles juridictions: la cour de chancellerie (*Court of Chancery*), la chambre étoilée (*Star Chamber*), la cour de l'amirauté (*Court of Admiralty*).

Ces nouvelles cours trouvèrent des partisans grâce aux défauts de la *common law*, dont la rigidité²¹⁵ et le caractère très technique limitaient le nombre des *writs*, provoquaient des dénis de justice, suscitaient bien des critiques. Les plaignants qui n'obtenaient pas justice se tournèrent vers le roi, qui avait, en tant que roi chrétien, le devoir de conscience de rendre la justice à ses sujets. Le chancelier, qui était souvent le confesseur du roi, ne manquait pas de lui rappeler et d'inspirer ce devoir d'équité. De leur côté, les parlementaires et les juges critiquaient cette équité débridée qui, selon eux, avait pour mesure la longueur du pied du chancelier.

Néanmoins, l'équité devint la source de nouvelles possibilités de poursuites, dénommées *suits*, et non *actions*, pour la défense d'*interests*, et non de *rights*, donnant lieu à des *decrees*, et non des *judgements*. Ces *suits* étaient délivrées par le chancelier et jugées par la cour de chancellerie, selon une procédure écrite, inquisitoriale, sans jury. Le processus qui avait présidé à la formation de la *common law*, au XI^{ème} et XII^{ème} siècles, à savoir la création par les juges d'actions nouvelles à l'occasion d'affaires justifiant leur intervention, se produisit à nouveau, la *common law* ayant perdu sa créativité. Dans les deux cas, les cours reproduisaient le processus suivi par le préteur à Rome, pour suppléer les insuffisances de la loi des XII Tables. La cour de chancellerie, peuplée de juristes formés au droit canon²¹⁶, ayant un sens développé de l'équité, sentiment supérieur de la justice, créa une série de nouvelles *suits*. Le conflit entre roi Henry VIII, qui voulait divorcer, et le pape, qui refusait de donner son approbation, provoqua un schisme. Le roi d'Angleterre se déclara chef de l'Eglise anglicane, séparée de Rome, et le chancelier fut désormais un laïc.

214 Henry VIII obtint du parlement une loi lui reconnaissant le pouvoir de légiférer par proclamation.

215 Les fondateurs de l'*equity* invoquaient le formule de Cicéron: *Summum ius, summa iniuria*: «Sommet du droit, comble de l'injustice.»

216 La procédure d'*equity* s'inspire de celle du droit canonique.

Henry VIII suscita un renouveau du droit romain en Angleterre. Il créa deux chaires de droit civil (c'est-à-dire de droit romain), dénommée pour cela *Regius Chair of civil Law*, à Oxford et à Cambridge. Le motif officiel était la formation des diplomates, qui représenteraient la couronne britannique sur le continent, où le droit romain inspirait le droit public et privé. Les motifs officieux étaient aussi déterminants: la diffusion de la doctrine absolutiste et l'introduction du droit romain dans le droit anglais. Dans la cour de chancellerie, le droit romain devint plus influent que le droit canon. Et il pénétra plus profondément la jurisprudence de la *Star Chamber* et de la *Court of Admiralty*.

Aux mains de la cour de chancellerie, l'*equity* forma un corps de droit distinct, complémentaire²¹⁷ plus que rival, de la *common law*²¹⁸. En 1616, une ordonnance de Jacques Ier décida qu'en cas de conflit, l'*equity* prévaudrait²¹⁹. Le parlement répliqua en donnant au comité judiciaire de la chambre des lords le pouvoir de contrôler les arrêts de la cour de chancellerie (1621) puis en adressant au roi la «Pétition des Droits» (1625), déclaration des droits et libertés du parlement et des sujets du roi, que les Anglais considèrent un peu comme leur Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La longue guerre entre le parlement et le roi culmina avec le procès du roi, conduit par le parlement, la condamnation à mort et la décapitation de Charles Ier (1649). Elle s'acheva avec la restauration de la monarchie, mais une monarchie constitutionnelle limitée, en 1689 («Déclaration des droits» acceptée par les nouveaux souverains).

La Révolution anglaise achevée, le royaume doté d'une constitution libérale et d'institutions efficaces (parlement et cabinet), la révolution industrielle en marche, l'Angleterre devint la première puissance de l'Europe, au XVIIIème siècle. Le système juridique se conforta avec le rapprochement de la *common law*, qui retrouva sa créativité, et de l'*equity*, qui perdit la sienne.

Blackstone (1723-1780) établit une nouvelle synthèse du droit anglais, comme Bracton cinq siècles auparavant, les *Commentaries on the Laws of England*. Blackstone emprunte à la théorie du droit naturel l'idée de contrat social, mais, fidèle au pragmatisme de la *common law*, il admet que les libertés issues des lois de

217 En matière contractuelle, l'exécution forcée (*specific performance*) de l'*equity* complète la condamnation à des dommages-intérêts de l'*assumpsit* de la *common law*, et le vice du consentement de l'*undue influence* (contrat ou avantage indu obtenu par une personne ayant autorité, tel le tuteur ...) de l'*equity* s'ajoute à la violence physique (*duress*) de la *common law*.

218 Un adage de la chancellerie énonce: *Equity follows the Law*: «L'équité respecte le droit.»

219 Dans le conflit entre Bacon et sir Edward Coke, auteur des *Institutes of the Laws of England* (1628).

la nature peuvent être restreintes par les lois humaines, pour l'avantage général de la société²²⁰.

Blackstone trouve son plan dans une division suprême empruntée à une citation de Cicéron: «Le droit est une règle de conduite civile, prescrite par le pouvoir suprême dans un Etat, qui doit ordonner ce qui est juste et défendre ce qui est injuste.» Cette *summa divisio* entre droits et violations des droits est complétée par d'autres distinctions romaines: l'étude des droits est partagée entre droits des personnes et droits des choses; et celle des violations des droits entre délits privés et délits publics. Blackstone expose le droit anglais d'une manière simple, claire et compréhensible par tous, tout en vantant son caractère raisonnable, sa conformité à une raison pratique, celle du bon sens.

Bentham (1748-1832), à la fois philosophe (père de l'utilitarisme²²¹) et juriste (positiviste²²²), critique féroce Blackstone. De la définition du droit tirée de Cicéron, il écrit: «Cette définition peut être résumée ainsi: une règle de conduite pour ceux qui doivent l'observer, prescrite par ceux qui l'ont prescrite, ordonnant ce qu'elle ordonne, et défendant ce qu'elle défend.» Du contenu du livre et du style de Blackstone, il dit: «Le mérite auquel cet ouvrage doit sa réputation est, avant tout, l'enchanteresse harmonie du style, car l'homme se laisse si facilement gouverner par l'oreille que ce mérite est suffisant pour conférer la célébrité à un ouvrage sans valeur.»

Bentham, à la différence de Blackstone, considère le droit anglais comme encombré de vieilleries et d'irrationalités. Il dénonce ses travers: «La *common law* fait que les baleines prises sur les côtes anglaises appartiennent au roi et à la reine ... afin de fournir des baleines aux robes de la reine ... C'est par attachement à la *common law* que les hommes du bas peuple continuent à réclamer le droit de correction qui leur appartient sur la personne de leur femme, bien que cet usage

220 «Le but principal de la société est de protéger les individus dans la jouissance des droits absolus dont les ont investi les lois immuables ... Les lois de la Nature sont les expressions de la volonté de Dieu ... Ce sont les lois éternelles et immuables du bien et du mal ... Voilà ce que nous appelons la morale ou la loi naturelle. La liberté politique ou civile, qui est celle d'un membre de la société, n'est autre chose que la liberté naturelle, retenue par les lois humaines, mais autant seulement qu'il est nécessaire et convenable pour l'avantage général de la société.»

221 Disciple d'Hobbes et d'Helvétius, Bentham prône l'utilitarisme moral dont le principe, principe d'utilité, est celui du plus grand bonheur pour le plus grand nombre. Cette recherche calculée des plaisirs constitue le fondement du gouvernement et du droit pénal: la considération des peines et des récompenses limite la délinquance, quand celles-ci sont bien conçues.

222 On peut résumer sa pensée ainsi: Il n'y a pas de Droit Naturel préexistant à la législation humaine ... Il n'y a pas de droit inhérent à la Nature humaine ... Le Droit naît de la Loi ... La loi s'inspire de l'utilité sociale et de l'utilité individuelle.

soit tombé en désuétude, parmi les gens de condition honnête, à partir du règne de Jacques II.»

Bentham était un fervent partisan de la codification du droit, seul moyen, selon lui, de réformer le droit dans le sens de l'utilité individuelle et sociale. Il ne fut pas entendu dans son pays sur ce point. Néanmoins, il exerça une influence profonde sur l'Angleterre capitaliste et bourgeoise du XIX^{ème} siècle. La réforme du droit anglais, qui vint des cours elles-mêmes autant que de la législation, donna ses traits au droit moderne.

Paragraphe 2. La structure du droit anglais moderne (XIX^{ème} et XX^{ème} siècle)

Après la naissance de la *common law*, aux XII^{ème} et XIII^{ème} siècles, après la formation de l'*equity*, aux XVI^{ème} et XVII^{ème} siècles, la fusion des deux corps de droit et leur modernisation, aux XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, constituent le troisième événement majeur de l'histoire de ce droit (A). Le droit anglais en est sorti profondément modifié (B).

(A) Le processus de fusion et de modernisation du droit

Un premier ministre libéral²²³, Charles Grey fit voter par le parlement, en 1832 et 1833, plusieurs lois de réforme de la justice qui modifièrent la procédure. En 1831, il y avait 76 formules modèles de *writs*. En 1852, le parlement abolit toutes les anciennes formes d'action. Désormais, l'action en justice était libérée du cadre des *writs*. Ces réformes ont supprimé ou, en tous cas, atténué, le formalisme antérieur du droit anglais, et elles ont détaché le droit lui-même de la procédure.

En 1873 et 1875, les *Judicature Acts* réformèrent et simplifièrent l'organisation judiciaire. La théorie, devenue une fiction, que les cours royales ne sont que des juridictions d'exception, est abandonnée. Les cours royales deviennent les juridictions de droit commun. Par ailleurs, la division entre cour de chancellerie, appliquant l'*equity*, et cours de Westminster, appliquant la *common law*, est abolie. La dualité des procédures est supprimée. Les deux corps de droit furent appliqués par les juridictions des deux ordres. La nouvelle organisation judiciaire encouragea le rapprochement de la *common law* et de l'*equity*.

La matière elle-même d'un droit, non pas totalement unifié, mais appliqué par les mêmes cours et coordonné, fit l'objet d'une modernisation, selon le vœu de Bentham. Les règles archaïques ou obsolètes furent abrogées, et les autres ont été

223 Il lutta pour l'émancipation des catholiques anglais et obtint l'interdiction totale de l'esclavage.

hiérarchisées et articulées, dans une démarche que les Britanniques appellent *Consolidation*.

La création, en 1865, par une société privée devenue un organisme d'utilité publique, des *Law Reports*, a donné un excellent moyen de connaître le droit, en particulier les arrêts des cours supérieures. Par ailleurs, les *Laws of England*, dont la publication a commencé en 1907, est une encyclopédie du droit anglais, mise à jour continuellement, dont le directeur éditorial (*Chief Editor*) est toujours le dernier *Lord Chancellor*. Les articles, rédigés par des experts de la branche du droit, exposent brillamment l'ensemble du droit positif, issu de ses sources diverses, que sont la jurisprudence, la loi, le droit européen, la doctrine.

(B) La nouvelle hiérarchie des sources du droit anglais

Le processus d'unification de la *common law* et de l'*equity* et la *consolidation* du droit ont donné à la législation une place aujourd'hui égale à celle de la jurisprudence. La jurisprudence ou *case law* garde une grande importance en droit anglais et la *common law*, coutume générale, reste le principal fondement et la pierre angulaire des lois de l'Angleterre.

Blackstone, qui exerce toujours une influence sur la conception générale que les Anglais se font de la *common law*, comme les Français se font encore une certaine idée de la séparation des pouvoirs en citant Montesquieu, définit ainsi la *common law*:

La *common law* est la coutume générale immémoriale, déclarée à l'occasion par les cours dans leurs décisions ... Quand, dans une affaire, le droit a été déclaré solennellement et fixé, ce qui était auparavant incertain, et peut-être indifférent, est maintenant devenu une règle permanente ... L'avis du juge ne fait pas le droit, mais le rend certain ... Leurs décisions prétendent toujours être déclaratoires de ce qu'est le droit, et non de ce qu'il devrait être ... Les juges sont les dépositaires des lois; ce sont des oracles vivants, qui doivent décider dans toutes les affaires où le doute nait, et qui sont obligés par leur serment de trancher selon le droit du pays.

Le pouvoir que Blackstone donne au juge est modeste: le magistrat n'a pas pour fonction de créer le droit, et surtout pas de le façonner selon ce qu'il pense qu'il devrait être. Il doit seulement le déclarer solennellement, quand il est incertain, et ainsi, il le fixe pour l'avenir. Il est l'oracle du droit, non son père. Blackstone fait probablement allusion ici à la fonction des jurisconsultes, des préteurs, des empereurs mêmes, dans le système du droit romain. Dans ce système, le droit n'est pas créé, mais il est seulement découvert par l'activité de ces autorités à la recherche du Bien public ou *Res publica*.

Blackstone poursuit:

Les décisions des cours de justice sont les preuves de ce qui forme la *common law*, de même que, dans le droit romain, ce que l'empereur avait une fois déterminé devait servir de guide dans l'avenir.

Le parallèle que Blackstone dresse entre le pouvoir du juge anglais, dans l'élaboration de la *common law*, et le pouvoir de l'empereur romain, dans l'élaboration du droit, est saisissant. Blackstone fait ici allusion au mandat par lequel l'empereur a ordonné aux magistrats de juger selon ses décrets, c'est-à-dire selon ses décisions de justice, et non selon l'exemple des autres juges: «Il faut juger, non selon l'exemple (des autres magistrats), mais selon les lois (de l'empereur)»: *Non exemplis, sed legibus, iudicandum est*. Dans le système romain, le mandat (ordre administratif), le décret (jugement), l'édit (règle générale), et le répons (consultation juridique donnée à un particulier ou à un officier public), tous œuvres de l'empereur, sont les quatre formes de constitutions (législations) impériales.

Blackstone écrit encore:

C'est une règle établie de s'en tenir aux décisions antérieures lorsque les mêmes points de contestation se présentent, tant pour maintenir ferme et égale la balance de la Justice et l'empêcher de se mouvoir en sens divers avec l'opinion de chaque juge nouveau, que, la loi étant ainsi solennellement déclarée et déterminée, ce qui était auparavant incertain, peut-être même indifférent, devient alors une règle permanente qu'il ne dépend plus de la conscience d'aucun des juges qui se succéderont d'altérer ou de faire dévier conformément à sa propre opinion.

Les décisions et les règles précédentes doivent être suivies, à moins qu'elles ne soient tout à fait absurdes et injustes.

C'est la clef de voute de la *common law*, le principe fondamental de la jurisprudence en Angleterre, qu'annonce Blackstone dans ce passage: la règle du précédent. Cette règle est souvent désignée par une abréviation de sa formulation latine: *Stare decisis*. La règle complète est ainsi formulée: *Stare decisis, quæta non movere*: «S'en tenir aux décisions (des juges, c'est-à-dire aux précédents judiciaires), ne pas troubler les affaires qui ont retrouvé la quiétude.»

L'adage exprime le principe fondamental que les règles qui ont été posées par la jurisprudence ne doivent pas être modifiées par des décisions ultérieures. Si ce n'était pas le cas, les affaires qui ont été tranchées seraient réveillées, et les opérations juridiques, conclues avec à l'esprit lesdites règles, seraient mises en danger. Toute sécurité juridique disparaîtrait.

La règle du respect du précédent, avec ce qu'elle a de rigide, peut être aménagée par la technique des distinctions. Le juge relève des différences de circonstances, qui permettent d'écarter l'application de tel précédent. On a pu écrire que le juge anglais s'en dispense parfois par une «pieuse fraude».

Le besoin de certitude et de sécurité juridique a conduit, au XIX^{ème} siècle, à affirmer cette règle avec une fermeté particulière²²⁴. Avant cela, le principe était connu, et il assurait la cohérence de la jurisprudence, qui rattache toute décision à une suite de cas jugés pareillement. Mais il n'avait pas le caractère absolu que le légalisme du XIX^{ème} siècle lui a donné. En 1968, le comité judiciaire de la chambre des lords a décidé de rejeter la règle selon laquelle elle était liée par ses précédents, sous l'influence du chancelier, lord Gardiner: les juges ont déclaré qu'ils s'en départiraient, s'il le fallait, si, un jour, il était opportun de s'en écarter. Peut-être rêvent-ils de la liberté dont jouissent les juges de la cour de cassation, en France, qui peuvent opérer des revirements de jurisprudence, sans avoir à justifier ces volte-face? Ou de la liberté dont jouissent les juridictions supérieures des Etats-Unis (cours suprêmes fédérale et étatiques), pays neuf et en évolution rapide, où le respect des précédents est un principe relatif.

Blackstone écrit enfin:

Un des signes distinctifs de la liberté anglaise, c'est que la *common law* est fondée sur la coutume. Elle renferme donc en elle-même un témoignage, une preuve de liberté, puisqu'elle a probablement été introduite par le consentement volontaire du peuple²²⁵.

Ici, c'est l'avocat de la coutume comme source populaire du droit et l'adepte nuancé de la théorie du contrat social qui s'expriment. Blackstone affirme que cette liberté coutumière est une convention du peuple anglais et, peut-être, que la *common law* est un héritage de l'état de nature, qu'elle a été introduite lors de la conclusion du contrat social. Cette représentation ignore le fait que la *common law* s'est construite sur les ruines des coutumes locales, et qu'elle est la coutume des juges, non celle du peuple.

Telle qu'elle est, la *common law* suscite toujours le respect et l'attachement des Anglais. L'éloge de Pollock et Maitland, *Our Lady, the Common Law*, garde son actualité, dans l'esprit public. Ce n'est pas le droit européen, avec son caractère

224 Affaire *Beamish v Beamish* jugée en 1861.

225 *Introduction aux Commentaries on the Laws of England*, Section 3, I, *in fine*.

étroitement réglementaire, qui les ferait changer d'avis, ni même les lois du parlement.

La loi du parlement, *Statute* ou *Act of Parliament*, était traditionnellement regardée comme est trop générale pour constituer le type normal de règle. La conception générale était que la loi devait s'intégrer au système juridique, par la pratique et par la jurisprudence; que c'est à l'occasion de procès que cette intégration devenait manifeste. La loi était conçue, le plus généralement, comme un complément et un correctif de la *common law*.

Depuis Bentham, cette conception traditionnelle est abandonnée: la loi a pris une place centrale dans le système des sources du droit anglais. Le besoin de moderniser le droit, au XIX^{ème} siècle, a amené le parlement à légiférer plus activement. Et, au XX^{ème} siècle, l'intervention de l'administration dans la vie économique, dans la vie sociale en général (*Welfare State*), a suscité une nouvelle activité législative et réglementaire, alors que la modernisation du droit était réalisée. Le caractère anormal de la règle législative a disparu. La loi joue aujourd'hui, en Angleterre, le même rôle, et elle jouit de la même importance, que sur le continent européen.

Le droit européen est devenu une source du droit anglais, depuis l'entrée du Royaume-Uni dans l'Europe, en 1973, sous le gouvernement d'Edward Heath. Auparavant, les juges anglais appliquaient parfois la convention européenne des droits de l'homme de 1951, bien qu'elle n'ait pas été intégrée au droit interne, en la prenant en considération, et en s'y référant comme source de principes de droit. Depuis 1973, les juges anglais, contraints d'assurer la primauté du droit communautaire européen, sont également obligés d'adopter les méthodes d'interprétation de la cour européenne de justice. Lord Denning le leur a dit, en des termes ironiques:

Just as in Rome, you should do as Rome does. So, in the European community, you should do as the European court does.

La doctrine ou *Jurisprudence* désigne surtout, en anglais, l'étude des grands principes du droit (la philosophie du droit), l'étude d'un système juridique. La *Jurisprudence* s'adonne à la spéculation, naïve, ajoute le *Black's Law Dictionary*, qui est sans relation avec le travail du juge ou de l'avocat. Comme dans le cas de la loi, quoiqu'à un moindre degré, cette sous-évaluation de la doctrine ne correspond pas à la réalité. Les juges et les avocats sont tous, aujourd'hui, des diplômés des facultés de droit.

Les juges des juridictions supérieures sont tous des juges savants, parfois plus érudits que les professeurs eux-mêmes. Ils partagent l'idée que le droit est raison

(*lex est aliquid rationis*), qui était déjà celle de d'Edward Coke²²⁶ qui écrivait, en 1628: «La raison est la vie du droit. En vérité, la *common law* n'est rien d'autre que la raison.» C'est grâce à ce caractère raisonnable que la *common law* d'Angleterre a pu exercer son influence sur les cinq continents. Les Anglais renâclent à donner à leur *law* un autre qualificatif que celui de *common*, en particulier à le dire *english*. Ils le voient, sans le dire, comme un nouveau droit commun des Nations britanniques, un nouvel avatar du *ius commune*.

L'influence du droit anglais et de la *common law* d'Angleterre ont été et restent immenses. Par le *Commonwealth* de Nations britanniques, le droit anglais a influencé les *dominions* d'Amérique et d'Océanie, d'Afrique et d'Asie, même après leur émancipation, et d'autres pays encore. Le droit anglais est considéré par nombre de pays comme un modèle que l'on révère, dont on s'inspire, que l'on prend en considération. Il a notamment été reçu aux Etats-Unis d'Amérique.

Section II. Le Droit Des Etats-Unis D'amerique

Le droit des Etats-Unis appartient indubitablement à la famille de la *common law*. Pourtant, il a failli se détacher de la *common law* d'Angleterre et rejoindre la famille des droits romanistes (Paragraphe 1). Sa structure actuelle présente une originalité marquée au sein de la famille de la *common law*, tant dans sa matière, qui répond aux besoins d'une société économiquement très avancée, que dans ses formes, plus ouvertes à la codification (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'histoire du droit des Etats-Unis d'Amérique

La Révolution américaine, à la fin du XVIIIème siècle, a créé une rupture avec la mère-patrie, la Grande-Bretagne, et débouché sur l'indépendance politique. Toutefois, l'héritage juridique, celui de la *common law* et de *l'equity*, n'a pas été rejeté, mais assumé, réinvesti et valorisé. Si le fil historique n'a pas été rompu en cette matière, le droit de l'époque de la colonisation, aux XVIIème et XVIIIème siècles (A), diffère de celui de la période de l'indépendance, aux XIXème et XXème siècles (B).

(A) Le droit de l'époque de la colonisation (XVIIème et XVIIIème s.)

Nous examinerons d'abord la formation du ressort territorial (1), puis celle du droit applicable (2).

226 Edward Coke (1552-1634), formé au *Trinity College* de Cambridge, fut à la fois juge (juge en chef de la cour des plaids communs, puis du banc du roi, *speaker* de la chambre des communes et, à ce titre, l'un des auteurs de la Pétition des droits de 1628, et un jurisconsulte éminent. Ses *Institutes of the Lawes of England* et ses *Law Reports* sont des chefs d'œuvre de la doctrine anglaise.

(1) Le ressort territorial

L'Amérique a été colonisée par les Européens, à partir de sa «découverte», en 1492, par Christophe Colomb, un Génois au service du roi et de la reine d'Espagne. Les grandes puissances de l'Europe, leurs marins, leurs capitaines et leurs hommes d'affaires se sont lancés dans les aventures de l'exploration, de la conquête et de la colonisation. L'Amérique centrale et méridionale, colonisée par les Portugais et les Espagnols, devient latine. L'Amérique du Nord attire les Espagnols, les Français, les Hollandais, les Suédois, les Danois, les Britanniques. Suivant les traditions nationales de ces pays, la conquête et la colonisation prennent des formes différentes.

La première colonie anglaise fonda Jamestown, la «Ville de Jacques», le roi Jacques Ier Stuart, qui avait concédé une charte à privilèges à une compagnie de commerce et de plantation pour la Virginie. Le territoire de la Virginie, nommée ainsi en l'honneur d'Elisabeth I, la reine vierge, avait été récemment acheté à l'Espagne. La compagnie, formée d'investisseurs de Londres et de Plymouth, avait affrété trois navires, dont le *Discovery*, avec le but de chercher une voie vers l'océan Pacifique pour atteindre, par l'Ouest, l'Asie et les pays des épices. La compagnie avait également pour objet la culture: les colons s'adonnèrent d'abord à celle du tabac. Ce premier établissement anglais permanent en Amérique (1607) avait clairement des mobiles économiques.

La seconde colonie anglaise s'installa dans le Massachusetts et fonda Plymouth (1620). Embarqués à bord du *Mayflower*, la centaine de passagers comptait les trente-cinq *Pilgrims Fathers*, les «Pères pèlerins», dont les motivations n'étaient pas commerciales, mais religieuses: c'étaient des dissidents de l'église officielle, l'Eglise anglicane, qui se trouvaient persécutés en Grande-Bretagne, et quittaient le royaume pour s'établir dans un nouveau pays, où ils pourraient pratiquer leur foi à leur convenance. A leur arrivée en Amérique²²⁷, ils choisirent un gouverneur pour un an, et ils jurèrent d'observer une convention, le «compact du *Mayflower*», par laquelle ils déclaraient former une communauté politique, qui se donnerait des lois justes et égales²²⁸, et ils jurèrent obéissance à cette convention et à ces lois à venir. Dès l'origine, les colons britanniques installés en Amérique ont cultivé un esprit

227 A *Cape Cod*, le 11 novembre 1620.

228 "We ... do, by these presents solemnly and mutually in the presence of God and of one another, covenant and combine ourselves together into a civil body politic for our better ordering and preservation ... and by virtue hereof to enact, constitute and frame such just and equal laws, ordinances, acts, constitutions and offices from time to time, as shall be thought most meet and convenient for the general good of the colony unto which we promise all due submission and obedience."

combiné de mobile commercial, d'inspiration religieuse, d'autonomie politique et juridique.

La colonie du *Maryland*, fondée en 1620, reçut son nom d'Henriette Marie de France, épouse du roi d'Angleterre, Charles Ier (celui qui fut décapité sur jugement du parlement en 1649) et sœur du roi de France, Louis XIII. La colonie de *New York* devint britannique quand les Anglais, ayant enlevé aux Hollandais *Neuwe Amsterdam*, capitale de la Nouvelle Hollande, la rebaptisèrent Nouvelle York (1664). Les Anglais prirent également le Delaware (aux Hollandais et aux Suédois), la Pennsylvanie (aux Suédois), le New Hampshire, le New Jersey, la Caroline (séparée en deux Etats), la Géorgie (du roi anglais George II), le Connecticut, Rhode Island.

Ces treize colonies contrôlèrent toute la côte Atlantique, du Canada (français)²²⁹ à la Floride (espagnole)²³⁰. Elles se dotèrent d'assemblées politiques, élues par les propriétaires, qui, par le vote du budget, prirent goût à l'autonomie et, bientôt, à l'indépendance. Les Anglais, ayant chassé les puissances coloniales rivales, en particulier les Hollandais (traité d'Utrecht de 1713) et les Français (traité de Paris de 1763), avaient éliminé tout danger extérieur pour les colons britanniques. Ceux-ci purent dénoncer le pacte colonial, qui unissait le Royaume-Uni et ses colonies d'Amérique, et qui interdisait à ces dernières de concurrencer la métropole. La *Boston Tea Party* fut le jet à la mer des ballots de thé arrivant d'Angleterre, un boycott des produits de la métropole, qui répondait aux taxes frappant les produits d'Amérique débarquant en Angleterre.

La guerre commerciale déclencha la Révolution américaine et la guerre d'indépendance, de la bataille de Bunker Hill (1775) à celle de Yorktown (1781). Le traité de Versailles (1783) reconnut l'indépendance des treize colonies. Thomas Jefferson (1743-1826), ayant publié deux brochures puissamment argumentées²³¹,

229 De 1650 à 1750, la Nouvelle France ou France d'Amérique, fut beaucoup plus étendue que les colonies anglaises: elle s'étendait du Canada à la Louisiane, des deux côtés du Mississipi, et couvrait la majeure partie des plaines de l'Ouest. La Louisiane avait été baptisée ainsi par Cavalier de la Salle, en l'honneur du roi de France, Louis XIV (1681).

230 La Floride avait été découverte par Juan Ponce de Léon, le jour de la fête des Rameaux ou «Pâques fleuries» (*Pascua florida*) de 1513, puis explorée par Alvaro Nuñez. Sous le roi de France, Henri IV (1589-1610), elle fût colonisée par des huguenots français, dont les établissements furent détruits par les Espagnols. L'Espagne la vendit aux Etats-Unis en 1819.

231 Dans l'«Aperçu sommaire des droits de l'Amérique britannique» (1774), il écrivait: «Notre émigration dans ce pays ne donne pas plus de droits sur nous à l'Angleterre que l'émigration des Saxons et des Danois ne pouvait en conférer aux gouverneurs de ces pays sur l'Angleterre.» Et, dans le «Projet d'instructions» (1774), il déclarait que 160.000 électeurs anglais (le parlement britannique était élu au suffrage censitaire) réglaient le sort de 4 millions d'habitants des colonies d'Amérique. Il écrivait également que le gouvernement de la Virginie était aussi autorisé à

fut chargé de rédiger la «Déclaration d'indépendance» avec l'aide de Benjamin Franklin (1776). La Déclaration d'indépendance est une proclamation inspirée des théories de Locke sur l'égalité, la liberté politique et la responsabilité des gouvernants, notamment sur le principe que les gouvernements sont établis pour le bonheur du peuple, et tirent leur autorité de son assentiment. Les articles de la confédération de 1778 instituent un gouvernement fédératif des treize colonies, qui s'étaient donné, chacune, une constitution.

La constitution fédérale, rédigée par Benjamin Franklin et George Washington²³², adoptée à la convention de Philadelphie en 1787, fut un compromis entre la tendance républicaine, incarnée par Jefferson (indépendance des treize Etats), et la tendance fédéraliste, personnifiée par Hamilton (institution d'un pouvoir central fort). Il fut créé, au-dessus des treize Etats, un gouvernement fédéral chargé de la politique extérieure, de la défense, du commerce extérieur. La constitution fédérale instituait également un Sénat et une chambre des représentants, ainsi qu'une cour suprême. Elle s'inspirait du principe de séparation des pouvoirs, création de Montesquieu, et non de celui de la responsabilité du gouvernement devant le parlement, cher à Locke. Les deux partis politiques, républicain et fédéraliste, issus de ces tendances, conduisirent la même politique de développement économique et d'expansion territoriale vers l'intérieur du continent américain, jusqu'à l'océan Pacifique, par la colonisation (du Midwest), l'achat (de la Louisiane et de la Floride) et la conquête (de la Californie).

(2) La question du droit applicable

La question du droit applicable dans les colonies d'Amérique reçut une réponse dès l'année qui suivit la fondation de la colonie de Virginie (1607). En 1608, le banc du roi décida le *Calvin's case*, qui est aussi désigné *case of the post-nati*, car il tranche la question du droit applicable aux personnes *nées après* la réunion des royaumes d'Angleterre et d'Ecosse, sous l'autorité du même souverain, Jacques Ier. La cour jugea que Robert Calvin²³³, né en Ecosse après la réunion des deux royaumes (1603), serait considéré comme sujet anglais ayant droit au bénéfice du droit anglais. Les juges s'appuyaient notamment sur un statut de 1351 (*De natis*

imposer ses lois au peuple anglais que le parlement anglais à imposer les siennes au peuple de Virginie. Ses «Observations sur l'état de la Virginie» (1785) montrent un idéalisme libéral et humanitaire qui lui fit préconiser l'abolition de l'esclavage en 1800. En mission à Paris, en juin 1789, il proposa aux députés du tiers état un compromis entre l'assemblée nationale constituante et le roi, plus proche des idées de Condorcet que de celles de Montesquieu et de Rousseau.

232 Dont le nom fut donné à la capitale fédérale, à nombre de villes et à un Etat de la côte Ouest.

233 En réalité James Colville, un noble écossais qui avait hérité de biens en Angleterre et n'arrivait pas à faire reconnaître son droit de propriété, car on lui refusait le bénéfice du droit anglais.

ultra mare), qui conférait le bénéfice du statut de sujet du souverain aux enfants de sujets du souverain *nés outremer*. La justification, symptomatique de la conception anglaise de la supériorité de la *common law*, appelée «Droits et prérogatives des Anglais» (*Rights of the Englishmen*) en est que les Anglais emmènent avec eux la *common law*, quand ils s'établissent dans des territoires non civilisés²³⁴.

Tant les cours de Londres, avant l'indépendance américaine, que les juridictions des Etats-Unis, après celle-ci, ont reconnu le principe du *Calvin's case*. Selon la doctrine américaine de James Kent²³⁵, la *common law* d'Angleterre avait été reçue aux Etats-Unis, ainsi que les lois (*statutes*) qui l'avaient modifiée ou complétée, et la date à laquelle cette réception avait eu lieu était celle de la fondation de la première colonie (*Jamestown*), le 14 mai 1607. Cependant cette réception n'est pas un principe absolu. Les Américains ont toujours soutenu, d'abord, qu'ils avaient enrichi l'héritage anglais, en ajoutant des droits additionnels purement américains; ensuite, qu'ils recevaient cet héritage sous bénéfice d'inventaire, et qu'ils en écarteraient les règles inappropriées à leurs conditions de vie; et, enfin, que cet héritage ne suscitait pas autant de vénération pour les libertés anglaises, car les Pères Pèlerins avaient dû quitter l'Angleterre où ils étaient persécutés.

La *common law* d'Angleterre a dû s'adapter à l'environnement nouveau que constituait la société des colons britanniques transplantés en Amérique. Elle s'est altérée et aussi enrichie d'institutions nouvelles. Il faut aussi convenir que la condition de conformité aux conditions de la vie américaine n'était pas remplie en ce qui concerne l'existence d'un milieu de professionnels du droit, juges, avocats, professeurs. La *common law* était mal connue et cette méconnaissance donna une grande liberté aux Américains. Selon le mot de Roscoe Pound, «L'ignorance sera le principal facteur de formation du droit américain.»

Au XVII^{ème} siècle, le droit appliqué dans les colonies anglaises d'Amérique est fortement empreint d'influence religieuse, chrétienne et puritaine. Les colons du *Mayflower* adoptèrent la propriété privée²³⁶, le mariage civil²³⁷, les peines

234 Certes cette conception s'appliquait aux Anglais qui s'établirent en Inde et en Chine, dont la civilisation avait commencé de briller des millénaires auparavant, quand l'Europe ne connaissait pas encore l'écriture.

235 *Commentaries on the Laws of America* (1826-1840).

236 "We agreed that everyman should build his own house, thinking by that course, men would make more haste than working common."

237 Selon la pratique qu'ils avaient observée à Leyde, aux Pays-Bas.

corporelles légères²³⁸. Comme celle de Plymouth, plusieurs colonies appliquèrent des listes de règles inspirées de la Bible, interprétée strictement. Mais le caractère lacunaire de ces recueils de principes bibliques ouvrait la voie à l'*arbitrium judicis*, le «libre arbitre» du juge, avec le risque de l'arbitraire du juge. Aussi plusieurs colonies firent rédiger des codes sommaires, non systématiques, de lois, notamment le Massachusetts (1634) et la Pennsylvanie (1682).

Au XVIII^{ème} siècle, la *common law* progresse sous l'influence de plusieurs facteurs, économiques, politiques, culturels. L'économie, d'abord purement agricole, se diversifie avec un artisanat qui se transforme en une protoindustrie, qui requiert un droit plus élaboré.

La politique dicte un retournement d'attitude à l'égard de la *common law*, jusque-là vue avec un certain désintérêt, si ce n'est de l'hostilité, comme le droit des monarques, chefs de l'Eglise officielle, persécuteurs des Pères Pèlerins: les colons trouvent dans la *common law* les limites juridiques à l'absolutisme royal; ils relisent la Grande charte de 1215, la Pétition des droits de 1628, la Déclaration des droits de 1688, et y trouvent exposés les droits du parlement et ceux des sujets eux-mêmes. La *common law* devient un argument que l'on retourne contre les Britanniques. Ce devint aussi l'un des éléments les plus forts de l'identification des colons anglais et de l'expression de leur solidarité face aux colons français d'Acadie, du Canada et de Louisiane.

Enfin, des facteurs culturels ont joué: le milieu des *lawyers* américains, promis à un si brillant avenir, commence à se constituer à la fin du XVIII^{ème} siècle, avec la création de la première faculté de droit²³⁹, et la publication aux Etats-Unis des *Commentaries on the Laws of England* de Blackstone²⁴⁰.

A la fin du XVIII^{ème} siècle, ce retournement en faveur de la *common law* fut bientôt contrebalancé par la mutation des relations internationales, qui s'est opérée avec la Révolution américaine et la Guerre d'indépendance: ce fut un véritable retournement d'alliances. Les colons anglais étaient les alliés de Londres dans la lutte contre les Français établis au Canada, en Acadie, en Louisiane, formant un territoire continu, du Nord au Sud, du golfe du Maine au golfe du Mexique, plus vaste que celui des treize colonies anglaises. Le conflit entre les colons et Londres

238 Les premiers délinquants (une affaire de désobéissance aux ordres du gouverneur et une affaire de duel), jugés par l'assemblée de toute la colonie, furent condamnés à être ligotés pendant 24 heures, sans boire ni manger. Les récits disent qu'ils furent libérés, au bout d'une heure, sur leurs supplications, ayant demandé pardon et promis de mieux se conduire à l'avenir.

239 *William and Mary Law School* ouvrit ses portes en 1779.

240 A Philadelphie, en 1771-1772.

conduisit les «Insurgents» américains à demander l'aide de la France, et accessoirement de l'Espagne.

La victoire franco-américaine de Yorktown et la capitulation anglaise (1781), puis le traité de Versailles par lequel le Royaume-Uni reconnaissait l'indépendance américaine (1783) ouvrirent une nouvelle phase des relations franco-américaines. La France a été, historiquement, le première amie et la première alliée des Etats-Unis. Le vent avait tourné: il soufflait de Paris, et non plus de Londres, et portait de nouvelles conceptions juridiques.

Le droit de la période de l'indépendance (XIX^{ème} et XX^{ème} s.)

La période qui a suivi l'indépendance a vu, d'abord, l'adoption de la *common law* anglaise, comme droit des Etats-Unis, au début du XIX^{ème} siècle (1), puis, rapidement, la formation d'une *common law* proprement américaine (2).

(1) L'adoption de la *common law* d'Angleterre

En Amérique, l'idée de codification du droit ne rencontrait pas l'opposition qu'elle connaissait en Angleterre. Au contraire, la rapidité avec laquelle se constituaient les Etats fédérés, qui voulaient, chacun, une constitution et un droit propre, était incompatible avec la formation lente d'un système tel que celui de la *common law*, qui exigeait, de plus, des professionnels du droit en nombre: magistrats, avocats et autres. La philosophie du droit naturel, qui avait inspiré la rédaction des codes de lois en Europe continentale, depuis le XVII^{ème} siècle, trouva un écho favorable en Amérique. De même le positivisme juridique d'un Bentham. Ces deux courants conjuguèrent leur influence pour réclamer la rédaction de codes de droit.

Dans la famille de la *common law*, les Etats-Unis occupent aujourd'hui une place centrale. Colonies anglaises qui se sont affranchies de la tutelle de la métropole avec l'aide de pays du continent, la France et l'Espagne, par les armes et très tôt, les Etats-Unis avaient plusieurs modèles à leur disposition. Dans les premiers temps de l'indépendance, le pays a hésité sur le modèle à suivre.

En 1811, Jeremy Bentham proposait au président Madison d'aider les Etats-Unis à établir un code. Certains Etats ont envisagé la rédaction d'un code de droit, écrit et systématique: le Massachussets en 1836²⁴¹, l'Etat de New York en 1846. Le

241 La colonie du Massachussets avait fait établir, dès 1648, une sorte de code, le *Massachusetts General Laws and Libertyes*, collection de règles importantes présentées par ordre alphabétique, qui mêlait à des principes choisis de la *common law* des déclarations de liberté. D'autres colonies établirent des codes de diverse nature: le Connecticut, le New Hampshire, Rhode Island, New York, la Virginie ... La tentation était grande d'étendre au droit privé la codification du droit constitutionnel.

promoteur de l'idée d'un code new yorkais, David Dudley Field (1805-1894), président de la commission de codification de l'Etat de New York, a été à l'origine de la préparation de cinq projets de codes: un code politique, un code civil, un code pénal, un code de procédure civile, un code de procédure pénale. Dans son enthousiasme, il a même proposé la rédaction d'un code de droit international!

La faveur que connaissait la codification ne doit pas occulter un fait tout aussi important: les droits des autres puissances coloniales – droit français et droit espagnol – étaient peu implantés dans le pays. La *common law* constituait la source prépondérante du droit des diverses colonies. La cour suprême des Etats-Unis fut composée de juges formés à la *common law*. Aussi, celle-ci s'est-elle imposée aux Etats-Unis. Il faut certes excepter quelques poches, quelques Etats. En Louisiane, devenue un Etat en 1812, le droit est resté influencé par le droit français, et il appartient toujours à la famille romaniste. Au Texas et en Californie, l'influence hispanique s'est fait longtemps sentir, notamment en droit des régimes matrimoniaux et en droit foncier.

Les raisons de l'adoption de la *common law* sont à rechercher dans la communauté culturelle qui existait entre les deux pays: identité primitive de langue, origine anglaise du peuplement initial des Etats-Unis, partage de la même philosophie politique des libertés, de la même philosophie économique du capitalisme, de la même philosophie juridique de valorisation du droit.

La construction du droit fédéral par la cour suprême, à l'instigation de juges tels que Joseph Story, juge en cette cour de 1811 à 1845, a puissamment contribué à cette adoption. Le droit commercial anglais qui était, il est vrai, de grande qualité, a été reçu par la cour suprême et imposé comme droit du commerce interétatique et droit économique commun. Dans l'arrêt célèbre, *Swift v. Tyson*, le juge Story justifiait la formation d'un droit commercial commun aux Etats fédérés, dégagé par la cour suprême, par l'autorité de l'arrêt *Luke v. Lyde*, jugé par lord Mansfield (1705-1793), fondateur du droit commercial anglais²⁴².

La doctrine, notamment celle de James Kent, a également joué un rôle dans l'adoption du droit anglais. Kent (1763-1847), diplômé du collège de Yale (1781), premier professeur de droit au collège de Columbia, à New York (1793-1798), juge à la cour suprême de New York (1798-1804), est l'auteur des *Commentaries on American Law* (1826-1830). Les *Commentaries* sont le premier traité de droit américain. Kent étudie le droit étatique, le droit fédéral, le droit international,

242 Voir supra, p 27.

public et privé. Il est célèbre pour avoir acclimaté aux Etats-Unis l'*equity*, très impopulaire à l'époque coloniale, comme illustration de l'arbitraire de l'Angleterre.

Sitôt la *common law* d'Angleterre adoptée par les Etats-Unis, elle a pris des caractères particuliers et s'est distinguée pour former une *common law* proprement américaine.

(2) La formation de la *common law* américaine

Il faut déjà mentionner que, du temps des colonies, le principe de spécialité législative s'appliquait: les lois (*statutes*) adoptées par le parlement de Westminster ne s'appliquaient aux colonies d'Amérique, que si le parlement l'avait spécifié. Cette règle excluait donc l'application des lois anglaises antérieures à l'indépendance (1776) non déclarées applicables.

L'indépendance excluait que les lois postérieures à 1776 ne s'appliquent, de même que la jurisprudence des juridictions anglaises. Depuis 1776, les deux pays ont évolué de manière indépendante. Les Etats-Unis sont devenus la première puissance et la première économie mondiale. La civilisation américaine a pris ses distances avec la civilisation britannique. Les différences sont sensibles à plusieurs points de vue. Les Etats-Unis sont un pays neuf, un Etat fédéral, doté d'un régime présidentiel, dont la population pratique *l'américan way of life*. La Grande-Bretagne est un pays de traditions, un Etat centralisé, dotée des institutions d'une monarchie parlementaire, dont la population aspire à un autre mode de vie. Les deux droits se sont donc différenciés: ils ont divergé.

Les cours d'*equity* ont reçu une compétence plus large qu'en Angleterre. Il n'y eut pas, aux Etats-Unis, de cours ecclésiastiques, car les colons fuyaient l'Eglise officielle d'Angleterre. Les Etats-Unis n'ont d'ailleurs jamais reconnu diplomatiquement le Saint Siècle. L'absence de cours ecclésiastiques a été compensée, au XIX^{ème} siècle, par une extension de la compétence des cours d'*equity* aux questions réglées en Angleterre par le droit canonique, notamment l'annulation du mariage, la séparation et le divorce. Aujourd'hui, ces matières sont principalement régies par la loi.

Le droit public est très différent aux Etats-Unis de ce qu'il est en Angleterre, pour des raisons de tradition historique. Le droit constitutionnel y est écrit et fédéral, et il prévoit un contrôle de la constitutionnalité des lois. Le droit administratif est dominé par des institutions du type des agences fédérales.

En droit privé, le droit des sociétés et le droit bancaire et financier ont connu un développement indépendant. La création de grandes commissions (*Securities and*

Exchange Commission) a permis le développement d'un droit de la concurrence et des marchés, qui a beaucoup influencé les droits européens.

Pourtant, d'une manière générale, les corps du droit américain sont ceux du droit anglais: *common law* et *equity*; ses grandes divisions aussi: *contracts*, *torts*, *trusts*; ses concepts également: *trespass*, *negligence* ... Mais les Américains ont développé des notions inconnues des Anglais. René David faisait remarquer que le droit anglais offre un visage familier au juriste américain, alors que l'inverse n'est pas vrai: «Le juriste anglais ne se sent pas, de plain-pied, à l'aise dans le droit américain»²⁴³.

Il existe des nouvelles passerelles entre les deux systèmes. Les deux droits s'empruntent extensivement les réformes, quand elles montrent leur efficacité. Le phénomène de l'emprunt et celui de la réception sont extrêmement courants entre les deux pays.

On peut même observer de nouvelles convergences. Dans les années quarante, l'adoption du *Welfare State* par les Britanniques, après la Deuxième guerre mondiale, avait été, dans une certaine mesure, l'imitation de la politique du *New Deal* du président Roosevelt, dans les années trente. La politique d'interventionnisme économique et de réforme sociale s'est traduite, dans les deux pays, par la formation d'un droit économique et social. Dans les années quatre-vingt, le président américain Reagan et le premier ministre britannique Thatcher, dans un autre mouvement parallèle, ont défait ces réformes et ce droit.

Mais, par d'autres aspects, les différences se cristallisent et s'approfondissent. Si le droit américain continue d'appartenir à la famille de la *common law*, le contenu du droit se différencie souvent, dans ses règles et dans ses concepts, et sa forme est originale, parmi les pays de *common law*.

Paragraphe 2. La structure du droit des Etats-Unis

La structure actuelle du droit américain diffère fondamentalement du droit anglais à deux titres. La structure fédérale des Etats-Unis donne au droit américain un caractère à la fois unifié et complexe (A). Les sources du droit, fédérales et étatiques, ont donc des formes différentes, phénomène qui est accru par une ouverture de principe à l'idée de la codification du droit (B).

243 Op cit, p 309.

(A) La question du fédéralisme

La constitution des Etats-Unis est la constitution de la fédération des 13 colonies d'origine²⁴⁴ et de l'Etat fédéral qu'elles ont constitué. Cette constitution, adoptée en 1787, est entrée en vigueur en 1789. Elle a été modifiée rapidement par plusieurs amendements.

La question se pose de la compétence des institutions fédérales et des institutions des Etats fédérés en matière normative: congrès des Etats-Unis, en matière législative, administration fédérale, en matière réglementaire.

En 1791, le Xème amendement à la constitution a établi que.

Les pouvoirs que la constitution ne délègue pas aux Etats-Unis et qu'elle n'interdit pas aux Etats d'exercer, sont réservés à chacun des Etats respectivement, ou au peuple.

La compétence législative appartient donc en principe aux Etats fédérés. La compétence de l'Etat fédéral reste une exception. Ce principe a été adopté par l'Australie, qui est également un Etat fédéral, mais pas par le Canada, qui a décidé de renforcer le pouvoir fédéral, après la guerre de Sécession américaine (1861-1863). En 1791, les Etats fédérés américains jouissaient d'une grande indépendance les uns vis-à-vis des autres. Ils étaient différents par leurs origines, leur peuplement (anglais, mais aussi français, allemand, suédois, hollandais, espagnol), leurs intérêts, leurs mentalités.

La compétence législative des Etats-Unis est donc l'exception, qui doit être justifiée par un texte constitutionnel. De plus, les Etats fédérés gardent, dans les matières où l'Etat fédéral a la compétence législative, une compétence accessoire. Si le congrès des Etats-Unis ne légifère pas dans une matière de sa compétence, les Etats fédérés peuvent légiférer pour combler ce vide. Les Etats fédérés peuvent également légiférer en sus de la législation fédérale, si cette législation ne contrevient pas au droit fédéral. En matière fiscale, la législation (et la fiscalité) étatique s'ajoute à la législation (et la fiscalité) fédérale. Cependant, il y a des cas où cette compétence accessoire est refusée: l'hypothèse où la législation de l'Etat fédéral n'appelle aucun complément, le cas d'entrave au commerce interétatique ... On parle de *federal preemption*: le droit fédéral a préempté la totalité du droit.

Mais le partage de la compétence judiciaire, entre les tribunaux fédéraux et les tribunaux des Etats, n'est pas calqué sur le partage de la compétence législative,

244 La première confédération unit, en 1643, les gouvernements de Plymouth, Massachussetts, Connecticut et New Haven.

entre congrès des Etats-Unis et les diverses assemblées des Etats fédérés. Les juridictions fédérales, saisies d'une question régie par le droit d'un Etat, peuvent-elles développer leur propre jurisprudence, et opposer jurisprudence fédérale à jurisprudence étatique? La section 34 du *Judiciary Act* de 1789 ordonnait de statuer selon les lois d'un Etat dans les matières non régies par une loi du congrès.

Les sources du droit présentent donc une distinction originale entre droit fédéral, issu de la législation et de la réglementation fédérale, et droit des Etats fédérés, issu de la législation et de la réglementation des Etats fédérés. La question est rendue complexe par l'intervention du législateur étatique, quand il supplée la carence – fréquente – du législateur fédéral. Ainsi, le législateur fédéral n'a adopté aucune loi sur les effets de commerce, matière qui relève du commerce interétatique, et donc de la compétence législative fédérale. Des Etats ont donc légiféré en la matière, notamment l'Etat de New York. Comment régler les rapports de législation étatique avec la *common law* (jurisprudentielle) fédérale?

La jurisprudence a varié. Dans l'affaire *Swift v Tyson* (1842), le juge Story a convaincu la majorité de ses collègues qu'il existait une *common law* fédérale, appuyée sur le *ius gentium* tel que conçu par l'orateur et philosophe latin Cicéron, nous l'avons vu²⁴⁵. Cette *common law* fédérale a permis à Story de faire échec à l'application de la loi de l'Etat de New York. Dans l'arrêt *Erie Railroad Corporation v Tompkins* (1938), le juge Brandeis a convaincu la majorité de ses collègues que: «*There is no federal general common law.*» S'il n'y a pas de loi fédérale, les juridictions fédérales doivent toujours statuer en appliquant le droit d'un Etat fédéré. Par exception, on a admis ultérieurement qu'il peut y avoir une *federal general common law*, en cas de *federal preemption*, dans les domaines où la législation fédérale (compétente) avait entièrement régi la matière. On l'a aussi admis, exceptionnellement, en droit maritime, où il n'y avait pas de législation fédérale.

On constate donc tout naturellement des différences entre les droits des 51 Etats de l'Union: dans le droit du mariage et du divorce, des régimes matrimoniaux, en droit des sociétés, en droit fiscal, en droit pénal ...

Toutefois, des facteurs très puissants poussent à une unification du droit. L'action de la cour suprême, qui a interprété de manière très large la constitution et ses amendements, impose aux Etats et à leurs assemblées le respect de certains principes généraux. Des initiatives privées, que l'on verra plus loin, ont facilité l'unification du droit en certaines matières, notamment le droit commercial. La

245 Voir supra, pp 26 et 27.

doctrine expose un droit américain plus que le droit d'un Etat, et critique comme *bad law* les originalités de la jurisprudence d'un Etat, qui la mettent en contradiction avec la jurisprudence communément admise par la grande majorité des autres Etats. La pratique pousse également à l'uniformité: le juriste américain part du postulat que les droits des Etats sont identiques.

(B) La question des sources du droit

La communauté entre le droit américain et le droit anglais, qui fait que tous deux sont membres de la famille de la *common law*, se traduit par la conception partagée que le droit est, par essence, de nature et de source jurisprudentielle: c'est un *judge made law* (1). Toutefois, la loi, souvent codifiée, est plus importante qu'en Angleterre (2). La doctrine a une place et un rôle similaire (3).

(1) La jurisprudence

La place de la jurisprudence est donc centrale. Le droit est constitué des règles reconnues par les juridictions et des principes qui s'en dégagent. James Kent écrivait, dans ses *Commentaries on American Law*:

The reports of the judicial decisions contain the most certain evidence and the most authoritative and precise application of the rules of the common law.

La place première accordée à la jurisprudence est particulièrement remarquable en droit constitutionnel. Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, mêmes fédérales, a été posé par la cour suprême, dans l'arrêt célèbre, *Marbury v. Madison* (1803).

Il faut mentionner une particularité importante du droit américain qui concerne la règle du respect des précédents ou *stare decisis*. Aux Etats-Unis, cette règle est appliquée avec souplesse. La structure fédérale introduit un risque de contradiction entre des décisions judiciaires émanant de juridictions d'Etats fédérés différents. Les juridictions de chaque Etat ne sont soumises qu'aux précédents rendus par les juridictions de cet Etat. Les juridictions fédérales inférieures sont soumises à leurs propres précédents. La cour suprême des Etats-Unis et les cours suprêmes de chaque Etat fédéré ne sont pas liées par leurs précédents. Des revirements de jurisprudence sont donc possibles aux Etats-Unis. Ils s'expliquent, dans le cas de la cour suprême fédérale, par un changement d'interprétation de la constitution fédérale et, dans le cas des cours suprêmes étatiques, par le désir d'unifier le droit en l'alignant sur celui de la majorité des Etats.

La tentative de Story de construire un droit fédéral directement sur la base d'une *general common law* fédérale, issue des cours fédérales, a été contrecarrée par les

objections des Etats fédérés. Le droit fédéral s'est néanmoins développé, en s'appuyant sur la constitution fédérale et sur la législation fédérale.

(2) La place de la loi et la codification du droit

La place de la loi n'est pas très différente de celle qu'elle a dans le système anglais. Mais le droit américain est un droit qui, pour une grande partie, a été codifié.

Comme en Angleterre, la loi, qui est trop générale, n'est pas le type normal de règle. La loi doit s'intégrer au système juridique, par la pratique et par la jurisprudence. C'est à l'occasion de procès que cette intégration devient manifeste. Appliquée et interprétée par les tribunaux, la loi générale se mue en décisions judiciaires précises, sur lesquelles le juriste peut s'appuyer. D'une certaine manière, la loi ne devient légitime et obligatoire que quand elle a été appliquée par les tribunaux, et dans les sens que lui ont donnés les tribunaux. La loi est donc conçue, le plus généralement, comme en Angleterre, comme un complément et un correctif de la *common law*. Mais on constate une double différence: elle est plus fréquente et elle est codifiée.

On a vu²⁴⁶ que, dès le début, certains Etats ont envisagé la rédaction d'un code de droit, écrit et systématique: le Massachussets, en 1836²⁴⁷, la plupart des Etats de la côte Est, New York en particulier. Le promoteur de l'idée d'un code new yorkais, David Dudley Field, a été à l'origine de la préparation de cinq projets de codes (politique, civil, pénal, de procédure civile, de procédure pénale, et même de droit international). Ses n'ont pas été vains. En 1881, son projet de code pénal a été adopté par l'Etat de New York. Certes, son projet de code civil y a été repoussé. Mais son code de procédure civile a été adopté par de nombreux Etats²⁴⁸. Et de même son code de procédure pénale. La Californie a adopté ses cinq²⁴⁹ projets de codes!

Des codes pénaux sont en vigueur dans tous les Etats. Et des codes civils dans six Etats. Ces codes n'ont pas la même autorité que les codes en vigueur en Europe continentale. Mais ils sont l'expression du souci d'uniformité du droit américain et de celui d'un exposé synthétique de ce droit.

246 Voir supra, pp 161 et 162.

247 La colonie du Massachussets avait fait établir, dès 1648, une sorte de code, le *Massachusetts General Laws and Libertyes*.

248 Vingt-cinq Etats ont un code de procédure civile.

249 Les codes de procédure civile et de procédure pénale de l'Etat de Californie doivent leur existence et une partie de leur matière au frère de David Dudley Field, Stephen Johnson Field.

Le droit des Etats-Unis, en matière commerciale, est aujourd'hui un droit largement codifié. Le code uniforme de commerce ou *Uniform Commercial Code* (UCC) est le produit de plus d'un demi-siècle d'efforts. A la fin du XIX^{ème} siècle, le commerce était devenu majoritairement interétatique, et les droits commerciaux des divers Etats, qui adoptaient des *statutes* propres, divergeaient. La nécessité d'un *ius commune*, d'une «comune ley» des *business men* américains, se faisait de plus en plus évidente. Un projet de code de commerce de 400 articles fut achevé en 1952. De 1958 à 1968, ce code a été adopté par tous les Etats, sauf la Louisiane. Les Etats lui ont apporté peu d'amendements, sauf en matière de suretés. L'unification économique a poussé à une unification juridique. L'*Uniform Commercial Code* a été établi par la coopération de la conférence nationale des commissaires pour des lois d'Etat uniformes, composée de représentants des Etats, et l'*American Law Institute*, représenté par des juristes privés.

(3) La doctrine

L'*American Law Institute* est à l'origine d'une autre initiative, qui montre que la doctrine, en tous cas l'opinion des juristes, est une source du droit active et considérée dans la *common law* des Etats-Unis.

Le *Restatement of the Law* peut se définir comme un traité consacré à l'exposé du droit, dans une matière donnée, et à son développement. Des auteurs l'ont qualifié de *compendium of legal doctrines*²⁵⁰. C'était déjà la définition du Digeste de Justinien, promulgué en 533 de notre ère.

Le but des *Restatements* n'est pas seulement la certitude, mais aussi l'amélioration du droit. Une vingtaine de volumes sont parus, sur des domaines variés du droit privé: droit des contrats, de la représentation, des conflits de lois, de la responsabilité (*torts*), de la propriété, des suretés, des *trusts* ... Ce mode de formulation du droit des Etats-Unis s'apparente souvent à un exposé doctrinal de la jurisprudence de *common law*. C'est aussi un projet de codification établi par les milieux professionnels²⁵¹ et proposé au législateur de chaque Etat et éventuellement entériné par lui.

L'influence qu'exercent la *common law* d'Angleterre et celle des Etats-Unis est très grande. Le Commonwealth des Nations britanniques a en partage l'usage de la langue anglaise, le respect d'une tradition politique s'inspirant de la philosophie des libertés publiques et privées, et une déférence quasi religieuse envers la *common*

250 Pierre Schlag et Kimberly C Diego *New Oxford Companion to Law* (2008) p 1017.

251 En cela, les *Restatements* s'apparentent à des ouvrages de praticiens savants.

law. La Grande-Bretagne a inculqué à ses colonies, puis aux *dominions* d'Amérique, d'Océanie, d'Afrique et d'Asie, devenus des Etats indépendants, un profond respect pour son droit. Ce droit reste l'un des liens entre toutes ces peuples. Leurs juridictions prennent en considération, et adoptent souvent, les solutions du droit anglais.

L'influence qu'exerce la *common law* américaine est tout aussi importante. Si les Etats-Unis ont moins colonisé que l'Angleterre, en dehors de l'Amérique, ils ont exporté leur droit en Océanie (Philippines et autres archipels), en Asie (Japon), en Afrique (Libéria), et l'Europe leur emprunte parfois. Le renouveau de l'économie mondiale, dont ils sont le leader, et le phénomène de la globalisation jouent en faveur d'un accroissement de l'influence dans le monde du droit américain.

Les droits de *common law* présentent des caractéristiques communes qui les opposent aux droits romanistes. Ce sont des droits jurisprudentiels et casuistiques. Ce sont des droits formés par des juges, même si ces juges sont souvent des juges savants, empreints de culture juridique. Les règles de ce *judge made law*, dont la fonction est de donner une solution à un litige, sont moins générales et abstraites que celles, issues de la loi principalement, des droits romanistes: elles disent le droit dans une situation particulière. Elles ont donc un caractère également casuistique, formées qu'elles sont au cas par cas.

En Angleterre, cette origine judiciaire se conjugue avec la naissance de la monarchie anglo-normande. C'est le pouvoir royal qui a jeté les bases de l'organisation judiciaire, et imposé la jurisprudence des tribunaux royaux comme la source quasi exclusive du droit. La *common law* d'Angleterre est donc un droit issu des juridictions du pouvoir royal. Ces origines doubles, judiciaires et publiques, du droit, ont donné au droit processuel et au droit public une place de premier plan, parmi les diverses branches du droit anglais. Les règles d'administration de la justice (compétence, procédure, preuve, exécution des jugements) ont plus d'importance que les règles de fond du droit matériel.

Pourtant, entre les droits de *common law* et les droits romanistes, les éléments communs ne manquent pas. La philosophie de ces deux familles de droit s'abreuve aux mêmes sources: la morale chrétienne, d'inspiration néo-stoïcienne, les doctrines philosophiques de l'humanisme, de l'individualisme, du libéralisme. La conception des libertés publiques et privées, qui irriguent le droit public, et celle de la justice, qui inspire le droit privé, sont très proches. La hiérarchie des sources du droit se rapproche: parallèlement à l'importance croissante de la loi dans les droits de *common law*, on observe un rôle plus grand de la jurisprudence dans les pays romanistes. Ces deux familles de droit forment la grande famille des droits occidentaux.

CHAPITRE III: QUELQUES DROITS D'ASIE

L'Asie est, des cinq parties du monde, la plus étendue et la plus peuplée. Elle est le siège de civilisations très anciennes, riches et diverses: chinoise, japonaise, thaï, malaise et autres, en Extrême Orient; indienne, dans le sous-continent; musulmane (perse et arabe) au Proche-Orient. Et encore, cette liste oublie bien des civilisations, des cultures, des nations, des pays, des droits. Le caractère introductif de ce cours nous obligeant à effectuer des choix drastiques, nous nous limiterons à deux grandes traditions juridiques de l'Extrême Orient: celle de la Chine (Section I) et celle du Japon (Section II).

Section I. Le Droit Chinois

Les Chinois, comme d'ailleurs les autres peuples d'Extrême Orient, n'accordent pas au droit l'importance qu'il a dans les droits romanistes ou dans les droits de *common law*. Le droit ne joue pas, comme dans la famille romaniste, une fonction organisatrice de la société, ni même, comme dans les droits de *common law*, une mission de règlement des litiges. Son office est accessoire à celui de la philosophie, de la morale, de la tradition: c'est un recours ultime, quand l'esprit de conciliation et l'institution de la médiation n'ont pas pu apaiser le conflit, rétablir l'harmonie, assurer l'ordre. Il est donc nécessaire d'étudier d'abord la conception classique de l'ordre de la société que se font les Chinois (Paragraphe 1).

On verra ensuite que cette conception, tout en restant vivante et commune aux droits d'Extrême orient, s'est traduite dans un état particulier du droit chinois, et que ce droit est actuellement en pleine mutation, parallèlement à la transition que vivent la politique, l'économie et la société chinoises, qui se réclament toujours de l'idéologie communiste, mais pratiquent de plus en plus le capitalisme (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La conception chinoise du droit

La conception chinoise du droit emprunte encore beaucoup à la tradition (A). L'irruption de l'Occident, qui a commencé dans la deuxième partie du XIX^{ème} siècle, provoquant d'abord l'effondrement de l'empire du Milieu, puis l'établissement du communisme, n'a pas modifié cette donnée fondamentale (B).

(A) La tradition juridique

La Chine, comme les autres sociétés d'Extrême Orient, ne partage pas la croyance en un Dieu tout puissant et créateur de la Terre et des hommes, qui aurait communiqué à ses créatures ses commandements, sa Loi. L'homme doit rechercher, sans l'aide d'une loi révélée, son chemin dans la vie personnelle et dans la vie sociale. La Loi, son auteur (le législateur) et son serviteur (le juge) sont tous

vus avec défaveur. Il existe, par contre, un ordre de l'Univers, englobant le Ciel, la Terre et l'Humanité. Si le Ciel et la Terre sont régis par des lois immuables, les hommes restent maîtres de leurs actes, et il ne dépend que d'eux que, par leur conduite, règne l'harmonie ou le chaos.

L'homme doit, d'abord, respecter l'ordre de la nature, pour éviter les catastrophes naturelles: épidémies, crues et cyclones, tremblements de terre. Mais ce respect de l'ordre naturel s'impose également dans les activités humaines, y compris les activités économiques. Le *feng shui*, ou «vent et eau», est la branche de la cosmogonie chinoise qui traite de l'organisation et de l'aménagement du cadre de vie, à la maison et aussi au travail. Toute entreprise (individu ou importante société) soucieuse de maintenir l'harmonie avec le cosmos, afin d'assurer sa prospérité, a recours au *feng shui*, qui détermine l'orientation des bureaux, la circulation de l'air dans les couloirs, de l'eau entre les étages

L'homme doit, ensuite, rechercher l'harmonie avec ses semblables en développant son sentiment d'humanité. Cette démarche le conduit à s'interroger d'abord sur sa propre conduite, à identifier ses propres fautes et déficiences de caractère, de volonté, à s'accuser lui-même, non seulement de ses maux, mais aussi de ceux qui frappent les autres ... Dans cette philosophie, l'individualisme n'a pas de place. Le confucianisme, du nom du philosophe chinois Confucius (555-479 av. J.-C.) prônait le respect du père de famille, concevait l'Etat sur le modèle de la famille, prêchant la soumission aux supérieurs, et prescrivait l'accomplissement des rites. La poursuite de la vertu, la soumission à l'autorité, la recherche du consensus étaient les éléments dominants de cette philosophie. La moralité et le conformisme, inculqués par l'éducation, rejetaient les idées de droits personnels, de révolte, au profit de celles de dissolution des conflits, de conciliation, de raison et de sagesse. La persuasion, la dilution et la dissolution des conflits, par leur résorption dans l'esprit même des protagonistes, d'où tout esprit agonistique, de combat pour ses droits personnels, doit disparaître. C'est l'idéal d'une société sans droit et sans juges, sans procès et sans jugements, mais plutôt régie par la morale et le sentiment d'humanité.

L'homme doit se laisser conduire, en cas de choix, par les règles rituelles, qui lui ont été inculquées par son éducation, et il doit se laisser guider, en cas de conflit, par les conciliateurs. Dans tous les cas, il conviendra de rechercher l'harmonie ou son rétablissement, qui ne peut venir que dans le respect d'un ordre naturel hiérarchique quasi immuable. Dans une telle conception, le droit n'est que l'un des corps de règles de la vie sociale. La conciliation, la médiation, la persuasion sont plus à l'honneur que la justice des tribunaux. Les rites et les coutumes porteuses de statuts personnels différents inspirent les décisions des médiateurs, et non une loi

générale et uniforme, ignorante de la diversité et de la complexité du monde, notamment de la société.

Dans l'histoire du droit chinois, exceptionnelles sont les périodes où cette conception n'a pas régné et où le droit a pris quelque importance. Pendant la période des royaumes combattants (III^{ème} siècle avant notre ère), la Chine éclata en plusieurs royaumes. L'école des légistes prôna le gouvernement par les lois, et non par des hommes vertueux (selon le confucianisme), des lois immuables appliquées par les fonctionnaires et les juges. Cette philosophie du droit ne s'implanta pas. Le confucianisme redevint la philosophie officielle, dès 200 av. J.-C. Le droit venait bon dernier, dans la hiérarchie des règles de règlement des conflits, après le sentiment d'humanité, les rites et les coutumes, la sagesse et la raison.

Il s'établit pourtant une tradition de codification du droit par les empereurs. Le premier code chinois attesté (*Fa Jing*) remonte au VI^{ème} siècle avant notre ère. On connaît une partie du code de la dynastie des Qin (221-206 av. J.-C), qui était divisé en deux parties: la première consacrée au droit pénal, la seconde au droit administratif. Le code de 1646 (*Ta Ts'ing leu li*) comprenait 457 principes de base, complétés par près de 2000 règles complémentaires, groupées en six titres, correspondant aux six Offices de l'administration impériale. Le code était enrichi de gloses, de commentaires et d'exemples. Le droit pénal et le droit administratif dominaient à nouveau. Le code avait plus le caractère d'un manuel d'administration que d'un code moderne à l'occidentale. La Chine ne connaissait pas la distinction du pouvoir administratif et du pouvoir judiciaire, ni des affaires (et des procédures) pénales et civiles.

(B) L'irruption de l'Occident

A partir de 1839, les puissances occidentales, engagées dans le mouvement colonial, ont tenté d'imposer leur domination à l'Extrême Orient. La guerre de l'Opium, déclenchée par la saisie et la destruction, dans le port de Canton, d'un stock d'opium livré par des Anglais, s'acheva par l'occupation de Hong Kong et la signature du traité («inégal» selon les Chinois) de Nankin de 1843. Les Britanniques obligèrent l'empire du Milieu à ouvrir onze ports au commerce occidental et à reconnaître des concessions étrangères, dans lesquelles les consuls étrangers avaient juridiction sur leurs ressortissants, excluant la compétence des juridictions chinoises.

Le principe d'extraterritorialité, atteinte à la souveraineté chinoise, était présenté comme une garantie légitime donnée aux étrangers, face à l'insuffisance du droit et des institutions judiciaires de la Chine impériale. Les puissances occidentales

déclaraient que, dès que l'empire du Milieu se serait doté d'un droit et d'institutions judiciaires modernes, elles renonceraient à l'extraterritorialité. Les mêmes arguments furent utilisés au Japon, pour obtenir son ouverture au commerce international. La Thaïlande eut également à soutenir cette pression occidentale.

L'empire du Milieu, pour y faire face, et également pour répondre aux demandes de modernisation des intellectuels chinois, se lança dans la codification du droit à l'image de l'Europe. A la même époque, le Japon était engagé dans la même politique de codification et de modernisation du droit, politique d'occidentalisation pour résister à l'Occident avec ses armes. Dans les deux cas, les puissances asiatiques cherchaient à combler leur retard sur les Occidentaux: retard économique, militaire, social et juridique. Ainsi ont été promulgués en Chine un code de commerce (1903), un code pénal (1910), un code civil (1911) et préparés des projets de code de procédure pénale et de code de procédure civile.

La révolution de 1911, menée par le mouvement nationaliste, accéléra la modernisation du droit, dans le but de libérer la Chine de la tutelle de plus en plus lourde de l'Occident. Le gouvernement du Dr. Sun Yat Tsen (1866-1925) poursuivit l'œuvre de codification avec l'aide d'experts étrangers. Ainsi furent promulgués: une constitution, un code civil (1929), inspiré du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand, un code de commerce, un code pénal, un code de procédure civile et un code de procédure pénale. Ces codes, par leur forme et par leur contenu, sont proches des codes d'Europe continentale. La Chine, comme le Japon, a puisé son modèle de droit moderne dans la famille romaniste.

A partir de 1927, le général Chiang Kai Shek rompit avec les communistes, avec lesquels Sun Yat Tsen était allié, et l'état de guerre civile dura, sauf quelques interruptions, jusqu'à la prise de Pékin par les communistes, en 1949. Les codes furent appliqués (ils le sont aujourd'hui encore, avec des modifications) sur l'île de Taïwan, où Chang Kai Shek se retira. Ils furent abrogés sur le continent.

Sur le continent, la République populaire de Chine adopta des lois organiques (1949), sur le modèle soviétique, instituant une cour suprême, une *prokuratura* (ayant un double rôle: ministère public et surveillance générale), des juridictions. Des lois furent votées sur le mariage et sur la terre (1950). Une commission de codification fut établie, qui commença la rédaction de nouveaux codes. En 1954 fut adoptée une constitution, qui comportait une Déclaration des droits, dont l'article 78 garantissait l'indépendance des juges. Mais le principe de légalité (socialiste) n'arrivait pas à s'imposer²⁵². A partir de 1957, sous la dictature révolutionnaire de

252 Le principe de légalité (séparation de la politique et du droit, indépendance des juges, principe de légalité des peines, en droit pénal, principe de non rétroactivité des lois), celui de légalité devant

Mao Tsé Tung, et plus encore avec la Révolution culturelle, à partir de 1966, la politique a totalement dominé l'économie et le droit. La Chine s'est éloignée de l'Union soviétique pour mener une révolution plus radicale encore, une révolution permanente, appuyée sur le monde paysan, hostile aux intellectuels et aux techniciens.

A partir de 1977, sous l'impulsion de Deng Xiao Ping, élu vice-président du Parti communiste chinois (1977-1989), la Chine adopta une politique pragmatique, résumée par une formule du nouveau dirigeant: «Peu importe que le chat soit blanc ou noir, pourvu qu'il attrape les souris». La nouvelle direction du PCC ne remit pas en cause l'idéologie du marxisme-léninisme-maoïsme, ni le rôle dirigeant du parti communiste. Mais la Chine n'avait jamais connu le régime parlementaire, ni le multipartisme, ni la démocratie à l'occidentale.

La nouvelle équipe dirigeante ne remit pas en cause la collectivisation de l'économie. Mais l'échec économique de la politique de la lutte des classes et de la révolution permanente appelait une nouvelle orientation et des réformes: modernisation des quatre secteurs fondamentaux (agriculture, industrie, défense, sciences et technologie), incitation aux investissements étrangers, recours aux transferts de technologie étrangère, et aussi développement de l'enseignement (du primaire au supérieur). Cette politique de modernisation et d'ouverture économique demandait une nouvelle politique juridique.

Paragraphe 2. Le droit chinois contemporain

Pour attirer les investisseurs étrangers, le droit a été remis à l'honneur, et la sécurité juridique est devenue un argument pour les encourager à opérer des transferts de capitaux et de technologies. La législation, réduite d'ailleurs à peu de chose avant 1980, a été développée, notamment en droit public (A), en droit civil (B), en droit économique (C) et en droit international (D).

(A) Le droit public

Le *droit constitutionnel* est dominé par la constitution de 1982, amendée plusieurs fois depuis son adoption, qui énonce en premier lieu ses Quatre grands principes: la voie socialiste, la dictature démocratique populaire, le rôle dirigeant du parti communiste chinois, le marxisme-léninisme et la pensée de Mao Tsé Tung. La constitution affirme le droit des citoyens à la liberté de conscience, d'opinion, d'expression, de réunion, de manifestation, de candidature, de vote ...

la loi et le droit lui-même (notamment son formalisme) font l'objet de campagnes hostiles dans la presse officielle.

Le 15^{ème} congrès du parti communiste chinois, en 1997, adopte le principe révolutionnaire²⁵³ «gouverner le pays par la loi», et dresse un programme d'adoption d'une législation complète, dont le terme est fixé à dix années. La réforme constitutionnelle de 1999 introduit donc le principe de l'Etat de droit ou du règne du droit (*rule of law*). Le nouvel article 5 édicte: «La République populaire de Chine gouverne le pays en conformité avec la loi et construit un pays socialiste gouverné par la loi.»

La constitution a fixé les compétences des diverses institutions nationales. L'assemblée nationale populaire, organe suprême de l'Etat, vote les lois fondamentales, réunie en congrès, une fois par an, et son comité permanent vote les lois ordinaires²⁵⁴. Le gouvernement central est confié au Conseil des affaires d'Etat, qui exerce le pouvoir réglementaire. Le président de la République promulgue les lois.

La cour suprême joue un rôle encore modeste. Elle n'exerce pas de contrôle de la constitutionnalité des lois. L'assemblée nationale populaire juge de la constitutionnalité des lois ordinaires (adoptées par son comité permanent), et de leur légalité par rapport à ses propres lois organiques. Dans sa mission de révision des procès, la cour suprême a une fonction d'unification du droit, qu'elle remplit de plusieurs façons. D'abord, elle interprète la loi, dans l'examen des recours dont elle est saisie. Ensuite, elle peut émettre des circulaires explicatives ou interprétatives, pour régler les difficultés ou combler des lacunes. Ensuite, elle publie, dans son Journal, les décisions qu'elle approuve, leur conférant l'autorité de jurisprudence. Il est question de renforcer son rôle d'unification du droit et de contrôle de la constitutionnalité. La cour est formée de chambres spécialisées (civiles, pénales, économiques, administratives).

Le *droit judiciaire*, en particulier l'organisation judiciaire, se structure rapidement. La loi organique de 1979 a recréé un système d'institutions judiciaires avec quatre degrés de juridiction, mais un seul ordre judiciaire. Les professions juridiques se développent. Des universités, des facultés de droit se créent. Les diplômés en droit (master et doctorat) peuvent devenir avocats, et fonder des cabinets coopératifs privés. Le nombre des avocats grandit rapidement. Le recours

253 Révolutionnaire, tant au regard de la tradition confucéenne de mépris pour le droit, que des conceptions maoïstes de la primauté du politique, de la lutte des classes, de la révolution permanente.

254 A l'époque de Mao Tsé Tung, le congrès ratifiait les purges et les envois en masse en camps de travail, décidés par sa commission permanente, composée des membres du bureau politique du PCC. Aujourd'hui, le congrès ratifie les lois sur les *joint-ventures* et, plus généralement, le droit économique, fixé par des lois votées par son comité permanent.

aux tribunaux tend à se répandre, au rebours d'une tradition plurimillénaire de mépris pour le droit et pour les juges.

Le *droit pénal* est l'objet d'un code pénal, entré en vigueur en 1980, profondément révisé en 1997, qui compte 452 articles. Le but du droit pénal est de sauvegarder la sécurité de l'Etat et de défendre le régime, de protéger la propriété sous toutes ses formes (publique, collective, privée) ainsi que les droits des citoyens (en leur personne), de maintenir l'ordre (social, économique). Les délits et les crimes sont punis, de la simple surveillance à la peine de mort. La Chine continue à condamner à mort et à faire exécuter les sentences de mort. La prison, comme le «mur» du droit canonique, est conçue comme le lieu de la réforme et de l'éducation du délinquant.

Le droit pénal chinois a maintenant intégré le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*), et l'abandon du raisonnement par analogie, en matière pénale, très dangereux pour les inculpés. Il a également adopté le principe de l'égalité entre les justiciables, et celui de la proportionnalité des peines aux infractions.

La procédure pénale a son siège dans un code de 1979, profondément révisé en 1996. De l'une à l'autre version, le code a amélioré les droits de la défense. La présomption d'innocence a été introduite discrètement: nul ne peut plus être reconnu coupable qu'en vertu d'un jugement prononcé par un juge selon la loi²⁵⁵. L'avocat peut maintenant rapidement rencontrer son client et avoir communication de son dossier.

(B) Le droit civil et la procédure civile

Le *droit civil* est dominé par «Les Principes généraux du droit civil» adoptés en 1986. Les *Principes* forment une sorte de code civil, composé de 156 articles, incomplet, car il y manque une bonne partie du droit des biens (propriété et ses démembrements, servitudes) et du droit des obligations (accord de volonté).

Après un chapitre consacré aux principes fondamentaux, qui a donné son titre à l'ouvrage, les *Principes* traitent des sujets de droits (chapitre II consacré aux personnes physiques, et chapitre III dédié aux personnes morales), des sources des droits civils (chapitres IV sur les actes juridiques, V sur les droits civils, et VI sur la responsabilité civile) et de questions diverses (Chapitre VII sur la prescription des actions en justice, VIII sur l'application des lois dans les affaires civiles avec l'étranger, et IX sur des dispositions supplémentaires). Le code est donc fondé sur

255 Art 12.

les notions et les grandes divisions romanistes de sujet de droit, d'objet de droit, d'actions de droit. Les droits civils sont répartis en une division quadripartite: droit de propriété, droit des obligations, droits de propriété intellectuelle, droit de la personne.

Le droit de la famille avait fait l'objet d'une loi de 1980, remplaçant la loi de 1950, adoptée au tout début du régime communiste. Cette loi a été profondément modifiée en 2001. Une loi sur les successions a été promulguée en 1985, et une loi sur l'adoption en 1991. Toutes les deux ont été modifiées depuis.

La *procédure civile* a fait l'objet d'une loi de 1986, remplacée par une loi de 1991, formée de 205 articles, divisée en cinq livres. Le livre Ier est consacré aux dispositions générales: compétence, organisation des juridictions, récusation, parties, preuves, délais, frais. Les livres II et III traitent respectivement de la procédure en première et en deuxième instance. Le livre IV règle les voies d'exécution des jugements. Et le titre V, consacré aux dispositions particulières touchant la procédure en matière de droit international privé, comprend un chapitre sur le droit de l'arbitrage.

Au fur et à mesure des révisions de la constitution et de l'adoption d'un corps de plus en plus complet de législation, le dogme maoïste s'efface. En particulier, l'économie privée (dite «non publique») est de plus en plus reconnue officiellement, alors que sa part dans la production du pays est aujourd'hui bien supérieure à celle des entreprises publiques. Un droit économique se construit.

(C) Le droit économique

La politique économique a abandonné le principe de l'économie planifiée sur le modèle soviétique. Elle s'inspire maintenant du principe de l'économie de marché socialiste, dans laquelle l'économie non publique tient une part importante. L'arrivée souhaitée des acteurs étrangers, porteurs de capitaux, de brevets, de marques, a nécessité l'adoption de lois, maintenant partiellement codifiées, en matière de *joint-ventures* étrangères, de contrats économiques, de droits de propriété intellectuelle.

La loi sur les entreprises mixtes à capitaux chinois et étrangers (dite «loi sur les *joint-ventures*»), adoptée en 1979, peut être considérée comme un tournant dans l'histoire du droit chinois. Elle a donné le signal de l'ouverture du pays aux investisseurs étrangers. Elle a été complétée par la loi sur les capitaux étrangers, de 1986, par la loi sur les entreprises de coopération sino-étrangère, de 1988, par la loi sur la concurrence déloyale, de 1993. Ces trois lois ont été révisées.

La loi sur les contrats économiques a été promulguée en 1982; la loi sur les contrats commerciaux concernant l'étranger l'a été en 1985, et la loi sur les contrats de technologie en 1987. En 1999, ces trois lois ont été révisées et codifiées. Leurs quelque 430 articles en font un véritable code des contrats commerciaux.

Le droit de la propriété intellectuelle constitue une troisième branche du droit économique chinois. Il couvre le droit des marques (1982), le droit des brevets d'invention (1994), les droits d'auteur (1990).

L'économie de marché socialiste reconnaît diverses formes d'entreprises: entreprises publiques, entreprises privées (*joint-ventures*), entreprises coopératives, entreprises individuelles. La Chine connaît donc maintenant un secteur public, un secteur privé, un tiers secteur d'entreprises coopératives, sans compter les entrepreneurs individuels. En matière d'entreprises (formes et titres émis), d'effets de commerce, de difficultés des entreprises, une immense œuvre de législation a été entreprise: loi sur la faillite (1986), loi sur le commerce maritime (1992), loi sur les sociétés (1993), loi sur les suretés (1995), loi sur les banques commerciales (1995), loi sur les banques populaires (1996), loi sur les assurances (1996), loi sur les *partnerships* (1997), loi sur les titres, actions et obligations (1998), loi sur l'entreprise individuelle (1999), et d'autres encore.

(D) Le droit international

La Chine est l'une des quatre puissances économiques émergentes, les quatre BRICs (Brésil, Russie, Inde, Chine). Elle est devenue la deuxième puissance économique mondiale et, si son taux de croissance demeure proche de 10% l'an, elle sera bientôt la première. Cette progression est due notamment à son intégration dans les circuits de l'économie mondiale.

La Chine a adhéré aux plus importantes conventions internationales en matière économique, et elle est devenue membre des institutions économiques internationales. Elle a signé la convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, la convention de Washington de 1965 sur la protection des investissements étrangers, dite «convention CIRDI» (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements), la convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises. Après 15 ans de négociations (1986-2001), elle est devenue membre de l'organisation mondiale du commerce.

Ce résultat a été obtenu grâce à la politique juridique nouvelle menée avec constance par les dirigeants chinois, à partir de Deng Xiao Ping, depuis 1977. L'adoption de la nouvelle constitution, proclamant le principe de légalité et du règne du droit («gouverner le pays par la loi») a constitué la première étape.

L'adoption d'une législation complète couvrant le droit public (constitutionnel, administratif, pénal, judiciaire), le droit civil (personnes, obligations), le droit économique (sociétés, contrats) a donné au gouvernement chinois l'argument déterminant que son système juridique est maintenant conforme aux grands principes juridiques généralement reconnus et, en particulier, aux règles du commerce international.

Aujourd'hui, le territoire de la Chine connaît une diversité de droits, tous ayant subi une influence, parfois légère, parfois profonde, de droits étrangers. A Taïwan, les codes établis sous le gouvernement nationaliste, notamment un code civil empreint d'influence germanique, sont toujours en vigueur.

Sur le continent, en République populaire, la région administrative spéciale de Hong Kong et celle de Macao jouissent, chacune, d'une loi fondamentale ayant valeur constitutionnelle, et d'un système juridique et judiciaire indépendant, avec une cour suprême. Le droit de la région administrative spéciale de Hong Kong, formé essentiellement des lois adoptées sous le régime britannique, est un droit de *common law*. Le droit de la région administrative spéciale de Macao, formé de lois adoptées sous le régime portugais, est un droit romaniste. De plus, les zones économiques spéciales et les zones spéciales de développement sont régies par des lois particulières offrant des conditions favorables aux investisseurs étrangers associés dans des *joint-ventures*, selon les règles du commerce international.

Et nous avons vu, notamment en étudiant les Principes de droit civil chinois, la présence d'une influence romaniste. On retrouve cette influence romaniste et, accessoirement, de *common law*, dans l'étude du droit japonais.

Section II. Le Droit Japonais

L'un des traits caractéristiques de la culture juridique japonaise est son ouverture au comparatisme. Cette tradition remonte bien au-delà de l'ère Meiji. Elle est née quand le Japon est entré dans la période historique avec l'aide, déjà, d'une culture étrangère, la culture chinoise (Paragraphe 1). La deuxième période de l'histoire du droit japonais s'ouvre avec une deuxième réception massive de droits étrangers, à la fin du XIX^{ème} siècle (Paragraphe 2) dans une société où, il faut le reconnaître, le droit ne joue qu'un rôle secondaire.

Paragraphe 1. Le droit japonais jusqu'à l'ère Meiji (1867)

La période de l'influence chinoise sur le Japon commence à l'époque Hakuho et se poursuit pendant le siècle de Nara, du milieu du VII^{ème} à la fin du VIII^{ème} siècle de notre ère (645-794).

De 645 à 701, trois empereurs du Japon ont promulgué des codes de lois désignés collectivement par l'expression *Ritsu ryo* («Peines et exhortations»), comportant des règles répressives et des règlements administratifs: l'édit de Taishi Shotoku (604), le Grand édit de Taika (646), le Code de Taiho (701). Ces codes sont imprégnés de culture chinoise. Ils sont rédigés en caractères chinois, adaptés à des institutions imitées du modèle chinois: une monarchie absolue disposant d'une bureaucratie hiérarchisée. Sur le modèle chinois de l'administration mandarinale, une école de droit avait été instituée et fonctionnait sous l'autorité du ministre des examens et de la formation des fonctionnaires.

Ces codes sont imprégnés de bouddhisme et de confucianisme. Les *Ritsu ryo* présentent un caractère moral marqué: ces règles de sanction et de conseil et d'exhortation, qui forment les cadres d'un droit pénal et d'un droit administratif, ont aussi pour finalité l'éducation des sujets de l'empereur, leur progression vers la connaissance et vers la sagesse. Le droit pénal, les règlements administratifs et la morale sont les trois outils de la bureaucratie impériale.

A partir du X^{ème} siècle, des clans à caractère féodal enlevèrent aux empereurs leurs pouvoirs politiques et militaires. Avec le clan Fujiwara (894-1185), le pouvoir passa progressivement *de facto* à une oligarchie économique et militaire de princes, qui étaient liés par des alliances matrimoniales à la famille impériale. Ces princes furent les promoteurs d'une culture nationale japonaise. Ils suscitérent la création des syllabaires *hiragana* et *katakana*, et ils encouragèrent le développement d'une littérature japonaise, dont le premier monument (le *Genji monogatari*) fut l'œuvre de la princesse Murasaki Shikibuko, dame de cour de l'impératrice (X^{ème}-XI^{ème} siècles). La sinisation de la société japonaise fut stoppée et une culture nationale se développa.

De 1192 à 1858, pendant sept siècles, le Japon vécut sous le *Bakufu* ou «Gouvernement sous la tente». C'était un gouvernement militaire dirigé par un généralissime, le *shogun*, qui s'installa à Edo (Tokyo). Le *bakufu* se substitua au gouvernement impérial. L'empereur, à Kyoto, ne gardait que des pouvoirs limités. Il exerçait surtout des fonctions religieuses. Il légiférait aussi en enrichissant les *Ritsu ryo*.

Dans l'esprit de la religion traditionnelle, la législation impériale gardait un caractère moral et très général. Elle était limitée et complétée par les règlements administratifs pris par le *shogun*. L'opinion des juristes autorisés constituait une autre source du droit et prenait la forme de réponses aux questions de l'administration du *shogun* sur l'interprétation à donner aux *Ritsu ryo*. Un autre trait intéressant du travail des juristes japonais réside dans l'intérêt qu'ils portaient au droit comparé. Dès l'époque du shogunat, les juristes consacrent des

ouvrages à la comparaison du droit japonais avec le droit chinois. Ils étaient bien conscients que le droit japonais avait puisé ses premiers emprunts, et même ses bases, dans le droit chinois. Très tôt, les juristes japonais ont manifesté de l'intérêt pour le droit comparé.

Au milieu du XIX^{ème} siècle, en 1853, une lettre du président des Etats-Unis, Millard Fillmore, adressée à l'empereur du Japon et portée par le commodore Perry, chef d'une flottille militaire, demandait au Japon d'abandonner sa politique de fermeture du pays (*sakoku*), et d'ouvrir ses ports au commerce occidental. Le gouvernement militaire du *shogun* fut contraint, après plusieurs années de pression étrangère, d'accepter cette ouverture, et de conclure des traités de commerce avec les puissances occidentales et centrales: les Etats-Unis, l'Angleterre, la France, la Russie, la Hollande, la Prusse, l'Autriche, à partir de 1858.

Mais, dans son inexpérience des négociations économiques, le Japon avait accepté des conditions défavorables: extraterritorialité, juridictions consulaires, tarifs douaniers différenciés. Ces *traités inégaux*, causes de difficultés économiques, firent naître des troubles et une opposition croissante, et le gouvernement du *shogun* fut finalement vaincu par les partisans de l'empereur. A la fin de 1867, le *shogun* Tokugawa remit ses pouvoirs à l'empereur. Ouvert à l'Occident, le Japon devait moderniser son économie, ses institutions, sa société, son droit. Le Japon s'est alors mis à l'école de l'Occident: il s'est ouvert à l'influence occidentale, afin de rattraper son retard économique et technologique. L'ère Meiji²⁵⁶ du gouvernement éclairé, qui s'ouvrit en 1868, fut un succès remarquable. Le capitalisme se développa à une vitesse fulgurante. Quelques années plus tard, le Japon partait à la conquête militaire de la Chine.

*Paragraphe 2. Le droit japonais depuis l'ère du gouvernement éclairé*²⁵⁷

Le Japon devait certes combler un vide, car le système juridique du shogunat s'était effondré avec la Révolution féodale de 1867 et la Restauration impériale de 1868. Le droit japonais privé était également fort archaïque. De plus

256 *Meiji* ou «Gouvernement éclairé» est le nom donné, après sa mort, à l'empereur Mutsu Hito, qui régna de 1867 à 1912. Fondateur du Japon moderne, Mutsu Hito permit l'introduction des idées et des techniques occidentales au Japon, encouragea le développement économique du pays, suscita l'adoption d'une constitution moderne, lança le Japon dans la conquête d'un empire (intervention militaire à Formose dès 1874). Il gagna la guerre sino-japonaise (1894-1895), puis la guerre russo-japonaise (1904-1905).

257 Sur le Droit japonais en général, voir Merryl Dean *Japanese Legal System* (2^{ème} éd, Londres, 2002) J-H Moitry *Le Droit japonais* (Paris, 1988) et Y Noda *Introduction au droit japonais* (Paris, 1966). Sur l'état du droit japonais à l'ouverture de l'ère Meiji, lire, de John Henry Wigmore *Materials for the Study of Private Law in Old Japan* (1892, réédité en 2009).

l'euro péanisation du droit était un élément de la modernisation du pays. Enfin les pays occidentaux faisaient de cette modernisation la condition de la renégociation des traités inégaux conclus par le *shogun*²⁵⁸.

En matière juridique, l'ère Meiji s'est traduite par une réception, massive dans son contenu, et limitée dans sa portée, des droits occidentaux. Après avoir fait un choix entre le droit anglais et le droit français (A), le gouvernement japonais confia à des experts français la mission de préparer des projets de code (B). L'influence française fut bientôt contrebalancée, puis supplantée, par l'influence allemande (C). Ces deux droits romanistes ont consolidé leur influence jusqu'à la Deuxième guerre mondiale (D) et même au-delà. Après la Deuxième guerre mondiale, l'influence anglo-américaine s'est ajoutée à ces influences romanistes sans les effacer (E). Aussi le droit japonais contemporain reflète-t-il des apports très variés²⁵⁹.

(A) La concurrence entre l'influence anglaise et l'influence française (1858-1869)²

Les droits anglais et français étaient ceux des deux puissances économiques dominantes de l'époque. Car les années 1850 et 1860 furent, pour les Etats-Unis, le temps des préparatifs, du déroulement et des séquelles, de la guerre de Sécession et, pour l'Allemagne, celui de l'unification. Par ailleurs, les Japonais étaient alors très intéressés par la pensée des philosophes utilitaristes et libéraux anglais (J.S. Mill et J. Bentham notamment), et par celle des libéraux français (Montesquieu et Tocqueville), pour des raisons politiques: les débuts de l'ère Meiji furent occupés par le choix non seulement d'un nouveau droit²⁶⁰, mais aussi de nouvelles institutions politiques²⁶¹. Le droit anglais était alors enseigné à Tokyo dans des écoles privées.

Dans la période qui a vu la fin du régime du shogunat des princes Tokugawa (1853-1868) et les tout débuts de l'ère Meiji (1867-1869), le Japon ne choisit pas la *common law*, droit du pays économiquement le plus avancé, mais le droit français, droit de son *challenger*. Le motif de ce choix nous est indiqué par Yosiyuki Nora: «Le système de la *common law* était trop compliqué pour que le Japon pût l'imiter dans un court délai, tandis que la France possédait cinq codes napoléoniens, dont la

258 Les traités inégaux de 1858 furent effectivement révisés l'année même de la promulgation du dernier des codes japonais, le code de commerce, en 1899.

259 Voir, en particulier pour le droit civil, de Zentaro Kitagawa, *Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan*, Francfort-sur-le-Main et Berlin, 1970.

260 Paul H Chen *The Formation of the Early Meiji Legal Order* (Oxford, 1981).

261 Voir infra, p 191.

qualité avait incité beaucoup de pays à les copier, pour servir de base à la modernisation de leur économie»²⁶². Dans la compétition entre le droit de la société la plus avancée et son second, l'Angleterre et la France, le premier critère considéré, critère négatif justifiant l'élimination du droit anglais, fut la complexité du système de la *common law*. La complication technique de ce système juridique susciterait des difficultés de compréhension, qui ne manqueraient pas de former des obstacles à son acclimatation rapide au Japon. Sa réception serait difficile et risquée.

Cet argument s'appuie sur la complexité du droit anglais: droit de juges et de praticiens, le droit anglais est un droit de professionnels formés par une longue expérience. C'est aussi un droit très lourdement marqué par l'histoire. La règle du *stare decisis* impose de rattacher tout jugement à un précédent. La compréhension de la jurisprudence exige parfois de consulter des arrêts remontant à des siècles. Le droit public, en particulier le droit constitutionnel, est largement de source coutumière. Le droit anglais est incompréhensible, dans ses méthodes²⁶³, dans ses sources et dans sa matière²⁶⁴, si l'on n'a pas une culture juridique, si l'on ne dispose pas de connaissances en histoire du droit. Il aurait fallu au Japon des années, si ce n'est des décennies, pour former des juristes et des juges à la *common law*.

Le critère positif justifiant le choix du droit français sonnait fort à des oreilles japonaises, dans le contexte de la marche accélérée au modernisme dans laquelle s'était engagé le Japon. La clarté, la qualité et la complétude des cinq codes napoléoniens avaient rendu de grands services à des pays qui voulaient moderniser leur économie. Quels étaient ces modèles, auxquels le gouvernement japonais pensait, dont l'expérience commune en faveur du droit français était une garantie, à ses yeux, de modernité et de modernisation?

On peut émettre plusieurs hypothèses: la Hollande, qui avait été longtemps le premier partenaire commercial du Japon, les principautés allemandes, l'Italie, qui avait tous reçu les codes napoléoniens d'autorité; peut-être aussi le Brésil, qui

262 «La réception du droit français au Japon», *Revue internationale de droit comparé*, 1963, n°3, p 546, cité ci-après «La réception ...» Voir aussi J Robert, *Introduction au Colloque Boissonade et la réception du droit français au Japon*, organisé par l'Université Paris II (Panthéon-Assas) et la Maison du Japon, à l'occasion du centenaire de la promulgation du premier code civil japonais (1890-1990). Les actes de ce colloque, qui ont été publiés à la *Revue internationale de droit comparé* (1991, n° 2), contiennent une introduction de J Robert, des contributions de G Antonetti, J-L. Sourieux, Y. Okubo, E. Hoshino, notamment, et une conclusion du doyen Carbonnier, pleine d'humour, comme à l'habitude.

263 En particulier la méthode historico-analytique.

264 En particulier le droit de la propriété.

entretenait déjà des liens étroits avec le Japon, et où les codes napoléoniens étaient connus et vantés ... L'argument de la clarté, qui renvoie à la qualité littéraire des codes²⁶⁵, renferme celui de la précision et de brièveté. Il s'y ajoute celui la complétude des codes, qui couvrent toute la matière civile, commerciale, pénale et processuelle. Enfin, ces codes étaient alors marqués de progressisme: ils étaient encore récents et véhiculaient l'idée de progrès, par rapport à l'état de la société japonaise, toujours empreinte de féodalité.

C'étaient des arguments très forts en faveur du droit français, envisagé dans sa forme et son contenu, dans le contexte d'une imitation, d'une compréhension et d'une application, aussi rapides que possible, d'un droit étranger. Le système juridique français était certes bien plus facile à imiter que la *common law*²⁶⁶. Le droit français et ses experts, Bousquet, Appert et Boissonade, qui assureraient la formation des avocats, des juges, des étudiants, offraient un système juridique clés en mains. Les origines de l'intérêt japonais pour le droit français remontent plus haut, à la période de transition ouverte par l'intervention du commodore Perry (1853), poursuivie par les traités inégaux (1858) et achevée par la Révolution féodale de 1867 et la Restauration impériale de 1868. Pendant cette période, les *shoguns*, poussés par des esprits clairvoyants, tentaient une ouverture vers l'Occident. Peut-être l'exposition universelle de Paris de 1867 a-t-elle joué un rôle dans le choix entre les deux droits.

(B) Le temps de la prépondérance française (1869-1880)

Le ministre de la justice du gouvernement impérial, S. Eto, demanda à un professeur de l'Institut des sciences occidentales²⁶⁷, R. Mitsukuri, de traduire l'ensemble des codes napoléoniens au plus vite. Mitsukuri acheva la traduction des cinq codes (code criminel, code civil, code de commerce, codes de procédure) en cinq ans, de 1869 à 1874. Dès l'achèvement de leur traduction, ces codes furent transmis aux juridictions impériales, qui s'en inspirèrent immédiatement, sans qu'ils aient reçu une sanction officielle, à titre de principes généraux du droit²⁶⁸. Le code

265 Cette qualité a été, on le sait, vantée par Stendhal.

266 L'argument était-il sincère ou destiné à divertir l'attention, ou encore à sauver la face des promoteurs de la *common law*?

267 Un institut créé par le *shogun*, dans la perspective de l'ouverture à l'Occident, où l'on étudiait les langues occidentales et toutes choses occidentales.

268 Y. Nora, «La réception ...», p 547. Voir, du même, «Boissonade, comparatiste ignoré» *Problèmes contemporains de droit comparé*, t. II, Institut japonais de droit comparé, Université Chuo, Tokyo, 1962, cité ci-après «Boissonade ...», p 237 n 1. Ces deux articles ont été des sources de documentation et d'inspiration précieuses.

civil et le code de commerce fournissaient les solutions matérielles du droit privé, et le code de procédure civile celles de la procédure civile²⁶⁹.

Le ministre de la justice Eto aurait voulu promulguer le code civil traduit en japonais, tel quel, sans adaptation²⁷⁰. Mais il se heurta à une impossibilité. S. Eto institua alors une commission de rédaction d'un code civil. Sous sa présidence²⁷¹, jusqu'en 1873, puis sous celle de son successeur, T. Oki, la commission élabora un projet de code civil, qui suivait fidèlement le code Napoléon, dans son plan en trois livres, et dans son contenu en 1820 articles. Jugé encore un imitateur trop servile de son modèle, le projet, achevé en 1878, fut écarté.

Dès la période de traduction des codes par Mitsukuri, le gouvernement japonais décida d'appeler à Tokyo des experts du droit français. En 1872, alors que Paris dissipait les souvenirs brûlants de la Commune, il fit appel à un avocat parisien, Georges Bousquet. Bousquet resta quatre ans au Japon comme conseiller-légiste. Bousquet participa aux travaux de rédaction du projet de code civil. Il prodigua une formation professionnelle aux juristes et aux juges. Il assurait cette formation au sein d'une école spéciale de droit français, instituée auprès de ministère de la justice²⁷². Le gouvernement japonais fit aussi appel à un autre expert, Georges Appert, qui a présenté son point de vue sur l'expérience de ces années dans un article paru au *Clunet* en 1896²⁷³.

Le gouvernement japonais, par son ambassadeur à Paris, avait contacté la faculté de droit de Paris, qui l'avait mise en relation avec l'un de ses professeurs agrégés,²⁷⁴ Gustave Boissonade²⁷⁵. L'ambassadeur japonais à Paris, Sameshima,

269 G Boissonade, *Projet de code civil de l'Empire du Japon*, t I, 1882, Préface, pp III et seq.

270 Boissonade compare la découverte des codes de Napoléon, par les Japonais, à la redécouverte de la codification de Justinien, à Pise puis, à Bologne, par les glossateurs médiévaux, in Y Nora «Boissonade ...», p 237 n.1.

271 Le ministre de la justice Eto fut condamné à mort et exécuté, en 1874, pour sédition contre le gouvernement impérial.

272 Le rattachement de l'école spéciale de droit français au ministère de la justice, demandé par Bousquet, en 1872, était la garantie de l'influence et du pouvoir. Cette école devint, en 1885, un département de la faculté de droit de l'université de Tokyo. Il y avait déjà, depuis 1874, un département de droit anglais, où enseignèrent des Anglais et des Américains. Un département de droit allemand fut créé, au sein de la même faculté, en 1887.

273 «De l'influence des lois françaises au Japon» *Clunet – Journal du droit international privé*, n°23, 1896. p 521

274 Boissonade avait été reçu au concours de 1864. Il enseigna d'abord à Grenoble, puis à Paris. A la faculté de droit de Paris, il remplaçait parfois E. Ortolan, son maître, dans son cours de Législation pénale comparée. Boissonade n'obtint pas de prendre la succession d'Ortolan dans cette chaire. Il est probable que c'est la déception qu'il en ressentit qui l'amena à accepter l'offre du gouvernement japonais. C'est Charles Giraud, ministre de l'instruction publique pendant

avait invité le Pr. Boissonade à faire des conférences de droit constitutionnel et de droit criminel²⁷⁶ à une délégation du ministère de la justice japonais²⁷⁷. En 1873, le gouvernement impérial adressa une invitation officielle au professeur Gustave Boissonade, qui serait recruté pour trois ans, comme conseiller-légiste du gouvernement impérial, avec mission de perfectionner le système juridique japonais²⁷⁸. Avec Boissonade, le gouvernement japonais recrutait non seulement un juriste brillant, mais aussi un pionnier du droit comparé²⁷⁹. Boissonade renouvela plusieurs fois son contrat et il resta plus de vingt ans au Japon, y jouant les rôles d'expert juridique, de professeur de droit²⁸⁰, de conseiller politique²⁸¹.

De 1873 à 1877, Boissonade rédigea des projets de code pénal et de code d'instruction criminelle. Le droit pénal était une spécialité de Boissonade et,

quelques mois, en 1851, puis professeur à la faculté de droit de Paris, qui mit Boissonade en relation avec l'ambassadeur du Japon.

275 Sur Gustave Boissonade (1825-1910), voir la notice, rédigée par N Hakim du *Dictionnaire historique des juristes français* (Paris, 2007), pp 100 et 101. Fils d'un professeur de littérature grecque au Collège de France, Boissonade s'intéressa à l'histoire du droit, au droit civil comparé et à l'économie. Il combinait les trois intérêts, historique, comparatif et économique. Il publia, dans la Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère, un article intitulé «La réserve héréditaire dans l'Inde ancienne et moderne» (1870). Dans la même Revue, il publia un article intitulé «Législation comparée des droits du conjoint survivant» (1873, pp 261 et seq), avec une édition séparée sous le titre d'«Histoire des droits de l'époux survivant» (1874). La *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*, fut, au début de 1870, une création d'Edouard de Laboulaye, le fondateur de la société de législation comparée, en 1869. Gustave Boissonade fut l'un des fondateurs de la Revue, un membre de son comité de direction, l'un de ses collaborateurs, avant son départ pour le Japon. Il partageait avec Laboulaye, outre des intérêts scientifiques (le droit, l'économie, l'histoire, l'étranger) une philosophie du droit inspirée de libéralisme et de christianisme.

276 Le choix de ces deux matières était dicté par les priorités du gouvernement japonais en matière de législation.

277 La délégation était composée de sept membres. Cette mission d'étude était probablement le comité de recrutement des experts juridiques français.

278 Sa mission consisterait à «aider à la confection des lois et autres travaux réglementaires et consultatifs, comme légiste au service du gouvernement japonais».

279 Voir supra.

280 Esprit éclectique, Boissonade a apparemment enseigné, dans sa carrière française et japonaise, le droit romain, le droit pénal et l'économie politique. Il appréciait la pensée d'Adam Smith. Ses études de droit civil montre son intérêt pour l'économie. Il intitula son travail sur la réserve «Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique». Il s'intéressait à l'utilité économique du droit («L'économie politique et la jeunesse des écoles», au *Journal des économistes*, 1872). Il écrivit la même année une étude intitulée «La Fontaine économiste». Il se serait intéressé à *Law and Economics*.

281 Il fut consulté lors des crises diplomatiques (Formose, 1874) et lors de la renégociation des traités inégaux.

semble-t-il, la priorité du gouvernement impérial. Il faut dire que le Japon connaissait encore le duel comme moyen de reddition de la Justice et la torture comme moyen d'instruction. La procédure pénale était quasi inexistante, et la procédure civile sommaire: il n'y avait quasiment pas de droits de la défense²⁸².

(1) Le code pénal (1873-1882)

Le projet de code pénal marquait de réels progrès vers la modernisation du droit. Il énonçait et appliquait le grand principe de la légalité des délits et des peines: *nullum crimen, nulla poena, sine lege*²⁸³. Il introduisait également le principe de l'égalité devant la loi, principe révolutionnaire dans la société japonaise très hiérarchisée. Il adoptait le principe de la responsabilité personnelle, substituant la responsabilité individuelle à la responsabilité collective²⁸⁴. Le principe de *mens rea*, de l'intention personnelle coupable, s'est fermement établi dans la conscience juridique japonaise, marquée de morale. En matière pénale, plus qu'à la responsabilité pour négligence, le projet s'opposait à la reconnaissance d'une responsabilité objective.

Le projet établissait encore le classement des infractions en crimes, délits et contraventions, ainsi que des peines fixes et publiques, et non plus laissées à l'*arbitrium iudicis*, arbitraires et gardées secrètes par le juge, comme auparavant. Toutefois, le gouvernement se réservait la possibilité de réglementer en matière de libertés publiques²⁸⁵. Le code pénal fut une vraie révolution juridique: il est qualifié par M. Dean et d'autres d'*epoch making*²⁸⁶. Et M Henderson a écrit, au sujet du code pénal et du code d'instruction criminelle:

These two codes became a great watershed²⁸⁷ in Japanese law, marking the end of massive Chinese influence in Japanese law²⁸⁸.

282 J-H Moitry *Le Droit japonais* (Paris, 1998).

283 L'article 2 du projet disposait: «Nulle action ou omission ne peut être punie, si ce n'est en vertu d'une disposition expresse de la loi». Et l'article 3: «La loi pénale n'a pas d'effet rétroactif».

284 *Actus non facit reum, nisi mens sit rea*: L'acte ne fait pas le coupable, si l'intention n'est pas coupable.

285 Le gouvernement se réservait la faculté de régler par ordonnance les réunions publiques, l'activité de la presse, la censure, la diffamation. Plusieurs lois sur la préservation de la paix établirent des infractions lourdement punies, qui limitaient drastiquement les libertés publiques.

286 Op cit, p 64.

287 *A watershed*, une ondée, un grand lessivage, une ligne de partage des eaux, un tournant.

288 Cité in M. Dean, op cit, p 64, n 48.

Le code pénal fut salué, au Japon et à l'étranger, comme un progrès, un tournant, un moment décisif de la conversion du Japon à l'occidentalisation.

(2) Le code d'instruction criminelle (1873-1882)

Le projet de code d'instruction criminelle proposait un système calqué sur le code d'instruction criminelle (français) de 1808 et sur la loi révolutionnaire (*id.*) d'août 1790: un système de recherche des preuves semi-inquisitoire et le jury populaire de jugement²⁸⁹. Boissonade ajouta la liberté conditionnelle, qui ne figurait pas dans le code d'instruction criminelle de 1808. Le projet fut modifié par le Sénat²⁹⁰, qui supprima notamment le jury populaire au profit de juges de l'Etat.

Les deux projets Boissonade furent promulgués en 1880. Ces deux premiers codes modernes entrèrent en vigueur en 1882. Pour aider à leur application par les juges, à leur réception, Boissonade publia un «Projet de code de procédure criminelle pour l'Empire du Japon, avec commentaire»²⁹¹, et un «Projet révisé de code pénal pour l'Empire du Japon, avec commentaire»²⁹².

(C) La concurrence entre les influences française, anglaise et allemande, et la prépondérance allemande (1880-1900)

Le code d'instruction criminelle rencontra les critiques de l'école anglaise. L'ambassadeur britannique, Harry Parkes, affirmait que les étrangers résidant au Japon était majoritairement anglo-saxons, et que la France n'était pas la seule nation civilisée²⁹³. Les divers codes, promulgués ou en cours d'élaboration, devraient selon lui s'inspirer du droit anglais. Mais la rédaction du projet de code civil vit s'opposer l'influence française et l'influence allemande.

(1) Le projet de code civil de Boissonade (1879-1892)

Boissonade s'était lancé dans la rédaction d'un projet de code civil, à partir de 1879. Il conçut un plan en cinq livres: les personnes, la propriété, l'acquisition de la propriété, les garanties des obligations, les preuves et la prescription²⁹⁴. Le

289 Le jury populaire avait été emprunté au droit anglais, par la loi des 16-24 août 1790, en matière pénale.

290 Le *Genro in* ou Conseil des Anciens, avant l'entrée en vigueur de la constitution de 1889 et l'institution de la Diète impériale.

291 Tokyo, 1882

292 Tokyo, 1886.

293 Cité in M Dean, *Japanese Legal System*, p 98.

294 Boissonade était conscient des insuffisances du plan du Code Napoléon. Son plan en cinq parties était proche de celui du projet de BGB.

gouvernement toutefois limita son intervention à certaines parties du droit civil. Le bureau de rédaction du code civil, établi en 1880, qui avait étudié la traduction de Mitsukuri, était conscient des écueils d'une réception du droit français, dans le domaine du droit des personnes et de la famille, et dans celui du droit des successions.

Boissonade reçut la mission de rédiger le livre consacré à la propriété, la plus grande partie du livre dédié à la manière dont on acquiert la propriété, le livre sur les suretés, et le livre sur les preuves. En somme, la partie la plus technique. Ce travail prit dix années à Boissonade²⁹⁵. En 1889, son projet fut adopté par la commission des jurisconsultes japonais. De leur côté, les jurisconsultes japonais avaient rédigé le livre sur les personnes²⁹⁶, et la partie du livre dédié à la manière dont on acquiert la propriété consacrée aux successions. En somme, la partie la plus politique.

Le projet de Boissonade et celui des jurisconsultes japonais furent fusionnés. La Chambre haute apporta des modifications, dans un sens traditionnel, à la partie rédigée par les jurisconsultes japonais²⁹⁷. Le code civil fut voté par les deux chambres et promulgué en 1891. Il devait entrer en vigueur en 1894. Il comprenait donc cinq parties, et non trois comme le code Napoléon: les personnes, les biens, les manières dont on acquiert la propriété, les suretés, les preuves. Et une bonne partie, la plus marquée d'esprit et de traditions nationales, avait été rédigée par des Japonais. Malgré ces réserves, les Japonais l'ont baptisé «code Boissonade» ou «Ancien code». Le projet de code rencontra une violente opposition²⁹⁸. En 1892, la Diète impériale, se déjugeant, vota l'ajournement de l'entrée en vigueur du code civil.

295 Ce travail considérable est consigné dans un ouvrage de Boissonade, qui fournit, comme pour les codes précédents, le texte du projet et son commentaire, intitulé *Projet de code civil de l'Empire du Japon*, Tokyo, 2 volumes, 1888-1889, (2^{ème} éd, 1890-1891).

296 La puissance paternelle et maritale, l'aînesse, l'inégalité entre fils et filles en étaient les principes.

297 Y Noda donne l'exemple du consentement des père et mère au mariage de leurs enfants, sans limitation d'âge («La réception» p 549, n 10).

298 Une polémique violente, appelée «Querelle sur le Code», opposa modernistes et traditionalistes. Le Pr Y Hozumi, professeur de droit constitutionnel à l'université impériale de Tokyo, qui avait été formé en Allemagne, affirma que, si le code entrait en vigueur, la loyauté envers l'empereur et la piété filiale, les deux bases de l'ordre social japonais, seraient définitivement perdues. Un «Manifeste des légistes», hostile, fut publié dans la presse. L'école anglaise, soutenue par l'ambassadeur britannique, était un opposant actif au projet de code. Voir RW Rabinowitz *Law and Social Process in Japan* (1968) 10 *Transactions of the Asiatic Society of Japan*, p 11, et la littérature citée par M Dean, op cit, p 65, n 62. Voir, aussi, d'Y. Okubo, «La querelle sur le premier Code civil japonais et l'ajournement de sa mise en œuvre: le refus du législateur étranger?», à la *Revue internationale de droit comparé*, 1991, pp 389 à 405.

Les raisons de «l'avortement du code Boissonade²⁹⁹», autant que juridiques³⁰⁰, furent politiques et diplomatiques. Les luttes d'influence entre Français, Anglais et Allemands, eurent d'abord pour cadre l'université impériale et ses trois départements de droit français, de droit anglais et de droit allemand, ainsi que les écoles de droit privées. Le débat fut porté sur la place publique et enflamma l'opinion: les structures traditionnelles de la société japonaises étaient mises en danger par les Français. Il faut dire que la société japonaise traditionnelle était très hiérarchisée. Par certains côtés, elle ressemblait à la famille romaine, avec un *pater familias* tout puissant et seul détenteur du *patrimoine*, les biens du *pater*. Les velléités d'égalitarisme et de libéralisme démocratique des premières années de l'ère Meiji étaient passées³⁰¹.

L'empire du Soleil levant devint, à partir de 1880, une monarchie absolue et impériale. Dès les années 1880, l'empire du Japon trouva dans le IIème *Reich* allemand, en plein essor, un modèle et un allié beaucoup plus naturel que la IIIème République française, qui s'ancrait dans le libéralisme parlementaire et développait un empire colonial concurrent en Asie. En outre, la France avait subi la sévère défaite infligée par le royaume de Prusse en 1870. La coopération juridique avec le nouvel empire allemand devenait plus attrayante. L'Allemagne, qui avait réalisé son unité politique en 1870, était alors engagée dans le projet enthousiasmant d'élaborer une codification complète de son droit. Les milieux juridiques allemands bouillaient de projets et de vie créatrice. Cette évolution des centres d'intérêt du Japon se fit, progressivement, au cours des années 1870.

(2) La constitution de Meiji (1881-1890)

L'élaboration de la constitution Meiji allait son train. Dans les années 1870-1880, un puissant courant libéral se renforçait, qui aboutit à la formation du mouvement libéral des droits de l'homme (*Jiyu min ken undo*) en 1880. Ce

299 Y Nora, «La réception» p 549, et Y Okudo «La querelle sur le premier code civil japonais et l'ajournement de sa mise en œuvre: le refus du législateur étranger?»

300 La Diète invoqua le motif d'une insuffisante prise en compte des mœurs traditionnelles du peuple japonais. Ce reproche s'adressait aux rédacteurs japonais des livres 4 (famille) et 5 (successions). Les oppositions étaient multiples. Y. Noda rapporte l'opinion de l'influence du droit anglais, peut-être du département anglais de la faculté de droit de l'université impériale de Tokyo. Voir aussi l'article d'Y Obuko.

301 Richard Storry écrit: «Pendant les deux premières décennies du règne de l'empereur Meiji, le Japon s'enivra du vin de l'Occident» (*Histoire du Japon moderne*, trad. de Paul Mousset, 1963, p 102, cité in Y. Nora, «La réception» p 550). J Stuart Mill, J Bentham, Montesquieu, Rousseau, Tocqueville furent traduits en japonais et lus avec enthousiasme. L'avènement de l'ère Meiji fut une Révolution et une Restauration, qui débouchèrent sur l'institution d'une monarchie absolue et impériale.

mouvement réclamait des institutions parlementaires et démocratiques de type occidental, notamment une Diète impériale élue, à l'image des assemblées du Royaume-Uni, des Etats-Unis et de la France. Le gouvernement japonais ménagea ce mouvement, mais il résolut, dès 1881, de faire rédiger discrètement un projet de constitution impériale de type autoritaire, sur le modèle de la Prusse. Il consulta divers juristes allemands (R von Gueist, Roesler, Mosse) et autrichiens (L von Stein). Mais le comité de rédaction fut majoritairement japonais³⁰².

La Constitution Meiji fut promulguée en 1889 et entra en vigueur en 1890. Elle combinait plusieurs inspirations. Les ministres étaient responsables devant l'empereur seul. La Diète était composée de deux chambres: une chambre haute composée de membres de droit et de membres désignés par l'empereur, et une chambre des députés, élue au suffrage censitaire. Comme en droit privé, la réception du droit constitutionnel étranger resta en grande partie théorique et circonscrite³⁰³.

En 1878, le gouvernement japonais avait fait appel à un professeur allemand, Hermann Roesler, comme conseiller-légiste. Roesler professa le droit allemand à l'université impériale de Tokyo. Il fut membre de la commission de rédaction du projet de constitution. Il fut aussi l'auteur du premier projet de code de commerce.

(3) Le code de commerce (1878-1899)

La rédaction d'un projet de code de commerce fut la principale mission d'Hermann Roesler. Roesler rendit son projet en 1884. Il avait cherché son inspiration dans le code de commerce de Napoléon (1807), dans le code confédéral de commerce allemand de 1866 issu du code général de commerce allemand³⁰⁴, et dans le droit anglais. En 1890, le code de commerce fut promulgué mais, comme le code Boissonade, son entrée en vigueur fut ajournée par la Diète.

302 L'architecte en chef de la constitution de 1889, Hirobumi Ito, avait conduit la mission d'étude en Europe qui rencontra les juristes allemands et autrichiens (1882-1883). La commission comprenait cinq japonais, dont K Inoue, et un allemand, Hermann Roesler. Voir G Akita, *Foundations of constitutional Government in modern Japan* (Cambridge (Massachusetts), 1967) p 63.

303 Le conseil suprême secret, qui avait fait préparer la constitution dans la discrétion, se survécut et devint un cabinet secret et conseil privé de l'empereur, formé des premiers ministres qui s'étaient succédé depuis les débuts de la Révolution de 1868.

304 Le mouvement d'unification du droit commercial allemand prit de l'ampleur dans la première moitié du XIXème siècle. Les délégués des Etats allemands tinrent des réunions de *conférences* des projets de codes communs à tous les Etats germaniques, à Leipzig (1847), Hambourg et Nuremberg (1861).

Des rédacteurs japonais³⁰⁵ préparèrent alors un projet s'inspirant plus nettement du droit allemand que celui de Roesler! En 1899, la Diète approuva ce deuxième projet et décida son entrée en vigueur au cours de la même année. Son élaboration demanda donc vingt ans d'efforts. Ce fut le dernier des cinq codes à être adopté.

(4) Le code de procédure civile (1884-1891)

La rédaction d'un projet de code de procédure civile emprunta un chemin différent. En matière de procédure civile, le ministère japonais de la justice chercha d'abord à élaborer lui-même des lois en s'inspirant des principes du code de procédure civile français (1806). Les autorités japonaises choisirent donc une autre voie que celle de la codification par des experts étrangers. Les rédacteurs du ministère de la justice avaient à leur disposition la traduction faite par Mistukori, de 1869 à 1874, du code de procédure civile (français) de 1806. Mais cette tentative échoua.

En 1884, le gouvernement confia à un professeur allemand, Hermann Techow, la rédaction d'un code de procédure civile. Techow se fonda sur le tout nouveau code de procédure civile allemand de 1877 (*Zivilprozessordnung*), qu'il suivit très fidèlement: le code de procédure civile est souvent la traduction littérale du code allemand. Promulgué en 1890, ce code entra en vigueur en 1891.

(5) Le code civil (1893-1898)

La rédaction du projet de code civil reprit après la «Querelle sur le code». Après l'enterrement du code Boissonade, le gouvernement japonais institua, en 1893, un conseil d'étude de la codification³⁰⁶ et, au sein de ce dernier, une commission de rédaction du code civil.

Ses trois membres, N. Hozumi, K. Ume et M. Tomii, étaient professeurs à la faculté de droit de l'université impériale de Tokyo. Le premier d'entre eux, Hozumi avait reçu une formation en droit anglais³⁰⁷ et en droit allemand (à Berlin). Ume avait étudié le droit allemand à Berlin et le droit français à Lyon; il était docteur en droit de la faculté de droit de Lyon; et il était le plus favorable des trois à la réception du droit français. Tomii, qui était également docteur en droit de la faculté de droit de Lyon, qui n'avait pas étudié en Allemagne, penchait cependant en

305 K Ume, K Okaro et K Tabe.

306 Le conseil d'étude de la codification était présidé par le Premier ministre et composé de six jurisconsultes qui s'étaient montrés favorables à l'entrée en vigueur du code Boissonade et de six jurisconsultes qui s'étaient déclarés pour son ajournement.

307 Il avait été reçu *barrister* en Angleterre.

faveur du droit allemand. Officiellement, la mission de la commission était de réviser l'Ancien code. En réalité, elle rédigea un nouveau code, tout en s'inspirant largement du code Boissonade³⁰⁸.

La méthode de travail adoptée par la commission consista à répartir les livres entre ses membres selon leurs préférences et leurs compétences avouées. Ils consultèrent plusieurs législations étrangères et les trois projets de *Bürgerliches Gesetzbuch* élaborés par les deux commissions successives de rédaction, de 1874 à 1896.

La commission adopta un plan en cinq livres: partie générale, droits réels, obligations, famille, successions. Les trois premiers livres furent achevés en 1895 et approuvés par la Diète impériale. Les deux derniers, plus délicats en raison des objections soulevées contre le code Boissonade, furent achevés par les rédacteurs et approuvés par la Diète en 1898.

Prudemment, ils ne remettaient plus en cause la structure de la société japonaise: la famille était définie comme l'ensemble des personnes liées par le sang jusqu'au sixième degré, et par le mariage jusqu'au troisième degré. Le chef de famille, le patriarche, avait autorité sur sa femme, ses enfants, ses petits-enfants. Il était seul détenteur du patrimoine familial. Il décidait du mariage de ses dépendants (sous couvert d'approbation, il choisissait l' élu), de leur résidence. Le droit des successions reconnaissait l'aînesse. Les éléments progressistes du code Boissonade avaient été gommés. Le *Système de maison* de la famille souche était préservé, dans le respect du principe japonais: «Le droit ne pénètre pas au foyer».

L'ensemble du code civil japonais entra en vigueur en 1898. Il faut remarquer la simultanéité de l'élaboration du code civil japonais et du *Bürgerliches Gesetzbuch*. Quant au fond, le code civil japonais présente un caractère très éclectique. Il a puisé dans les projets de BGB et dans le code Boissonade³⁰⁹, qui était lui-même le fruit de comparaisons avec de multiples codes³¹⁰. Il a aussi puisé dans d'autres

308 Dans les dernières années du XXème siècle, l'œuvre de Boissonade a connu une réévaluation. Y Okubo voit en Gustave Boissonade le «père du droit japonais moderne» (*Revue d'histoire du droit français et étranger*, 1981, pp 29 à 54). Voir aussi la série d'études, signées G Antonetti, J-L Sourieux, Y Obuko et E Hoshino, de la *Revue internationale de droit comparé*, 1991, pp 333 à 422.

309 Il a ainsi repris les dispositions prévues par Boissonade sur les effets des formalités des transcriptions des mutations de droits réels, de préférence aux solutions du BGB.

310 Boissonade enrichit le code Napoléon d'emprunts au récent code civil italien de 1865: il avait donné à la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1866, pp 172 et seq) une recension de l'ouvrage de Théophile Huc intitulé *Le code civil italien et le Code Napoléon*. Il l'enrichit d'emprunts au code civil belge, notamment à la loi de 1851, pour les articles concernant la transcription des aliénations d'immeubles et les inscriptions d'hypothèques. Dans son travail sur

codes, notamment les codes suisse, autrichien, hollandais. Parfois, la commission a repris la solution du code Napoléon, qui avait été écartée par Boissonade³¹¹.

En droit des obligations, en particulier, l'influence du droit français a été forte. Le transfert de propriété se fait par le simple consentement, comme en droit français, et non par un acte séparé, comme en droit allemand. La responsabilité délictuelle est traitée par un principe général, inspiré de l'article 1382 du code civil, et non par une liste de droits protégés, comme au paragraphe 823 du BGB. Les règles sur les conséquences de l'inexécution d'un contrat, insatisfaisantes dans le BGB, ont été améliorées. En droit de la famille et des successions, le code civil japonais était laconique. Ceci le prémunit contre une réédition des critiques adressées au code Boissonade. Cela permettait le maintien des coutumes traditionnelles.

En 1898 également, la loi Horei (21 juin 1898) sur l'application des lois fit une place à la coutume et à l'équité naturelle, et traita des conflits de lois. Elle compléta la première partie (partie générale) du code civil et couronna l'édifice juridique.

Le code civil fut promulgué en 1898 et le code de commerce en 1899. Le Japon s'était lancé dans l'aventure de la codification aux tout débuts de l'ère Meiji, si ce n'est un peu avant, dans les années 1860. En moins de quarante ans, cinq codes furent préparés, qui entrèrent en vigueur de 1882 à 1899: le code criminel et le code de procédure criminelle en 1882, le code de procédure civile en 1891, le code civil en 1898, et le code de commerce en 1899. Ces codes étaient très marqués d'influence romaniste.

(D) La portée de l'influence romaniste (1900-1940)

De 1900 à 1940, le droit japonais, surtout la doctrine, mais aussi la jurisprudence, fut donc marqué principalement par les deux droits romanistes, le droit français et le droit allemand. L'influence anglaise paraissait absente. L'influence française semblait en déclin et l'influence allemande en progrès. La réalité doit probablement être nuancée.

la «Législation comparée des droits du conjoint survivant», il avait étudié successivement les droits de l'Italie, de l'Espagne, du Portugal, de la Roumanie, de la Grèce, des Iles Ioniennes, le Droit commun allemand, le droit des Etats confédérés de l'Allemagne, les droits de la Hollande, de l'Autriche, de la Russie, de la Pologne, de la Serbie, du Danemark, de la Suède, de la Norvège, de l'Angleterre, de la Suisse, de la Turquie, des Etats-Unis.

311 Ainsi, en matière de clause pénale, l'article 420, comme l'article 1152 du code Napoléon, ne permet pas au tribunal de modérer ou d'aggraver la *poena*. Boissonade avait admis qu'elle puisse être réduite, si elle était excessive, suivant la solution donnée par d'autres codes promulgués après 1804.

Le droit anglais était toujours étudié et apprécié. L'influence anglaise était sensible³¹².

Boissonade avait consacré ses efforts à rédiger, parallèlement à ses trois projets de codes, un commentaire de chacun d'eux. Il fit publier un *Projet de code pénal, avec commentaire*, ainsi qu'un *Projet de code d'instruction criminelle, avec commentaire*. Le *Projet de code civil de l'Empire du Japon, avec commentaire*, publié en 1889 en quatre volumes, fut rapidement épuisé. Il était devenu un instrument de travail usuel des juges, à cause de la similitude du code civil de 1898 avec l'Ancien code. Il fut réédité en 1891. La publication de ces trois ouvrages fut un vecteur de l'influence de la pensée de Boissonade lui-même. Après son labeur d'expert, au service du gouvernement japonais, le professeur déploya des années d'effort comme pédagogue, au service des juges, des étudiants et du grand public. Le comparatiste veilla à la réception de ses codes.

Il est vrai que la loi de révision du code pénal, adoptée en 1907, était d'inspiration allemande. Elle omit de reprendre le principe de légalité des infractions et des peines, ainsi que la classification des infractions en crimes, délits et contraventions, dans le but d'accroître les pouvoirs du juge. Elle établissait l'inégalité entre les sexes, en punissant l'adultère de la femme, mais pas celui du mari. Il est vrai aussi que le code d'instruction criminelle, devenu code de procédure criminelle, en 1922, s'inspira plus du droit allemand³¹³.

La même année, le droit japonais empruntait à la *common law* le *trust*, qu'il a appliqué en matière civile et commerciale. Le droit japonais s'est également étendu de son propre mouvement, en amendant et en complétant les codes, selon les besoins de la société japonaise.

En conclusion à son étude sur la réception du droit français au Japon, Noda écrit:

Le processus de la réception ne fut pas rectiligne mais très embrouillé ... L'europanisation très rapide se limitait au droit étatique et celui-ci ne régissait qu'une faible partie de la société japonaise ... Les juristes japonais n'avaient pas à se soucier de la vie réelle du peuple, parce que celle-ci était soumise à des règles d'une catégorie entièrement étrangère aux lois étatiques³¹⁴.

312 La loi sur le *trust* de 1922 s'inspire du droit anglais.

313 On relève quand même qu'il adopta l'action civile, l'instruction préliminaire, le pourvoi dans l'intérêt de la loi.

314 «La Réception» pp 553 et 554.

La vie sociale des Japonais restait régie par des règles coutumières de conduite faisant appel à la morale sociale traditionnelle et empreintes de sentiments et d'émotions, les *Giri* («règles de conduite appropriée»).

Noda cite un magistrat qui décrivait ainsi la mentalité des juges japonais avant la Deuxième guerre mondiale:

On considérait comme un bon juge celui qui rejetait l'argument contraire en disant avec très peu de mots qu'il était mal fondé. Le mérite du juge était de formuler ses décisions de la manière la plus laconique et de posséder une connaissance de la langue allemande³¹⁵.

Le recours au juge était d'ailleurs exceptionnel et mal vu. Les conflits, qui troublent l'ordre social et l'harmonie, inspirent de la honte à leurs protagonistes. Le règlement des différends n'est pas la déclaration et la réalisation d'un droit, mais l'effort des deux parties pour restaurer la paix, grâce à la considération de l'équité³¹⁶. La réception des droits français et allemand était plus théorique que pratique. Elle avait une portée limitée.

Mais, pendant cette période, la doctrine japonaise s'est fortifiée et a été illustrée par les noms de Hozumi, Sugiyama, Takayanagoshi, qui ont élaboré une synthèse japonaise de ces apports étrangers. Influencée par Géný et Saleilles, la doctrine japonaise a cherché à faciliter la pénétration de cet amalgame d'esprit nippon dans sa société, en insistant sur la fonction essentielle du juge, qui est à la fois sociale, politique et culturelle. Cet amalgame s'est enrichi, après la Deuxième guerre mondiale, sous l'influence juridique des Etats-Unis et de la Grande-Bretagne.

(E) Les influences anglaises et américaines après 1945

Après la Deuxième guerre mondiale, les puissances alliées ont voulu réformer le droit japonais public et privé. La constitution de 1946 se caractérise par le maintien de la monarchie avec dévolution de la souveraineté au peuple, par un parlementarisme bi caméraliste avec responsabilité du gouvernement devant la

315 Ibid.

316 La sagesse populaire exprime, de manière amusante, l'aversion de la société traditionnelle japonaise pour la procédure et les procès. *Le conte des trois ryos*, ou *Tous les trois perdent un ryo*, narre une histoire qui se serait passée sous les Tokugawa. Un plâtrier perd sa bourse contenant trois ryos (unité monétaire en vigueur avant le yen), son sceau et une traite. Un charpentier trouve la bourse, la rapporte au plâtrier, qui accepte de reprendre le sceau et la traite, mais refuse l'argent. Le juge Ooka décida de confisquer les trois ryos, puis il alloua deux ryos à chacune des parties, rendant le jugement suivant: «Tous les trois perdent un ryo», car il était obligé d'en ajouter un de sa poche. La paix sociale est rétablie par des sacrifices mutuels, non par l'application brutale d'une règle de droit.

chambre basse, par l'institution d'une cour suprême. Les inspirations britanniques et américaines se combinèrent en matière constitutionnelle. Qu'en fût-il dans les autres branches du droit?

Les voies de l'influence sont mystérieuses. Le chef de la division judiciaire et juridique de la section du gouvernement, au Quartier général du général Mac Arthur, pendant l'occupation alliée du Japon (1945-1952), était un certain Alfred Christian Oppler, et son adjoint, un certain Kurt Steiner. Oppler (1893-1982) était né à Strasbourg, pendant la période d'annexion de l'Alsace par l'Allemagne (1871-1918). Il étudia à Strasbourg, Munich, Fribourg, Berlin, puis fit carrière dans l'administration judiciaire allemande, et émigra aux Etats-Unis en 1938. Steiner était un juriste autrichien.

Tous deux étaient de formation romaniste. Ils ont été les maîtres d'œuvre de la réforme du système judiciaire et des codes japonais. Oppler concevait son rôle comme celui d'un «mentor» et celui d'«une sage-femme, qui accompagneraient la naissance d'un nouvel ordre juridique». Ils ont empêché une américanisation massive du droit japonais. Oppler écrivait, dans un mémorandum interne destiné au général Mac Arthur:³¹⁷

Although we may be inclined to consider the Anglo-saxon legal System superior to the Continental, we should resist any temptation to replace hastily one by the other. The Japanese would not be able to work an artificially imposed system which differed fundamentally from what they have practised up to the present time.

Ainsi, le code criminel a échappé à une réforme générale pendant l'occupation alliée (1945-1952). Parmi les quelques dispositions abolies, figurent celles qui heurtaient l'égalité, notamment l'égalité des sexes. Dans le code, l'adultère de l'épouse était puni et pas celui de l'époux. Oppler donna le choix suivant aux Japonais: «Ou vous punissez le mari comme l'épouse, ou vous abolissez l'infraction». Dans son livre de souvenirs³¹⁸, Oppler conclut³¹⁹: «De manière caractéristique, la Diète préféra l'abolition». Les réformes furent très limitées. Un nouveau code pénal a été adopté, récemment, en 1995. Pendant l'occupation alliée, le code de procédure criminelle a connu une réforme limitée d'inspiration accusatoire. Il a été qualifié par Meryll Dean de *semi inquisitorial*³²⁰ et de *rather*

317 Cité in M Dean, op cit, p 71, n 95.

318 AC Oppler *Legal reform in occupied Japan: A participant looks back* (Princeton, 1976).

319 Cité in M Dean, op cit, p 118.

320 M Dean, op cit, p 65.

*unusual mixture of Western civil law tradition combined with Anglo – American common law influence*³²¹.

Le code de procédure civile de 1898, révisé en 1926, fut aussi réformé après 1945. Mais il a gardé ses traits allemands. Comme pour le code de procédure pénale, il a reçu des institutions du système accusatoire et présente un caractère mixte. Quant au code civil, il fut mis en harmonie avec les principes de liberté, notamment de mariage et de résidence, et d'égalité, notamment entre les sexes. Les réformes ne touchèrent que les livres 4 (Personnes) et 5 (Successions)³²².

Le droit japonais a été influencé par des codifications successives inspirées de modèles étrangers. Aujourd'hui, les juristes considèrent que le code civil et le code de commerce sont fortement influencés par les droits français³²³ et allemand, que le code pénal et le code de procédure civile sont surtout imprégnés de droit allemand, et que le code de procédure criminelle est surtout marqué par les droits allemand et américain.

Ces influences se sont ajoutées les unes aux autres. Le Japon s'est enrichi d'apports extérieurs, souvent volontairement recherchés. La réception massive de droits étrangers a été certes circonscrite à un cercle étroit. Car le droit et les magistrats exercent des fonctions différentes de celles qu'ils ont dans les systèmes occidentaux: le droit est une source d'inspiration³²⁴, non un recueil des droits des individus; les magistrats sont des conciliateurs, des médiateurs et des arbitres, plus que des juges. Ces réceptions ont été suivies d'une adaptation des règles aux besoins de la société japonaise. Le droit japonais, tel qu'on peut l'étudier aujourd'hui, est le produit d'une synthèse originale.

321 Ibid.

322 M Dean, op cit, pp 118 et 119.

323 Voir Y Okubo, «Gustave Boissonade, père du droit japonais moderne (1825-1910)» à la *Revue historique de droit français et étranger*, 1981, n°1, pp 29-54, et E. Hoshino, «L'héritage de Gustave Boissonade dans le Code civil et dans la doctrine de droit civil au Japon» à la *Revue internationale de droit comparé*, 1991, n°2, pp 407-422.

324 En japonais, *tatemaie* ou «principes directeurs».

CHAPITRE IV: QUELQUES DROITS RELIGIEUX

Le monothéisme est né au carrefour de l'Afrique et de l'Asie, intuition des Egyptiens puis conviction des Hébreux. Le pharaon Akhenaton (1375-1354), époux de Néfertiti, grand mystique, substitua au culte d'Amon celui d'Aton, le disque solaire, et tenta d'engager l'Egypte dans la voie du monothéisme, soutenant la croyance en la Providence divine du Dieu soleil.

Moïse, un siècle plus tard, selon la tradition israélite, aurait posé les principes fondamentaux du judaïsme (monothéisme, alliance avec Dieu, lois morales). Quand le christianisme s'est détaché de la religion hébraïque, dont il n'a d'abord été qu'une secte parmi d'autres, il s'est étendu en Occident par les prédications des apôtres, notamment Pierre et Paul. Le Christ leur avait donné pour mission d'apporter la Bonne nouvelle à tous les gentils et pas seulement aux juifs. Au début du VII^{ème} siècle, une troisième religion monothéiste a été fondée dans la péninsule arabique par le prophète Mahomet. Mahomet affirmait qu'il était le dernier des prophètes et que la Révélation qu'il avait reçue récapitulait les révélations précédentes faites à Noé, à Moïse et à Jésus. On trouve dans le Coran nombre d'idées et de conceptions reprises des Ecritures saintes, juives et chrétiennes: l'alliance avec Dieu, le salut, le paradis.

Juifs, chrétiens et musulmans trouvent dans les Ecritures saintes, et ils ont en partage, la conception que les hommes sont dotés d'une âme, qu'ils ont été créés par Dieu à son image, qu'ils ont une dignité et une valeur égale aux yeux de Dieu. Ces trois religions partagent aussi l'idée d'un droit divin positif, la conception qu'il existe un droit, de source et de nature divine, et de caractère positif, c'est-à-dire en vigueur, obligatoire. Ses règles sont, dans leur contenu, la partie sociale du Décalogue, les cinq derniers commandements: l'interdiction du meurtre, du vol, du faux témoignage, de l'adultère, de la convoitise.

Les sociétés dans lesquelles s'est développé le monothéisme partagent une conception très valorisée du droit. Le judaïsme, le christianisme et l'islam sont liés par l'idée du Dieu créateur du monde et des hommes. Ce Dieu tout puissant a fait parvenir à ses créatures sa révélation par Moïse, par Jésus, par Mahomet. Il leur a communiqué ses commandements. Certes, en Orient, le judaïsme, souvent minoritaire, a été dans l'obligation de reconnaître la loi civile et, en Occident, la société est devenue laïque et sa loi civile s'est imposée à la loi religieuse. Mais pas en totalité: le droit conserve des traces historiques du caractère, parmi d'autres, originellement religieux, des droits européens. En Occident, l'homme s'est reconnu le pouvoir d'élaborer le droit. Le judaïsme combine les sources humaines et les sources divines du droit: Moïse réécrit les tables de la Loi, après les avoir brisées sous le coup de la fureur. L'islam, qui, parmi les devoirs faits aux croyants, donne

une place centrale au respect du droit, refuse à l'homme d'être la source de son droit. Dans ces trois religions, le droit garde une valeur éminente.

Nous étudierons successivement, selon l'ordre chronologique de leur formation, le droit hébraïque (Section I), le droit canonique (Section II) et le droit musulman (Section III).

Section I. Le Droit Hébraïque

La première source du droit hébraïque, chronologiquement et au point de vue de l'autorité, se trouve dans la *Torah* ou «Loi» écrite (Paragraphe 1^{er}). Elle a été complétée ensuite par le *Talmud* ou «Etude» des grands rabbins (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La Torah, révélation écrite

La *Torah*, ou «Loi» en hébreu³²⁵, est désignée en grec comme le *Pentateuque* ou «Ouvrage en cinq livres». La *Torah* est composée des livres de la Genèse (la création du monde), de l'Exode (en Egypte), du Lévitique, des Nombres (recensement des tribus d'Israël) et du Deutéronome (Deuxième Loi). On distingue trois rédactions, trois rédacteurs (ou groupes de rédacteurs): le Iahviste (IX^{ème} siècle av. J.-C.), l'Elohiste (VIII^{ème} siècle av. J.-C.) et le Chroniqueur (IV^{ème} siècle av. J.-C.). La *Torah* contient l'histoire des Hébreux puis celle des fils d'Israël (Jacob), depuis ses origines mythiques (la Création et le Déluge et Noé) jusqu'à la mort de Moïse (qui conduit les Israélites d'Egypte en Canaan et leur laisse sa loi, la loi mosaïque), en passant par les pérégrinations d'Abraham. La *Torah* est dominée par le Dieu unique, Dieu jaloux, Créateur du ciel et de la terre, qui a fait l'homme à son image, maître de l'histoire, et aussi Dieu souffrant, des errements des hommes, auxquels il a donné la liberté et qui en font un mauvais usage, des souffrances des hommes, et encore Dieu espérant. Dieu sourit, dit encore le *Talmud*.

La *Torah* écrite est la source divine, immuable, la plus autorisée des sources du droit hébraïque. Elle est formée de codes dictés par *Iahvé*. C'est un don divin, qui s'est exprimé dans la révélation faite à Moïse sur le mont Sinaï. Son contenu est fait de révélations, initiales et complémentaires, faites à Moïse. Si elle présente un caractère divin, dans sa conception, sa transmission et sa nature, la *Torah* présente également un caractère humain, dans son expression, sa réception et son interprétation. Ce caractère humain est dédoublé, car la *Torah* s'adresse aux fils de

325 Le mot de *Torah* signifie, étymologiquement, «instruction», «enseignement». Il a pris le sens de «teneur de la révélation faite à Moïse», puis celui de «loi». Au I^{er} siècle de l'ère chrétienne, *Torah* signifie «le corps des prescriptions du judaïsme». Vers 130 de l'ère chrétienne, la Bible est désignée, en ses trois parties, par l'expression «La Loi, les Prophètes et les Ecrits (poétiques et sapientiaux)».

Jacob, remontant, par Isaac et Abraham, à Japhet, l'un des trois fils de Noé, au peuple d'Israël, et également à l'homme, juif ou gentil

La *Torah* est un code, un corps de commandements qui se décline, des Dix commandements faits à Moïse, aux 613 obligations (*mitsvot* ou «maintien stable dans sa position»), dont 248 obligations d'action et 365 obligations d'abstention. Ces obligations sont des commandements déduits des douze premiers par la science interprétative. La *Torah* appelle à la sainteté, à la justice, à la sagesse. Plus que salut personnel, c'est l'élection divine du peuple d'Israël qui tourmente les juifs. *Iahvé* dit, dans l'Exode³²⁶: «Si vous écoutez ma voix et si vous préservez mon Alliance, vous serez pour moi un peuple élu parmi les peuples, car toute la terre m'appartient. Vous serez pour moi un royaume de prêtres et une nation sainte». La *Torah* forme un ensemble de normes juridiques, de prescriptions religieuses, de devoirs moraux, de préceptes de conduite sage. Le Code de l'Alliance³²⁷ fixe les règles relatives au statut personnel (de la femme, de l'esclave), au mariage, à la propriété, à quelques contrats (le dépôt, le prêt à usage, à intérêt et sur gage), à la responsabilité du fait des animaux, au vol, au talion. La substance de la *Torah* est constituée par les dix paroles divines du Décalogue rapportés au livre de l'Exode.

Le Genèse rapporte les sept commandements de Noé (*sheva mistvot bnei noach* ou «sept commandements des fils de Noé» ou encore «sept lois noachides»), qui précèdent les commandements de Moïse. Parmi ces sept commandements, figurent la prohibition de l'idolâtrie, de l'inceste, du meurtre, du vol, de l'adultère, de la torture ou du démembrement des animaux, et une obligation, celle de recourir à la justice (et d'établir des institutions, politiques et judiciaires, pour faire respecter les six interdictions). On voit l'indistinction du droit, de la morale et de la religion

Etudiée du point de vue de son contenu, la *Torah* contient des oracles divins, des coutumiers (le livre de l'Alliance et le Deutéronome), un code rabbinique (le Lévitique ou Code sacerdotal du Vème siècle av. J.-C.).

Le Deutéronome ou Deuxième code, Deuxième compilation biblique du VIIème siècle, est une révélation complémentaire. Sous le règne de Josias, roi de Juda (640-609), le grand prêtre Helquiah aurait découvert subitement (vers 620), dans le

326 XIX, 5 et 6.

327 Dieu noua et renouvela son Alliance avec le peuple d'Israël, à l'occasion des grands événements de la vie de celui-ci. Cette vie est marquée de catastrophes: le fratricide de Caïn, tuant Abel, le déluge ... L'Alliance nouée par Noé comprend sept dispositions, les sept lois noachides: 1° la reconnaissance de l'antécedence de Dieu créateur, 2° l'interdiction de l'idolâtrie, 3° la prohibition de l'inceste, 4° celle du meurtre, 5° celle du vol, 6° celle de la mutilation des animaux, 7° l'obligation de porter les litiges devant les tribunaux.

Temple de Jérusalem, une nouvelle Loi. Josias, étonné de la présence de règles non pratiquées par ses ancêtres, aurait consulté la prêtresse Hilda. A l'instigation d'Helquiah et de Josias, cette découverte aurait inspiré une réforme religieuse importante. Une législation détaillée sur le mariage, les fiançailles, la polygamie (le mariage avec plusieurs sœurs, le lévirat ou mariage de la veuve avec son beau-frère ou *halitza* ou «déchaussement»).

Les sources du droit étaient les précédents, les coutumiers et la divination. Les précédents dépassent les jugements isolés et sans lien; la pratique judiciaire a été l'instrument habituel d'élaboration de la norme. La coutume s'alimente aux jugements, aux précédents divinatoires. La divination est l'œuvre des prêtres lévites, membres de la tribu de Lévi voués au service du Temple. Le prêtre joue le rôle de prophète, de devin (*nabi*). Quand une question exceptionnellement difficile (meurtre, propriété) n'est pas tranchée par les précédents ou les coutumiers, à la requête des juges inférieurs, une consultation judiciaire peut être demandée au prophète, qui a la puissance divinatrice, telle la consultation par les filles de Tsélophhad³²⁸. Les juges devront ensuite appliquer scrupuleusement sa décision. Les filles de Tselophhad vinrent à Moïse, revendiquant les biens propres de leur père décédé. Iahvé dit à Moïse:

Quand un individu mourra sans fils, que ses propres passent à ses filles. Quand il mourra sans filles, qu'ils passent à ses frères. Quand il mourra sans frères, qu'ils passent aux frères de son père. S'il n'a pas d'oncles paternels, qu'ils passent aux parents les plus proches de sa lignée³²⁹.

Iahvé établissait donc la succession par ordre de parentèle agnatique, s'il n'y avait pas de filles. Les chefs des tribus protestèrent. Moïse interrogea à nouveau Iahvé, qui corrigea sa sentence en ordonnant aux filles de ne se marier que dans la tribu de leur père.

La consultation juridique de l'oracle est décrite ainsi. Moïse, avant de monter sur le Mont Sinäï, reçoit la visite de Jethro. Moïse lui dit:

Les gens viennent me voir pour chercher un oracle. Quand ils ont un litige, ils viennent à moi pour que je décide qui, d'entre eux, a droit, et que je leur annonce les sentences, les décisions de Dieu.

Jethro lui répond:

328 Deutéronome XVII, 8.

329 Nombres XXVII, 2.

Choisis parmi tout le peuple des hommes capables, craignant Dieu, et établis les comme chefs, afin qu'en tous temps ils disent aux gens le droit.

Moïse révèle³³⁰ aux chefs les décisions et les maximes de droit, c'est-à-dire les sentences antérieures de Dieu, les précédents judiciaires divins. Le jugement est divin. Dieu rend des oracles: il connaît l'avenir; il a la divination; il répond aux questions. Dieu a d'abord été représenté par des images, des idoles, qui rendent des oracles: le jugement divinatoire par l'*éphod*, le jugement par l'*urim* et le *tummin*. Iahvé donne un signe. Les chefs jugent sur la base des précédents divins. Moïse leur donne ses instructions:

Soyez impartiaux en Justice. Ecoutez le plus faible comme le plus fort. Ne redoutez personne: car, dire le droit est le fait de Dieu.

Moïse, à l'invitation de Dieu, monta sur le Mont Sinaï, pénétra dans la tente de la Vision et de la Révélation³³¹ et resta 40 jours et 40 nuits dans la contemplation divine. Sur le Sinaï, Moïse conclut, au nom de Iahvé, une Alliance éternelle avec les Israélites. Le Code de l'Alliance³³² a été dicté par Iahvé à Moïse ou gravé par le doigt de Dieu dans les tables de la Loi. Il a peut-être été formé de coutumes rédigées, coutumier officiel mis sous le couvert de l'autorité divine. Iahvé donna à Moïse l'esprit de divination.

La parole divine se transforme en précédent judiciaire. Se met en place un système de jugement, en partie divinatoire, en partie sur précédent, un système de jugements divinatoires fécondés par les précédents. De ces décisions judiciaires sont sorties des maximes de droit.

Le droit n'est qu'une partie de la religion. C'est la volonté de Dieu relative au gouvernement des choses humaines. Le chef n'est qu'un intermédiaire entre son peuple et la Divinité.

Le Lévitique (du Vème siècle av. J.-C.) est parfois désigné Code sacerdotal (du Chroniste plutôt que Chroniqueur). On le caractérise parfois comme Digeste lévitique ou Pandectes lévitiques. Le Lévitique expose en détail les prescriptions religieuses des israélites. Il expose aussi des obligations civiles, telles le glanage et le grappillage par les pauvres, après la récolte et la vendange. Il prescrit une restriction à la liberté des rapports sexuels et du mariage: l'interdiction d'épouser

330 Exode XVIII, 13 et Nombres XI, 11.

331 Exode XXIII, 7 et Nombres XXVIII, 12.

332 Exode XXI à XXIII.

simultanément la mère et la fille. Et l'interdiction de venger le meurtre de la femme, mais non celui de la sœur non mariée.

Au Vème siècle, la *Torah* écrite fait l'objet d'une consolidation écrite définitive. Elle devient un code définitif invariable, dont les copies se multiplient, qui fait l'objet de lectures publiques répétées.

Paragraphe 2. Le Talmud, interprétation et révélation orale puis écrite

Parallèlement à la cristallisation de la *Torah*, du IXème au Vème siècle, les *rabbins* ou «maîtres», docteurs de la Loi (la *Torah*), dispensèrent un enseignement, donnèrent des consultations et appliquèrent la Loi. Les rabbins furent donc aussi les interprètes de la Loi. Leur enseignement oral doctrinal consistait en interprétations, commentaires, exégèse, prescriptions et décisions. Cette interprétation³³³ a d'abord été déposée dans la *Torah* orale, complément et achèvement de la *Torah* écrite (A). Transmise oralement de maître à élève, pendant plusieurs siècles, la *Torah* orale fut mise par écrit vers 200 sous le nom de *Mishna* (B). A son tour, la *Mishna* a été étudiée et enrichie par des interprétations, dont deux synthèses, compilées vers 400, portent le nom de *Talmud* ou «Etude» (C).

(A) La tradition orale

Certains *rabbins* dénommés *tannaim* («maîtres enseignants») interprétaient la *Torah*. Leurs commentaires ont créé une tradition qui se présente, selon un paradoxe courant dans la pensée talmudique, comme une adaptation, un *aggiornamento*, de la *Torah*, même quand ils semblent innover. On trouve dans le *Talmud* la sentence suivante: «Tout ce qu'un disciple fervent est destiné à apporter de neuf a déjà été dit à Moïse sur le mont Sinaï». On y trouve aussi une scène où Moïse (XIIème siècle avant notre ère) assiste à un cours du rabbin Aqiba (Ier-IIème siècle de notre ère) et s'étonne que le professeur lui attribue des opinions, des décisions et des commentaires qu'il ne connaissait pas. Le *Talmud* est un développement, un enrichissement, une adaptation de la *Torah*.

Les pharisiens, l'une des grandes sectes et des grands partis du judaïsme, par lesquels le judaïsme survécut à la catastrophe de 70 (la destruction du second Temple de Jérusalem par Titus), faisaient remonter la *Torah* orale à Moïse. Après Moïse, la chaîne des interprètes comprend Josué, les Prophètes, les Grands prêtres, des duumvirs (collège de deux chefs d'école ou d'académie opposées), tels Hillel et

333 Les rabbins distinguent traditionnellement quatre niveaux d'interprétation: compréhension du sens obvie, herméneutique, amplification du sens, abord du sens divin. Ils distinguent parfois 13 règles (Rabbi Ichmaël) d'interprétation, parfois 22 (Rabbi Akiva), pour la discussion, la délibération et la décision des rabbins juges prise à la majorité.

Shammaï, qui vécurent probablement au temps du Christ. Après la catastrophe de 70, qui voit les débuts de la Dispersion (*Diaspora*) des juifs dans le monde oriental, grec, romain, les rabbins succédant aux pharisiens fondent un judaïsme sans Temple, sans culte. Ils créent de nouvelles académies, afin de procéder à l'adaptation, à l'*aggiornamento* de la *Torah* au contexte nouveau d'un judaïsme sans Temple. Ils développent des interprétations de la *Torah* par une méthode d'exégèse circonvolutive, dénommée *Midrash*, qui allie l'allégorie, la métaphore, l'analogie et d'autres techniques encore.

La règle de la tradition orale porte le nom de *halakha* («la voie dans laquelle on doit marcher»). C'est une législation religieuse, issue des *décisions* doctrinales prises par les rabbins arbitrant entre les conceptions d'écoles concurrentes. La *halakha* est un corps de commandements juridiques impératifs, dont on ne peut se dispenser qu'en cas de danger, et encore, pas toujours: il vaut mieux se faire tuer que de violer l'interdiction de l'idolâtrie, de l'homicide ou de la dépravation. Les rabbins docteurs de la Loi ont construit une tradition juridique doctrinale, une législation religieuse, civile et pénale.

A la fin du Ier siècle, quelques dizaines d'années après la destruction du second Temple, en 70, les rabbins *tannaim* commencèrent à ordonner et à compiler les décisions doctrinales des rabbins qui formaient la tradition.

(B) La *Mishna* ou «Enseignement»

Une grande compilation fut établie par le rabbin Aqiba (Ier-IIème siècles) et poursuivie par ses disciples. Elle servit de base à un ouvrage publié, vers 200, par Judah le prince (ou rabbi Juda), chef politique, prince (président) du Sanhédrin (du grec *synedrion* «assemblée», haute cour de justice de 70 membres, prêtres et docteurs) de Galilée. Sous la domination romaine, Judah entretenait des relations cordiales avec l'empereur romain Marc Aurèle. Judah est à l'origine, comme rédacteur ou comme instigateur, de la préparation de cette compilation de traditions, qui porte le nom de *Mishna* ou «Enseignement».

La *Mishna* est divisée en 63 traités regroupés en six sections. La première section, intitulée «les Semences», règle l'activité agricole. La Section 2, «les Fêtes», traite des festivités; la Section 3, «les Femmes», du mariage, du douaire, du divorce, du lévirat; la Section 4, «les Dommages», du droit civil, du droit pénal, de la procédure judiciaire; la Section 5, «les Choses consacrées», du culte, et la Section 6, «les Purifications», de l'état de pureté et d'impureté.

La *Mishna* de Judah le prince (Rabbi Juda ou Judah ah-Nasi) est une compilation, un recueil d'opinions, de sentences et d'ordonnances des docteurs (rabbi Aqiba, rabbi Jehuda Hanasi ...). Elle devint l'objet principal des études dans

les écoles et les académies juives de la Palestine et de la Babylonie. Le travail sur la *Mishna* consista en l'élucidation des textes, l'identification des sources, la conciliation des contradictions, la résolution de problèmes nouveaux. Les autres fonctions des rabbins (reddition de la justice, décisions et consultations juridiques) généraient des idées nouvelles rattachées aux anciennes. La *Mishna* eut bientôt un prolongement, la *Guémara*, explication des débats qui ont précédé les décisions rabbiniques sélectionnées pour former la *Mishna*. C'est l'ensemble formé de la *Mishna* et de la *Guémara* qui a constitué le *Talmud* ou «Étude».

(C) Les *Talmuds* («Études») de Jérusalem et de Babylone

Les décisions des docteurs «extrêmement subtiles et labyrinthiques ... reproduites dans un style très elliptique» (C. Touati) firent l'objet de deux compilations, les *Talmuds* («Études»), qui avaient pour objet de fournir aux juifs un enseignement et un corps complets de règles pour toute la vie, religieuse et sociale. Les deux *Talmuds* sont restées des objets d'études jusqu'à aujourd'hui.

Le *Talmud* de Jérusalem fut rédigé à Césarée, au IV^{ème} siècle, destiné à aider les rabbins juges dans leurs fonctions. Les rédacteurs amalgamèrent maladroitement les traditions des diverses académies. A la fin du IV^{ème} siècle, la Babylonie devint le centre principal du judaïsme et de la culture juive. Le *Talmud* de Babylone a son noyau dans une compilation de traditions établie par Rab Ashi (352-427), recteur de l'académie de Sura (à proximité de Bagdad). L'académie de Sura n'était que l'une des institutions d'étude juives de la Babylonie. Le *Talmud* de Babylone intégra encore, pendant au moins un siècle, les apports d'autres académies (Pumbedita) et courants de la pensée juive.

Trois exemples³³⁴ donneront une idée du contenu et du style du *Talmud* de Babylone. Le premier traite de l'interdiction de l'homicide:

Un homme est allé chez Raba (un rabbin célèbre) et lui a dit: «Mon maître m'a ordonné: 'Va tuer un tel, sinon je te tuerai'». Raba lui répondit: «Qu'on te tue, mais, toi, ne tue pas. Quoi? T'imaginerais-tu que ton sang est plus rouge que le sien? Peut-être que le sien est plus rouge.»

Le second exemple traite de droit du travail:

Des portefaix, employés par Rabba, petit-fils de Hanna, avaient brisé des fûts de vin; Rabba prit leur manteau. Ils allèrent se plaindre à Rab. Rab ordonna à Rabba: «Rend leur leur manteau». Rab demanda: «Est-ce là la loi?» Rab répondit: «Oui,

334 Les deux premiers exemples sont tirés de l'article «Talmud» de C Touati, in *Encyclopaedia Universalis*, 1968, vol 15, p 719.

car il est écrit dans les Proverbes: 'afin que tu marches dans la voie des hommes bons'. Rabba leur restitua leur manteau. Les portefaix dirent alors à Rab: «Nous sommes pauvres, toute la journée nous avons travaillé durement, nous avons faim et ne possédons rien». Rab ordonna à Rabba: «Va et paie leur leur salaire». Rabba demanda: «Est-ce là la loi?» Rab répondit: «Oui, car il est écrit: 'et tu garderas le sentier des justes'».

La justice, la morale et l'équité inspirent ces sentences judiciaires. Les rabbins expliquaient la destruction de Jérusalem par l'attachement à la *Torah* selon la lettre au détriment de la Loi selon son esprit.

Jérusalem n'a été détruite que parce qu'on y réglait les procès en se fondant sur la loi de la *Torah* et qu'on n'y pratiquait pas la loi selon l'esprit.

Un troisième exemple est fourni par un grand principe du droit talmudique relatif aux rapports entre Loi religieuse et loi civile. Ce principe, énoncé en araméen *dina de malkutha dina* soit «la loi du pays est la loi», est attribué à Samuel, un érudit (*amora*) » de Babylone. Samuel, érudit juif, aurait été aussi conseiller des rois sassanides de Babylone. Le principe énonce donc la soumission de la Loi religieuse à la loi civile, dans le contexte d'élaboration du Talmud de Babylone, où les juifs sont devenus les sujets du roi sassanide.

Le *Talmud*, comme la *Mishna*, dont il suit le plan, traite de tous les aspects de la vie des juifs: vie privée, relations sociales, activité économique, pratique religieuse. C'est essentiellement un ouvrage juridique, accessoirement une œuvre de métaphysique et de morale.

Par ses qualités et sa complétude, le *Talmud* de Babylone a supplanté le *Talmud* de Jérusalem. Au Moyen âge, à partir du IX^{ème} siècle, il fut reçu en Europe.

Paragraphe 3. La science juridique hébraïque en Occident

La culture hébraïque, dont le centre s'était déplacé de la Palestine à la Babylonie, à la fin du V^{ème} siècle, s'étendit en Occident, au haut Moyen âge (A), et s'y est développée jusqu'à l'époque moderne et contemporaine (B).

(A) Le Moyen âge

Au Moyen âge, le *Talmud* de Babylone s'est imposé à tout le judaïsme d'Orient et d'Occident. Il est devenu l'objet privilégié de l'enseignement et il a même parfois occulté la Bible. Les raisons de ce succès sont à chercher dans plusieurs directions. Certes, sa richesse et son caractère elliptique ont excité l'intérêt et satisfait le besoin de spéculation intellectuelle. Il faut aussi prendre en compte l'attachement des juifs à un texte qui leur est propre, alors que le christianisme s'est approprié la Bible et

l'a reformée, recomposée en Ancien et Nouveau Testament. Le *Talmud* a ainsi servi de lien aux communautés juives, dispersées et privées d'une organisation aussi structurée et centralisée que l'Eglise.

Saadia Gaon (Haute Egypte, 885–Sura de Babylonie, 942) a été successivement recteur des deux académies talmudiques les plus réputées de Babylonie, l'académie de Pumbedita et celle de Sura. Saadia est célèbre pour avoir créé plusieurs type de littérature talmudique: le manuel d'apprentissage du *Talmud* de Babylone, la monographie halakhite, livre consacré à l'étude d'un domaine de la Loi. Il a donné au genre de la consultation juridique, demandée par une communauté ou par un particulier, une faveur et un éclat qui lui ont valu la dénomination de *responsa*, tirée de l'activité des jurisconsultes romains.

Saadia Gaon (*gaon*, «honorable sage») est surtout célèbre pour avoir subi l'influence du rationalisme hellénique, via le courant musulman mutazilite. Il relève que certains des dix commandements n'ont pas besoin de l'appui divin, car ils sont justifiés par la Raison, critère du vrai et du faux. La Raison justifie l'interdiction du meurtre, du vol, de l'adultère, du faux témoignage. Elle justifie aussi le respect d'un jour de repos, l'honneur dû aux parents. La prophétie, par contre, est nécessaire pour régler précisément le mariage, la propriété, les peines. La Raison (la philosophie) peut appuyer les vérités de la Révélation. La Révélation précise la Raison. Le principe «Un sage vaut mieux qu'un prophète» est susceptible de justifier la prééminence de la Raison sur la Révélation.

En Europe occidentale, le *Talmud* fut reçu, à partir du IX^{ème} siècle, en Espagne, en Italie, en Languedoc, en France, en Lotharingie. Un commentaire en est donné par Juda de Metz (960-1028).

Rashi (rabbi Shlomo ben Isaac) de Troyes (1040-1105), formé aux académies talmudiques (*yeshivot*) de Mayence et de Worms, a composé du *Talmud* de Babylone un commentaire qui est resté canonique jusqu'à nos jours. De nos jours, toutes les éditions du *Talmud* sont accompagnées de l'exégèse littérale de Rashi, qui forme un manuel standard pour l'accès à la Bible. Ce commentaire systématique, appuyé sur l'étude lexicale et philologique, a rendu accessible à tous les juifs, qu'il soit jeune étudiant débutant ou vieillard, un texte jusque là réservé, par son style elliptique, à quelques rares savants.

Pour l'intelligence et l'explication du texte, Rashi allie intuition, analyse, synthèse, pédagogie. Il est possible que l'adoption par Rashi de l'exégèse lexicale et grammaticale, remplaçant l'exégèse juive traditionnelle (*midrash*), soit le fruit d'une influence de la scolastique médiévale et de l'exégèse chrétienne (Anselme de Canterbury et Abélard). Les échanges entre exégètes chrétiens et juifs sont avérés,

aux XII^{ème} et XIII^{ème} siècles, en France, puis aux XIV^{ème} et XV^{ème} siècles, en Allemagne, Espagne, Italie. Rashi eut de nombreux disciples, en Champagne, en Lorraine, en Ile de France, en Rhénanie. Son exégèse de la Loi écrite et orale, ses commentaires de la *Torah* et du *Talmud* fournissent le sens obvie, évident, des Ecritures. Gagnant sa vie comme viticulteur de Champagne, il ne fut ni un enseignant, ni un juge. Sa langue a exercé une grande influence sur l'hébreu moderne et même contemporain. Il utilisa aussi le français pour expliquer l'hébreu, et il est probable qu'une traduction de la Bible en français ait été réalisée par son école.

Maïmonide naquit à Cordoue, alors capitale d'un émirat omeyyade, en 1138, et mourut au Caire, en 1204. Il avait fui Cordoue, lors des persécutions des juifs menées par les souverains musulmans Almohades, et s'était installé en Egypte. Il y exerça la médecine, tout en poursuivant l'étude du *Talmud* et en exerçant les fonctions de rabbin, d'enseignant, de consultant et de juge. Il appartenait à une famille de talmudistes. Outre des ouvrages de médecine, il donna des traités de théologie et de droit. Son *Commentaire de la Mishna* (1168) transforme un texte buissonneux en un code juridique clair et complet. Sa *Mishneh Torah* ou «Répétition de la Loi» (1180) est un abrégé du *Talmud* et un autre code de prescriptions mises à jour et classées.

Maïmonide, dans le *Livre des commandements*, identifie treize articles de foi, qui forment une sorte de credo juif, un genre de catéchisme. Son *Guide des perplexes* ou *Guide des égarés* (1190) est destiné aux juifs désorientés par les persécutions musulmanes et chrétiennes; il cherche à concilier judaïsme et philosophie; il voit dans la Loi une charte, une forme de constitution apportée par Moïse, prophète et législateur, au peuple d'Israël, afin de l'organiser et de l'unifier, de l'élever. Maïmonide se place dans la ligne d'Al Farabi (872-950), maître d'Avicenne, qui tenta d'accorder l'islam et l'hellénisme (*L'accord entre les doctrines des deux Sages: Platon et Aristote*).

(B) L'époque moderne et contemporaine

En Occident, la culture juive moderne et contemporaine fait coexister des courants divers: orthodoxe traditionnel interprétant la *Torah* littéralement; réformé et libéral, ouverts à la modernité. En Europe, la sécularisation de la pensée et les progrès de la liberté de conscience et de l'égalité juridique, à partir du XVII^{ème} siècle, ont libéré les juifs de l'enfermement du ghetto et des restrictions d'activité. L'émancipation des juifs a connu une étape historique avec le décret pris par l'assemblée nationale constituante, le 27 septembre 1791, octroyant l'émancipation aux juifs français.

Baruch Spinoza (1632-1677), au contact des milieux religieux si divers de l'Amsterdam du XVII^{ème} siècle, a été l'un des précurseurs de l'étude critique de la *Torah*. Son *Traité théologico-politique* (1670) et son *Traité politique* (1677) analysent la *Torah* comme une œuvre politique profane, au moyen de l'étude philologique, grammaticale, sociologique. A la même époque, une démarche similaire est entreprise par un ecclésiastique français, Richard Simon (1638-1722), auteur d'une *Histoire critique du texte du Nouveau Testament* (1678), qui vaut à Simon les sanctions de l'Eglise, son exclusion de l'ordre de l'Oratoire.

Moïse Mendelssohn (1729-1786), brillant représentant du mouvement des Lumières en Allemagne, chercha à concilier le rationalisme et le judaïsme. Pour lui, les vérités auxquelles on accède par la raison sont accessibles à tous, de sorte que la *Torah* n'est pas une révélation, une religion révélée, seulement une législation révélée au peuple juif, gardien des vérités religieuses. Dans un ouvrage intitulé *Jérusalem ou Pouvoir religieux et Judaïsme* (Berlin, 1773), Mendelssohn reconnaissait l'existence d'une religion naturelle, commune à tous les hommes, la religion des patriarches (Noé, Abraham), à laquelle sont liées les sept lois noachides, et aussi l'existence d'une loi révélée aux juifs. Pour les gentils, la majeure partie de l'humanité, Mendelssohn admet la plus grande liberté de conscience, si l'on s'en tient aux obligations de la religion naturelle. Kant lui écrivit immédiatement :

Vous avez su concilier votre religion avec une liberté de conscience telle qu'on ne l'aurait jamais cru possible de sa part, et dont nulle autre ne peut se vanter. Vous avez en même temps exposé la nécessité d'une liberté de conscience illimitée à l'égard de toute religion, d'une manière si approfondie et si claire que, de notre côté aussi, l'Eglise devra enfin se demander comment purifier sa religion de tout ce qui peut opprimer la conscience ou peser sur elle.

Léopold Zunz (1794-1886) reprend la démarche de Spinoza et place l'étude du judaïsme dans le sillage de la science. Il fonde la «science du judaïsme» et plaide pour l'intégration de l'étude du judaïsme dans l'enseignement universitaire. Il veut que la contribution du judaïsme à de nombreux domaines du savoir soit évaluée objectivement et reçoive sa place dans l'histoire des lettres (la poésie notamment) et des sciences. Il fonde, en 1822, la «Revue pour la science du Judaïsme» (*Zeitschrift für die Wissenschaft des Judenthums*).

Cette science doit appliquer à l'étude de la *Torah* et de la littérature juive les méthodes scientifiques de la critique littéraire: critique historique, philologique, idéologique. Ses études sur les cinq livres du Pentateuque (Genèse, Exode, Lévitique, Nombres et Deutéronome), sur certains prophètes (Ezéchiel) et sur le Livre d'Esther le conduisent à remettre en cause les conceptions traditionnelles. Il

prouve notamment l'illusion du dogme que Moïse aurait été l'auteur du Pentateuque, par l'étude comparée de l'histoire religieuse d'Israël, de l'Égypte, de la Mésopotamie, au moyen de l'exégèse des textes et de l'archéologie.

Abraham Geiger, modéré, et Samuel Holdheim, audacieux, lancent le mouvement de réforme du judaïsme. Ils défendent la conception que le judaïsme doit intégrer l'idée de progrès, si puissante au XIX^{ème} siècle: la *halakha* doit évoluer. Le mouvement de réforme s'interroge sur la nature des rites, ordonnances divines ou simples symboles ayant une fonction immédiatement compréhensible. Zunz explique par des considérations historiques l'état présent du rite de l'office de la Synagogue dans *Die Ritus des Synagogen Gottesdienst geschichtlich entwickelt* (1859).

Franz Rosenzweig (1886-1929) a défendu, au début du XX^{ème} siècle, l'idée que le caractère révélé et sacré de la *Torah* n'excluait pas de soumettre son texte à une étude de son processus de rédaction et de son contenu, avec les moyens que procurent les méthodes scientifiques modernes de critique des textes littéraires, profanes ou sacrés. Dans *Der Stern des Erlösung*, «L'étoile de la rédemption» (paru en 1929), il affirme que la fidélité à la Loi écrite (*Torah*) et orale (*Mishna* et *Talmud*) et le respect dû à ses prescriptions n'interdisent pas l'étude scientifique des textes sacrés.

Pour R. Goetschel,³³⁵ «Il y a là deux plans de vérités qui, loin de s'exclure, ont à s'articuler l'un à l'autre». Cette idée a été partagée, à la même époque, le début du XX^{ème} siècle, par des théologiens et philologues catholiques, notamment le père Lagrange, fondateur de l'École archéologique et biblique de Jérusalem, dont l'action a été poursuivie par le père de Vaux. Cette conception permet de persévérer dans l'approfondissement, l'enrichissement et l'actualisation aux besoins contemporains des textes sacrés plurimillénaires.

Le droit hébraïque est l'une des sources du droit de l'État d'Israël, qui ne connaît pas la séparation de la religion et de la cité, de la Synagogue et de l'État. Le droit de l'État d'Israël, fondé en 1948, puise à diverses sources. Il comprend des emprunts aux droits romanistes comme aux droits de *common law*. Il comprend également des dispositions tirées du droit hébraïque.

Section II. Le Droit Canonique

Le droit canonique, parfois dénommé «droit canon», peut être défini comme le droit constitué des règles ou «canons» (du mot grec *kanon*, «norme», «règle», d'où

335 Article *Torah*, de C. Touati, à l'*Encyclopaedia Universalis*, 1968, vol 16.

«les canons de la beauté») qui président à la vie institutionnelle de l'Eglise (ou droit ecclésiastique), à sa vie pastorale, et qui règlent la vie des fidèles.

Le droit canonique a, pendant longtemps, été peu développé. Le Christ se proposait de remplacer la Loi de Moïse, avec ses prescriptions religieuses et juridiques détaillées, par la Loi de l'Amour. Aussi, dans l'Eglise, l'enseignement du droit était-il réduit, et le recours aux tribunaux découragé: dans ses conflits, le chrétien devait éviter la justice publique, et se tourner vers ses pasteurs, prêtres et évêques, qui interviendraient comme arbitres. L'institutionnalisation de l'Eglise, la formation d'une véritable monarchie pontificale, le Saint-Siège romain, a changé cette situation. L'Eglise s'est donné un droit élaboré: le droit canon. Ce droit canon s'est émancipé de la théologie, tout en gardant son autonomie par rapport à l'enseignement du droit romain, et il a constitué une discipline autonome à partir du XII^{ème} siècle. Les «facultés de Décret», du nom de l'œuvre fondatrice de Gratien, ont gardé leur indépendance par rapport à la faculté de théologie et à la faculté de lois (romaines).

Le droit ecclésiastique a profité du mouvement de création d'ordres religieux nombreux, aux X^{ème}, XI^{ème} et XII^{ème} siècles: chartreux, franciscains, dominicains, qui fonctionnaient de manière démocratique: élection des abbés, assemblée régulière des délégués des divers monastères au siège de la maison-mère ... Le droit ecclésiastique a également profité de la construction de la monarchie pontificale et des débats entre partisans de l'autorité absolue du pape et tenants du pouvoir des évêques réunis en conciles: absolutisme et conciliarisme. Guillaume d'Ockham et Marsile de Padoue (auteur du *Defensor pacis*) défendent une conception sécularisée de la vie religieuse et une conception démocratique de la vie de l'Eglise: «Le peuple est le législateur humain»: *Populus legislator humanus*.

Le droit canonique a profité surtout de la renaissance de l'étude du droit romain. Au X^{ème} siècle, les canons de l'Eglise formaient un ensemble touffus: ce corps émanait de sources nombreuses et ses règles étaient parfois contradictoires (Paragraphe 1). Les efforts des premiers compilateurs, aux X^{ème} et XI^{ème} siècles, puis la renaissance de l'étude du droit romain, au début du XII^{ème} siècle, furent les bases sur lesquelles les clercs canonistes opérèrent la mutation du droit canonique en un droit savant (Paragraphe 2). Aux XIII^{ème} et XIV^{ème} siècles, le droit canonique s'est enrichi de créations fécondes (Paragraphe 3). Il a été ensuite confronté la critique de la modernité (Paragraphe 4).

Paragraphe 1. Les sources du droit canonique

Les sources du droit canonique étaient nombreuses, autour de l'an Mille, après dix siècles de christianisme. Les écrits de diverses autorités ecclésiastiques (A) furent rassemblés dans de premières compilations (B).

(A) Les autorités du droit canonique

Dès le IIème siècle de notre ère, la juridiction des évêques se constitua. Se basant sur une épître de saint Paul, les chrétiens réglaient leurs différends par la voie de l'arbitrage, et non par des recours devant le tribunal du gouverneur ou celui du préteur. Et ils choisissaient naturellement leur évêque comme arbitre commun. Un droit coutumier, un droit populaire, des premiers chrétiens, se forma, pendant les IIème et IIIème siècles, de manière confidentielle, car les chrétiens faisaient l'objet de persécutions chroniques de la part des empereurs.

Du IVème au VIIème siècle, l'Eglise devint une institution de l'empire romain. Elle fut d'abord autorisée, puis élevée au statut de religion, de culte, et d'institution de l'Etat romain. Parallèlement à cette institutionnalisation, interne et externe, ses articles de foi, son *credo*, se formaient.

Un premier corps de règles se constitua, issu de plusieurs sources. Des extraits des Ecritures saintes et des canons apostoliques, règles des apôtres, prescriptions mises faussement sous l'autorité d'apôtres (les douze disciples «envoyés» par Jésus Christ pour prêcher l'Evangile) formèrent une première source. Les canons des conciles, règles adoptées par des assemblées des évêques, ou canons conciliaires, constituèrent la seconde source. On distingue les canons des conciles œcuméniques (de toute la chrétienté, comme ceux des conciles de Nicée, de Thessalonique ...) des canons des conciles (ou synodes) nationaux ou régionaux. Les canons conciliaires ont fixé les règles de conduite des ecclésiastiques, ou discipline de l'Eglise, sous l'influence du droit judaïque, et les règles des relations juridiques privées: mariage, adoption et relations commerciales entre chrétiens notamment.

A côté des canons, une autre source ancienne du droit canonique est constituée par les sentences et opinions des Pères de l'Eglise, ces interprètes de la tradition répondant à des conditions d'antiquité, de sainteté et d'orthodoxie: Ignace (évêque d'Antioche) et Irénée (évêque de Lyon), au IIème siècle; puis, à l'âge d'or des IVème et Vème siècles, les cinq grands Pères grecs: Athanase (évêque d'Alexandrie), Basile (évêque de Césarée), Grégoire (évêque de Nyssé et frère de Basile), Grégoire de Naziance (évêque de Constantinople et ami de Basile) et Jean Chrysostome; et les quatre grands Pères latins: Ambroise (évêque de Milan), Jérôme (auteur de la Vulgate), Augustin (évêque d'Hippone) et Grégoire le Grand

(pape). On associe aux Pères de l'Eglise, Hilaire (évêque de Poitiers) et Isidore (évêque de Séville) et d'autres encore.

Une autre source encore du droit canonique est constituée par des lettres des papes (*letterae* ou *epistolae*) appelées aussi décrétales, qui étaient des réponses des papes aux questions des évêques embarrassés par un problème difficile: ces lettres continuaient la tradition des *responsa* des empereurs romains. D'ailleurs, certaines constitutions impériales des empereurs chrétiens qui, comme Constantin, se disaient «évêques du dehors», et intervenaient dans la vie de l'Eglise, étaient incluses dans les collections de droit canonique.

Il faut aussi y inclure des opinions et sentences des Pères de l'Eglise et autorités associées, tel Isidore de Séville (570-636), évêque de cette ville et savant, qui fut l'auteur d'un lexique encyclopédique, les «Livres sur les origines et étymologies des mots» (*Originum sive etymologiarum libri*). Parmi les sources multiples du droit canonique, on comptait, enfin, quelques statuts des évêques (statuts épiscopaux) et des synodes (statuts synodaux promulgués par les évêques), des règles d'ordres monastiques (règles bénédictine et colombanienne) et des capitulaires francs.

Ce premier corps de droit canonique était divers, polymorphe, difficilement accessible, mal connu. Ces caractères posaient des problèmes de conservation, de diffusion et de cohérence des règles. Et les divergences d'autorité étaient, en cette matière religieuse, une source de scandale. Elles rendaient nécessaires l'élaboration de recueils.

(B) Les premiers recueils

Des collections de canons furent réalisées dès le VI^{ème} siècle. On connaît une *Dyonisiana* (de 527), une *Vetus Gallica* (élaborée à Lyon, en 600), une *Hispana* (de 633, réalisée par un certain Denis d'Espagne), une *Dyonisia Hadriana* (de 774, remise par Adrien Ier à Charlemagne), une *Pseudo Isidorienne* (de 850). Au IX^{ème} siècle, des recueils de faux capitulaires et de fausses décrétales papales circulaient, qui avaient été établis pour soustraire l'Eglise à l'emprise des princes laïques, pour restaurer l'autorité des pontifes et des évêques, et pour mettre un terme aux désordres. Deux recueils de ce type sont bien connus: l'un d'eux aurait été rédigé sur les instructions d'Abbon de Fleury, abbé de l'abbaye de Fleury (à proximité d'Orléans); l'autre sur les instructions d'un abbé allemand, Réginon de Prüm.

Puis, après l'an Mille, deux ecclésiastiques entreprirent de rassembler ces textes dispersés: Burchard de Worms, au XI^{ème} siècle, puis Yves de Chartres au XII^{ème}. Worms avait été la capitale des Burgondes, et elle était, au XI^{ème} et XII^{ème} siècles, le siège d'un évêché très important, où fut signé le concordat qui mit fin à la

Querelle des Investitures (1122), et où se tinrent de nombreuses diètes impériales. Le Décret de Burchard de Worms, rédigé vers 1010, montre un souci d'ordre et présente un arrangement par matières.

Chartres était également le siège d'un évêché important et d'une école épiscopale très active. Son évêque, Yves (1090-1115), fut un canoniste de premier plan. Ses œuvres comptent une Collection tripartite (*Tripertita*), un Décret, qui traite du droit canonique par matière, et une Panormie, qui comprend une introduction de droit romain. Le prologue du Décret expose des règles d'interprétation des textes et fournit une méthode de conciliation. Yves de Chartres fut l'inventeur de la distinction des deux investitures (spirituelle et temporelle), qui permit la solution de la Querelle des Investitures par le concordat de Worms de 1122, qui éteignit, pour un temps, le conflit entre la papauté et l'empire.

Paragraphe 2. Le droit canon, droit savant

Le grand phénomène des XII^{ème} et XIII^{ème} siècles, dans l'histoire du droit canonique, fut sa transformation, plus d'un millénaire après ses débuts, en un droit savant. Cette mutation est l'une des dimensions de la renaissance intellectuelle qui s'est produite pendant ces deux siècles. Elle fut rendue possible par l'activité d'un moine presque inconnu, Gratien, qui vécut à Bologne, dans le milieu des légistes et des canonistes, un demi-siècle après les débuts de l'école de droit de Bologne et la renaissance du droit romain. Son grand œuvre, le «Décret», ou «Concorde des canons discordants» (A), devint immédiatement le fondement du droit canonique et encouragea une féconde activité législative et doctrinale (B).

(A) Le Décret de Gratien et les décrétistes

L'activité de Gratien (1) montra la voie aux canonistes, qui se mirent à gloser et à commenter son œuvre (2).

(1) Le Décret de Gratien

Nous parlerons de l'homme (a), de son grand œuvre, le Décret (b), et de quelques-unes de ses créations (c).

(a) Gratien

L'homme est très mal connu. On sait qu'il fut moine de l'ordre camaldule. Cet ordre, monastique et érémitique, avait été fondé en 1010, par saint Romuald, un ermite italien de Ravenne, dans une vallée isolée de Toscane (Camaldoli), et il suivait la règle de saint Benoît. Cet ordre est apparu dans le mouvement de création des ordres d'ermites et de moines du XI^{ème} siècle, auquel appartient également l'ordre des chartreux, fondé par saint Bruno en 1084.

Gratien était originaire de Toscane. Il fit ses études de droit à Bologne, puis il s'y fixa. La période de sa vie intellectuelle active et créatrice, de 1110 à 1060, fut celle où œuvrèrent les quatre docteurs (Bulgarus, Martinus, Hugo, Jacobus), élèves d'Irnerius, qui formaient la deuxième génération des romanistes bolonais. Gratien fut donc mêlé étroitement à la première renaissance du droit romain à la nouvelle université de Bologne.

(b) L'œuvre

Nous étudierons successivement le contenu, le plan, et la méthode d'élaboration du Décret par Gratien.

- Le *Décret* de Gratien est un exposé logique du droit canonique, une synthèse doctrinale, une œuvre savante et privée, publiée vers 1140. C'est une œuvre privée, car Gratien l'entreprit de son initiative, semble-t-il, et la réalisa seul. Le Décret n'obtint pas une approbation, ni d'une promulgation pontificale rapide. Ce fut donc, dans un premier temps, un code privé. C'est une œuvre savante: Gratien a sélectionné les canons et autres textes les plus importants.

Parmi les 4000 textes, on relève 1500 canons des apôtres et des conciles (géographiquement classés), 900 citations de Pères de l'Eglise et auteurs ecclésiastiques ultérieurs (de Hermas, au II^{ème} siècle, à Anselme, au XII^{ème}, en passant par Ambroise, Grégoire le Grand ...), 200 textes d'origine séculière, dont 100 de droit romain, des décrétales des papes (depuis Anicet, en 90, jusqu'à Innocent II, contemporain de Gratien).

Une hiérarchie des sources se dessine: les paroles du Christ sont placées au sommet, les canons des conciles œcuméniques reçoivent une autorité supérieure à celle des conciles nationaux ou provinciaux, et les décrétales des papes aux lettres des évêques. Gratien a retenu tout ce qui était acceptable et nécessaire au bon fonctionnement de l'Eglise du XII^{ème} siècle. Il en a fait une compilation raisonnée présentée selon un plan logique, inspiré en partie du Digeste de Justinien.

- Le *plan* du Décret est formé de trois parties. La première partie porte le titre «Du droit de la nature et de la constitution» (*De iure naturae et constitutionis*). Elle s'ouvre par des généralités et une théorie des sources, qui sont largement inspirées de droit romain. Gratien donne des définitions fondamentales qui, comme au livre Ier du Digeste, marient les corps du droit (droit naturel, droit divin, droit humain, droit des gens) aux sources du droit: *fas, ius, lex, mos, consuetudo*. Il emprunte des définitions à Isidore de Séville, auteur d'un lexique encyclopédique. La deuxième partie du Décret est intitulée *Causa* et porte sur toutes sortes de questions. La troisième partie, dont l'intégration à l'œuvre de Gratien, à l'origine, est discutée, porte le titre «De la pénitence» (*De consecratione*).

- La *méthode* très féconde adoptée par Gratien est dérivée de la scolastique médiévale (philosophie logique): le raisonnement par *sic et non* ou «pour et contre» dans la discussion d'une question disputée (*disputatio*), par exemple celle de la peine de mort. Cette méthode explique le sous-titre du Décret: la «Concorde des canons discordants».

Sur chaque question, Gratien fournit les textes, les explique en les interprétant, expose les deux opinions qui s'affrontent, en citant des autorités canoniques, et propose une conciliation. Tenant la plume pour lui-même, il annonce d'abord les textes, dans une *summa* («sommaire» ou «résumé») placée en tête. Le *summarius* est l'opération qui consiste à résumer la doctrine que Gratien veut exposer et utiliser pour son exposé. Puis il cite les textes des canons, des Pères, des décrétales, des constitutions impériales et des opinions des jurisconsultes romains ... sur un cas. Il indique, par des insertions dans les textes (appelés *dicta Gratiani*), ses remarques personnelles, ses explications, les discordances, ses essais de rapprochement par l'identification d'un principe: son but est de «concilier les canons discordants».

Pour l'explication, il a recours à la glose et, pour la conciliation, à la méthode scolastique du *Sic et non* d'Abélard. Cette méthode mène souvent à la distinction de cas, attribuant aux règles des hypothèses d'application différentes, des objets et des champs divers.

(c) Quelques créations et extraits du Décret de Gratien

Parmi ses apports à la science du droit, on mentionnera sa théorie du mariage. Puis on citera quelques adages sur la justice.

On peut attribuer à Gratien une distinction nouvelle en matière de mariage. Avant lui, le droit romain, repris en France par la doctrine médiévale, s'appuyait sur une dualité: les fiançailles, puis le mariage. Gratien voyait la formation du mariage comme un processus en trois étapes. Il distinguait *matrimonium initiatum, ratum, consummatum*: le mariage était commencé par les fiançailles, puis conclu par le sacrement, enfin consommé par l'union des corps. Des sanctions et un régime différents s'appliquaient à chaque étape.

Gratien, comme tous les canonistes, s'est beaucoup intéressé à la justice. En matière criminelle, il écrit: «L'ignorance (l'inconscience) est une excuse»: *Ignorantia hunc excusat*. «Le crime ne salit pas le tiers ignorant»: *Alienum crimen nescientem non maculat*. «Nul crime ne salit l'ignorant»: *Nullius crimen maculat nescientem*, citation tirée d'une œuvre de saint Augustin (D. ca 1, quest 4).

En matière d'administration de la justice, Gratien écrit: «Nul n'est valablement condamné hors de l'organisation judiciaire»: *Nullus sine iudiciario ordine dampnari valeat*. «On n'est pas condamné de façon valable à moins d'être confondu ou d'avoir acquiescé»: *Dampnari non valeat nisi aut convictus aut sponte confessus*, tiré de saint Augustin encore (D. 2, ca 2, quaest 1). «Ceux qui sont perdus de réputation ne peuvent être juges»: *Infames iudices esse non possunt*. «Trois sortes de personnes sont empêchées d'être juges: par la nature ..., par la loi ..., par la coutume ...»: *Tria sunt quibus impediuntur ne iudices fiant: natura ..., lege ..., moribus ...* (D. 2, ca 3, quaest 7).

Le principe du contradictoire, du devoir du juge de faire comparaître et d'écouter les deux parties, avait été posé par Sénèque, dans un ordre adressé au juge: «Entend l'une et l'autre parties!»: *Audi alteram partem!* Ce principe est posé, en des termes de technique juridique, dans des lettres attribuées respectivement aux papes Télesphore, Eleuthère et Callixte: «Si le défendeur n'est pas présent, l'accusateur ne sera pas entendu»: *Nisi reo presente, accusator non audiatur*; «Si l'adversaire est absent, il n'est pas licite de rendre la sentence»: *Absente adversario, sententiam ferri non licet*; «Si le défendeur est absent, l'accusateur ne sera pas entendu»: *Absente reo, accusator non audiatur* (D. 2, ca 1, quaest 9).

La question de la charge de la preuve est traitée au moyen d'une lettre du pape Grégoire le Grand: «La charge de la preuve n'incombe pas au défendeur»: *Onus probationis reo non incumbit* (D. 2, ca 6, quaest 5). Aujourd'hui, cet adage est plus souvent exprimé de façon positive³³⁶: *Onus probandi incumbit actori* ou *Actori incumbit probatio*: «La preuve incombe au demandeur».

Le principe fondamental de la compétence du tribunal du domicile du défendeur est exposé de manière lapidaire et attribué à Pélage: «Le demandeur suivra le for du défendeur»: *Actor sequitur forum rei* (D. 2, ca 11, quaest 1). Cet adage très célèbre a traversé les siècles, et il a été repris tel quel par la doctrine contemporaine³³⁷.

La compétence exclusive des officialités sur les clercs est posée a contrario par une lettre du pape Gaius: «Devant le juge séculier, nul clerc ne sera appelé à comparaître»: *Apud secularem iudicem, nullus clericus conveniatur*. Les jugements de l'officialité épiscopale doivent être exécutés dans tous les cas, même dans le cas d'iniquité: «La sentence du pasteur, qu'elle soit juste ou injuste, doit être crainte et

336 Voir la liste des adages latins au *Vocabulaire juridique* de G Cornu et al.

337 Ibid.

exécutée»: *Sententia pastoris, sive iusta sive iniusta fuerit, timenda est* (D. 2, ca 11, quaest 3).

(2) Les décrétistes

Le Décret de Gratien suscita immédiatement l'intérêt des canonistes de son temps et des générations immédiatement suivantes, qui furent désignés du nom de «décrétistes».

Les décrétistes recoururent, dans l'étude du Décret, aux méthodes du droit romain: l'exégèse des sources par la glose, l'analyse terminologique. Ces gloses furent d'abord placées autour du texte et formaient son ornement ou apparat. Elles furent ensuite parfois réunies en *Apparatus* ou «Appareil», ouvrage indépendant formé des gloses, des notes, sur le livre glosé. Comme les légistes (romanistes), les décrétistes canonistes rédigeèrent aussi des «Sommes au Décret» (*Summae decreti*), des *Quaestiones*, et des monographies, en particulier sur le mariage et sur la procédure, matières qui les intéressaient particulièrement.

Paucapalea fut peut-être le premier disciple de Gratien. Son nom apparaît dans certaines des premières copies du Décret. Roland et Ruffin furent d'autres décrétistes de la première génération, qui écrivirent des gloses et *Summae* (résumés – discussions) au Décret. Huguccio de Pise fut aussi l'auteur de gloses aux *Summae* du Décret. Laurent d'Espagne fut un autre décrétiste.

Jean le Teutonique rédigea (1212) une Glose au Décret, qui fut révisée par Barthélémy de Brescia (1236). La Glose révisée devint une référence, la «Glose ordinaire» au Décret. Elle fut le pendant, en droit canonique, de la Grande glose d'Accurse en droit romain, écrite à la même époque.

Huguccio de Ferrare fit de même à la fin du XIIème siècle. Le cardinal Henri de Suse, évêque d'Ostie, dit pour cela «Hostiensis», rédigea la *Summae aurea*, selon la méthode d'enseignement des Italiens de Bologne, le *mos italicus docendi*.

Cette activité fut le prélude, et elle posa les fondements, d'une explosion de législation ecclésiastique, qui fut l'œuvre des papes réformateurs des XIIème et XIIIème siècles.

(B) Les décrétales et les décrétalistes

L'activité législative pontificale prit la forme de décrétales (1) qui furent, à leur tour, d'abord compilées, puis prises pour objet d'études par les décrétalistes (2), ces canonistes des XIIIème, XIVème et XVème siècles, qui marchaient dans les pas des décrétistes.

(1) Les décrétales des papes

La chancellerie pontificale promulguait de nombreux textes sur les instructions des papes, qui furent rapidement compilés.

La réforme grégorienne conduite par Grégoire VII, de 1073 à 1095, amena une activité législative pontificale intense, antérieurement au Décret de Gratien. Les *dictatus papae*, ou «dictats du Pape», portent aussi les noms de «lettres» (*letterae* ou *epistulae*), de décrétales (*lettera decretales*), selon le contexte. Les papes ultérieurs exercèrent également une intense activité normative: Alexandre III signa 900 décrétales en trente ans de règne (1151-1181).

Des compilations privées furent d'abord rédigées par des clercs canonistes. La *Compilatio prima* comprenait, d'une part, un ouvrage de Bernard de Pavie, dont la matière des chapitres formait une liste mnémotechnique, facile à retenir pour les étudiants: *iudex / iudicium / clerus / conubia / crimen*: «juge / justice / clergé / mariages / crime». La *compilatio* comprenait, d'autre part, un «Bréviaire» ou «Abrégé» des Extravagantes. Une *Compilatio secunda* et une *Compilatio tertia* comprenaient d'autres décrétales. Et une *Compilatio quarta* et une *Compilatio quinta* des canons. Ces compilations privées furent les précurseurs des compilations officielles rédigées par des canonistes sur les ordres des papes.

Le *Liber extra* ou «Livre complémentaire» (au Décret) fut compilé par le dominicain espagnol Raymond de Pénanfort, à l'instigation de Grégoire IX, en 1230. Il comprenait des décrétales de papes, jusqu'à Grégoire IX, et était formé de cinq livres. Il fut adressé par le pape aux universités de Bologne et de Paris, en 1234, pour y être enseigné, et pour être utilisé dans les procès devant les officialités. Le *Liber Sextus* ou «Livre sixième» (ou «Sexte») est une autre compilation officielle, publiée en 1298 sur l'ordre de Boniface VIII, l'adversaire de Philippe le Bel. Les «Clémentines» furent rédigées, entre 1314 et 1317, sur les instructions de Clément V, premier pape d'Avignon. Les Clémentines comprenaient les décrétales du concile de Vienne de 1301. Elles furent adressées par le pape aux universités de Paris et d'Orléans, pour y être enseignées dans les facultés de Décret. Un autre recueil, les «Extravagantes» (du surnom donné aux décrétales qui «divaguaient à l'extérieur» des recueils précédant) de Jean XXII, compilé entre 1324, sur l'ordre de Jean XXII, et les «Extravagantes communes» par Jean Chappuis en 1500.

L'ensemble de ces compilations furent réunies par deux canonistes, en 1582, en un compendium promulgué par Grégoire XIII, sous le titre de *Corpus Iuris Canonici* ou «Corpus du Droit Canonique», à l'imitation du *Corpus Iuris Civilis* ou «Corpus du Droit Civil», formé des compilations de Droit romain de l'empereur

Justinien. Cette publication illustre les séparations qui s'étaient accomplies: entre droit romain et droit canonique, d'une part, entre droit canonique et théologie, de l'autre.

(2) Les décrétalistes

Comme le Décret, les décrétales suscitèrent des gloses et des commentaires. Parmi les décrétalistes, on peut citer un pape, grand juriste, Innocent IV, un cardinal, Hostiensis, un évêque, Guillaume Durant, mort en 1296, auteur du *Speculum iudiciale*. Bernard de Parme fut l'auteur de la synthèse de leurs gloses, la Glose ordinaire aux décrétales. Tous ces canonistes combinaient la science des canons de l'Eglise et celle des lois romaines.

L'Eglise, en ses premiers siècles, à partir de sa reconnaissance par le pouvoir, a vécu sous la loi romaine (*Ecclesia vivit lege romana*). A la renaissance du droit romain, au XII^{ème} siècle, la papauté a d'abord été hostile au droit romain, vu comme le support des prétentions de l'empereur germanique: Honorius II, en 1219, en avait interdit l'enseignement à Paris (Bulle *Super speculam*). Une fois l'empire affaibli, après la mort de Frédéric II et le Grand Interrègne (1254-1273), et une fois le droit canonique fortifié, l'Eglise a adopté de façon formelle le droit romain: les *leges* romaines constituent un droit subsidiaire (D. 10, ca 6).

Un rapprochement entre le droit romain et le droit canon s'est opéré, une harmonie s'est établie entre les deux disciplines, une coopération féconde s'est instaurée entre les légistes et les canonistes. Les étudiants en droit les plus brillants cherchaient à se former dans les deux disciplines du droit romain et du droit canon, «dans l'un et l'autre droit»: *in utroque iure*. Un adage latin de l'école et du palais disait: «Un légiste vaut peu de chose sans les canons, et un canoniste ne vaut rien sans les lois»: *Legista sine canonibus parvum valet, canonista sine legibus nihil*.

Cette émulation stimulante et créatrice entre canonistes et romanistes a été à l'origine de nombreux progrès de la science du droit.

Paragraphe 3. Les créations des canonistes du Moyen âge

On a déjà mentionné quelques apports de Gratien: sa théorie du mariage et des adages relatifs à la justice, à la procédure en particulier. Ici, à la fin de nos développements sur le droit canon du Moyen âge, nous partagerons nos développements en droit public (A) et droit privé (B).

(A) Le droit public

Nous parlerons de la justice (1), du droit ecclésiastique (2) et de la souveraineté (3).

(1) La justice

La matière de la justice a beaucoup intéressé les canonistes, qui ont innové dans la procédure civile et dans la procédure pénale, tout en reprenant les traditions des procès civil et criminel romains.

Au civil, ils ont forgé la «procédure romano-canonique», basée sur les principes de la procédure extraordinaire, ou cognitoire, du Bas empire romain. Ils ont aussi repris les principes du droit romain de l'arbitrage. L'organisation et la procédure de la justice canonique, au civil, ont inspiré les légistes royaux, quand ils ont institué les juridictions du roi, du XIIème au XVème siècle.

Au criminel, les canonistes ont repris bien des principes du procès romain, notamment quand ils ont créé l'Inquisition, au début du XIIème siècle, pour lutter contre l'hérésie cathare ou albigeoise, dont les officialités épiscopales ne parvenaient pas à contenir la diffusion. Ils ont aussi créé: ils ont façonné le parquet, ministère public, qui défend la loi et l'institution; ils ont aussi conçu le greffe, qui conserve les actes de procédure et autres archives de la juridiction.

En matière de crimes et délits, les canonistes, fidèles à la doctrine chrétienne de la liberté, de l'éminente dignité de l'homme, et de la responsabilité de l'individu, ont retrouvé les principes romains de la personnalité de la faute, de son intentionnalité, déjà présents dans la loi des XII Tables, de 450 av. J.-C., comme le principe de la personnalité de la sanction. L'inspiration religieuse du droit canon se traduit, en droit pénal, par l'idée que la peine ne vise pas seulement à punir le délinquant, à dédommager la victime, à protéger les tiers. La religion se donnant pour but le salut des âmes, la peine doit encore encourager le criminel à s'amender, à racheter sa faute, et à préparer son salut par ses œuvres, par ses actes. Aussi, les canonistes manifestent-ils une préférence pour l'emprisonnement. La peine de mort empêche le coupable de se racheter. La prison ou «mur» présente plusieurs avantages, et constitue un réel progrès du droit canonique, par rapport au droit féodal: elle permet de protéger les tiers des récidives, et elle donne au condamné l'isolement et le temps nécessaires à la réflexion, à la pénitence, à la rédemption.

En matière de preuve, les canonistes ont lutté contre les preuves irrationnelles et retrouvé les preuves romaines.

(2) Le droit ecclésiastique

Le droit ecclésiastique est cette branche du droit canonique qui traite des institutions de l'Eglise: c'est le droit constitutionnel de l'Eglise.

Les canonistes ont retrouvé l'idée et la notion romaine de magistrature publique sous le nom de «dignité». La *dignitas* de pape ne meurt pas avec le pontife lui-

même: *Dignitas non moritur*. La fonction et l'institution que le titulaire de la fonction a servie sont immortelles.

Les canonistes ont emprunté au modèle romain l'idée que le chef de l'institution, en l'occurrence l'Eglise, est législateur. Le pape est législateur central, dès le XIème siècle, avec Grégoire VII, alors que les monarques français et anglais attendront le XIIIème siècle. Ces rois façonneront leur pouvoir à l'imitation du pouvoir des papes. Les légistes de la chancellerie pontificale imitent le style autoritaire de la chancellerie impériale du Bas empire romain: les bulles et décrétales se terminent par la même formule impérative: «Nous ordonnons que ...»: *Sanximus* ... Là encore, les papes servent de modèles aux rois. Et c'est encore à l'imitation des constitutions impériales que les lettres pontificales sont compilées: le *Liber extra* de 1234, de Grégoire IX et de Raymond de Penafort, imite le Code Théodosien et le Code Justinien. C'est encore à l'imitation des compilations canoniques que les lois royales seront regroupées dans des recueils, avec des siècles de retard.

(3) La théorie de la souveraineté

En droit public toujours, les canonistes ont construit une théorie de la souveraineté. En cette matière, ils ont lutté avec les légistes.

Au milieu du XIIème siècle, l'empereur Frédéric Barberousse aspire à imposer sa primauté à l'Europe, Saint Siège compris. La destruction de Milan (1162) fut immédiatement suivie de la diète de Roncaglia, au cours de laquelle les docteurs bolonais apportèrent leur soutien aux prétentions de l'empereur et dressèrent la liste de ses compétences régaliennes, de ses compétences réservées (*iura reservata*). Le conseiller de Frédéric Barberousse, Otto de Freising, qualifiait ce pouvoir de *dominium mundi*, et d'*auctoritas ad quam totius orbis spectat patrociniū*. Près d'un siècle plus tard, Frédéric II (1212-1250) se déclarait «prince de la communauté séculière»: *corpus saecularium principis*. Pour lui, le pape n'était que le chef de «la République de la chrétienté universelle»: *Res publica universae christianitatis*.

Face à ces prétentions impériales justifiées par les légistes bolonais, les canonistes de la fin du XIIème siècle défendent les prérogatives des rois, en assimilant les fonctions des empereurs à celles des rois. Dès 1140, Gratien écrit: «La constitution ou l'édit est ce que le roi ou l'empereur constitue ou édicte»: *Constitutio vel edictum est quod rex vel imperator constituit vel editit*. En 1160, Etienne de Tournai, un orléanais, qui avait étudié à Bologne, et qui était devenu évêque de Tournai, écrivait, dans sa *Somme*, une glose d'une formule du Décret de Gratien («roi en son royaume»: *rex in regno suo*): «On appelle le même, roi ou empereur» (*Vel eundem vocat regem et imperatorem*). En 1180, Huguccio de Pise

écrivait dans sa *Somme au Décret*: «On parle de roi, et on peut aussi parler d'empereur; en effet, dans toute province, il doit y avoir un seul juge princier et suprême»: *Rex dicitur, imperator vel potest dici, quod in qualibet provincia debet esse unus iudex principalis et major.*

Au début du XIII^{ème} siècle, Alain écrit, sur la décrétale *Si duobus* (X II, 28 c 7) d'Alexandre III (1159-1181): «Le roi a autant de pouvoir en son royaume que l'empereur en son empire»: *Tantum iuris habet in regno suo, quantum imperator in imperio.* Le pape Innocent III, lui-même, écrit dans la Décrétale *Per venerabilem* (X IV, 17 c 13), à propos du roi de France: «Le roi lui-même ne se reconnaît pas de supérieur dans les affaires temporelles»: *Cum rex ipse superiorem in temporalibus minime recognoscat.* Des voix discordantes se font entendre: au milieu du XIII^{ème} siècle, Jacques de Revigny, lorrain, impérial, féodal, affirme: «Tu dis que la France doit être soumise à l'empire. Si le roi de France ne reconnaît pas cela, je n'en ai cure»: *Quod Francia sit subdita imperio habes. Si hoc non recognoscit rex Franciae, de hoc non curo.* Et Vincent d'Espagne, en 1270: «Le roi lui-même le reconnaît en fait ... en droit»: *Quum rex ipse recognoscat de facto ... de iure.*

En Allemagne, c'est le temps du Grand interrègne, de la vacance du trône impérial, de l'effacement politique et diplomatique de l'empire romain germanique. Plusieurs royaumes indépendants se sont formés à l'intérieur de la chrétienté: Angleterre, France, Ecosse, royaumes ibériques (Portugal, Léon, Castille, Navarre, Aragon), royaumes nordiques (Norvège, Suède, Danemark), qui ne reconnaissent plus l'autorité des empereurs.

(B) Le droit privé

(1) Le mariage

Nous avons déjà mentionné la théorie du mariage en trois étapes développée par Gratien.

En matière de mariage, les canonistes ont défendu une conception purement consensualiste de l'institution. Le mariage est un sacrement que les deux époux se donnent en présence de Dieu. La présence de témoins n'est même pas nécessaire à la validité du mariage; elle l'est seulement à sa preuve. Seul le consentement initial est pris en compte. La consommation du mariage n'est pas une condition de sa validité, comme dans le droit vulgaire des Barbares du Bas empire, puis des royaumes germaniques. De même, le consentement des parents n'est pas nécessaire, même pour les mineurs, en droit canon.

La conception du mariage comme un sacrement (acte sacré, rite qui procure la grâce) lui donne un caractère définitif. Il est irrévocable jusqu'à la mort,

indissoluble. Toutefois, les officialités ont toujours prononcé avec une certaine latitude la nullité du mariage, pour vice du consentement, dans la logique de leur conception consensualiste du mariage. En dehors de la nullité, les seuls remèdes sont la séparation de corps, c'est-à-dire l'abandon de la vie commune, et la patience. Les veufs, mêmes divorcés (institution que l'Eglise ignore), peuvent se remarier, quoique l'Eglise ne voie pas avec faveur les remariages.

L'ancien droit français, le droit de l'ancien régime, avait ajouté le caractère public de la cérémonie du mariage: publication de bans, publicité de la cérémonie, présence de témoins. L'ancien droit avait parfois ajouté le consentement parental, pour éviter les mésalliances, les rapt de séduction ... L'ancien droit avait donc institutionnalisé la mariage, pour donner aux parents un droit de regard sur le choix matrimonial de leurs enfants.

La Révolution française (1789-1799) a sécularisé la conception canoniste du mariage: le mariage est formé par le consentement des deux époux, exprimé en présence de l'autorité publique.

La conception du mariage contemporaine, celle du XXIème siècle, s'est libérée du caractère définitif du consensus: il faut aujourd'hui un consentement continu, comme à Rome, où l'on divorçait avec la plus extrême facilité. Un empereur apprend de la bouche de l'un de ses amis que sa femme s'est remariée à un autre. Il se découvre à l'instant divorcé ... Comme les Romains, que nous imiterons bientôt, nous sommes bien exigeant avec la nature humaine ... La conception contemporaine du mariage s'en rapproche également par un autre trait, en ce qu'elle revient aussi sur l'institutionnalisation du mariage, réclamant une simplification de plus en plus radicale des formalités du divorce.

(2) La notion de personne morale

En matière de personnes, les canonistes ont fait faire des progrès à la notion de personne morale par rapport au droit romain.

Les jurisconsultes romains reconnaissaient une capacité juridique aux sociétés de publicains, qui soumissionnaient aux marchés publics, afin que l'Etat puisse obtenir de ses cocontractants l'exécution continue de leurs obligations. Mais cette personnalité était une exception, et elle était mal organisée.

Les canonistes ont fait progresser cette idée de «feindre, simuler, une personne» (*fingere personam*), et ils ont développé la notion de personne fictive (*persona ficta*). La personnalité morale juridique donne la capacité de faire des actes juridiques, d'ester en justice, d'avoir un patrimoine. Les canonistes ont réalisé en

effet que les évêchés continuaient à avoir des propriétés et à percevoir des revenus, même si aucun évêque n'était en fonction.

(3) Le droit des obligations et des contrats

Les canonistes ont également fait faire des progrès au droit romain des obligations et des contrats.

Les jurisconsultes romains de l'époque classique avaient développé le principe du consensualisme. Avant eux, les contrats se formaient par des paroles rituelles (*mancipatio, nuncupatio* ...), par des paroles formelles (stipulations nombreuses et diverses) et par la remise d'une chose (contrats *re*, tels le prêt, le dépôt, la fiducie). Les jurisconsultes classiques ont dessiné des pactes divers (compromis d'arbitrage), et ils ont pensé que certains contrats se formaient par le simple échange de consentement: la vente, le louage, le mandat, la société. Mais ils ne sont pas allés jusqu'à reconnaître à tout accord de volonté, à tout pacte, un caractère juridiquement obligatoire.

Ce sont les canonistes du Moyen âge qui ont fait faire ce progrès au droit des obligations et des contrats. Ils ont trouvé, dans la doctrine chrétienne, les principes moraux, notamment le devoir de respecter ses engagements, qui appuyaient la bonne foi et l'équité antiques. Et notamment, l'inexécution de tout engagement conclu sous serment, impliquant l'invocation divine, était un péché grave, parfois mortel.

Le principe que tous les pactes doivent être exécutés est formulé depuis lors par l'adage célèbre: *Pacta sunt servanda*. Ce principe s'est formé sur la base d'une décrétale du pape (X), qui élargissait l'interprétation et le domaine d'application d'un canon d'un concile de Carthage (450), le canon *Antigonus*, qui ordonnait: «Que la paix soit observée, que les pactes soient gardés»: *Pax servetur, pacta custodiantur*. Ainsi, les canonistes ont renversé l'adage du droit romain: «D'un pacte nu, il ne naît pas d'action»: *Ex nudo pacto, actio non nascitur*. A partir du XIIIème siècle, le principe inverse domine: tout pacte, tout engagement, doit être exécuté. Hugoccio de Pise écrit: «Du pacte nu, il sort une action»: *Ex nudo pacto, oritur actio*.

Le principe du consensualisme contractuel, le principe que les contrats et, plus généralement, les engagements, se forment et sont valables et obligatoires par l'accord des volontés, par l'effet du seul échange des consentements, *solo consensu*, sans la nécessité de formalités ou de la remise d'une chose, est né de la morale et de l'esprit créatif des canonistes.

Les canonistes ont aussi élaboré une doctrine du juste prix, du prix équitable (*iustum pretium*), qui, elle, ne s'est pas imposée. Une coutume contraire était trop forte pour cette innovation doctrinale.

Paragraphe 4. Le droit canonique à l'épreuve de la modernité

La pensée des philosophes et des philologues critiques des Lumières a exercé une influence directe sur la pensée des théologiens catholiques, et une influence indirecte sur les canonistes. On a déjà mentionné Spinoza et, rapidement, Richard Simon. Simon (1638-1723), prêtre de l'ordre de l'Oratoire, philologue spécialiste des langues sémitiques, a été le fondateur de la critique biblique. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages: *Histoire critique du Vieux Testament* (1678), *Histoire critique du texte du Nouveau Testament* (1689) et *Histoire des versions du Nouveau Testament* (1690).

Dans la même ligne, et selon une philosophie développée par l'école de la «science du judaïsme» (*Wissenschaft des Judenthums*) de Léopold Zunz (1794-1886), a été fondée l'Ecole pratique d'étude biblique, à Jérusalem, en 1890, par Albert Lagrange (1855-1938). Ce théologien catholique dominicain était convaincu que la religion catholique devait affronter la critique rationaliste moderne, notamment celle d'Ernest Renan (1823-1892). Renan écrivit *La vie de Jésus* (1863), biographie scientifique mais respectueuse de «cet homme incomparable» que fut Jésus. Le père Albert Lagrange pensait que la réponse à la critique rationaliste moderne ne pouvait être portée qu'avec ses propres armes, l'étude des textes sacrés, leur exégèse scientifique, au moyen des sciences: la linguistique, la philologie des langues sémitiques, l'archéologie. L'Ecole archéologique et biblique de Jérusalem a poursuivi, sous la direction de Roland de Vaux, découvreur des manuscrits de la mer Morte, puis d'autres directeurs, l'étude scientifique de la Bible et des institutions de l'ancien Testament.

Pour des raisons diverses (l'état développé de civilisation, de culture et de droit, et aussi la teneur du christianisme, Loi de l'amour), Jésus ne s'est pas intéressé à la société et à la vie sociale. On connaît ses paroles: «Mon royaume n'est pas de ce monde» et «Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu» (Mathieu 22, 17). Saint Paul encourageait les chrétiens à s'abstenir de se faire des procès devant le juge laïque, et à faire régler leurs différends par l'arbitrage de l'un d'eux. Saint Augustin prônait la charité, qui implique le pardon, la renonciation à son droit. Le christianisme primitif prônait le dépérissement du droit, comme plus tard Karl Marx.

Le droit canonique n'est que très marginalement fait de règles divines. Il reprend parfois des règles divines, telle la prohibition du divorce: «Que l'homme ne sépare

pas ce que Dieu a uni». Mais, pour l'essentiel, il est œuvre humaine. L'Eglise, institution, modifie le droit canon en fonction des besoins de l'Eglise, institution et communauté des fidèles. Elle a plusieurs codes de droit canonique selon les diverses communautés, Eglise romaine et latine d'Occident, Eglises catholiques d'Orient.

Le droit canonique n'est qu'un complément du droit civil. Le droit romain ne disait rien sur l'organisation de l'Eglise naissante, et peu de choses sur le règlement des conflits entre chrétiens ... Le droit canonique n'a jamais prétendu absorber le droit civil. Il y a toujours eu, dans les Etats de l'Eglise, jusqu'à 1870, et dans l'Etat de la Cité du Vatican, depuis lors, coexistence du droit canonique et du droit civil.

Avec la laïcisation des sociétés, en Occident, depuis la Renaissance, la place du droit canonique a donc régressé. Les rois ont veillé à ce que les officialités, tribunaux de l'Eglise, soient intégrées à l'organisation des juridictions royales. Ils ont aussi veillé à ce que le droit canon ne soit reçu, dans le royaume, qu'avec leur approbation. La République a suivi la même politique.

Le droit canonique de l'Eglise d'Occident a été profondément révisé par une réforme du début du XXème siècle. C'est un code promulgué en 1917 qui est en vigueur aujourd'hui.

A l'inverse du droit canonique, le droit musulman, est un droit révélé et divin: il est indissociable de Dieu; il est une partie de la religion. Il s'impose au musulman dans sa vie personnelle et sociale. Sa violation est sanctionnée par des peines religieuses, notamment l'enfer.

Section III. Le Droit Musulman

«Musulman», *moslem* en langue arabe, désigne le «fidèle», le «croyant, c'est-à-dire celui qui adhère à la vraie foi, à la seule religion. Cette foi, c'est-à-dire cette croyance, et cette religion, c'est-à-dire cet ensemble de croyances et de rites est l'*islam*, autre mot de la langue arabe, que l'on peut traduire par «abandon à Dieu», «soumission de plein gré à la volonté de Dieu». Le musulman s'en remet à Dieu entièrement, intégralement, absolument. Aussi l'*islam*, abandon à Dieu, déploie ses effets non seulement dans la vie religieuse, dans la vie morale, mais aussi dans la vie intellectuelle, artistique, sociale. C'est un mouvement religieux, moral, politique et même militaire.

La foi du musulman et l'*islam*, comme mouvement politico-religieux, sont fondés sur la révélation divine faite par Dieu à Mahomet. Cette révélation *descendue* de Dieu à Mahomet, son instrument, a fait l'objet d'une relation dans le Coran. Le *Coran*, autre mot de la langue arabe, a signifié d'abord «Récitation à

voix haute» de la Parole de Dieu, puis, quand il a été mis par écrit, «Texte sacré que l'on récite». C'est le Livre, le seul livre qui vaille, qui tient lieu de tous les autres, qui remplace tous les autres, qui abolit tous les autres³³⁸. Il est à la source de tous les devoirs, de toutes les obligations, de quelque nature qu'elles soient, qui s'imposent au musulman. Pour lui, le Coran répond à tous ses besoins humains de connaissance, de savoir, de pensée, de création, de conduite et de direction de vie. Il est l'autorité suprême, la source du dogme, de la prière et de la liturgie.

Il est donc aussi la source suprême du droit. Le droit musulman «n'est qu'une des faces de la religion de l'islam», a écrit René David.³³⁹ Dire que le droit musulman présente un caractère religieux est tout à fait insuffisant. C'est par l'observation de la Loi divine, qui prescrit des devoirs, tant envers Dieu qu'envers ses semblables, que le musulman peut espérer que le Jugement dernier lui sera favorable et qu'il parviendra au paradis éternel. L'observation de la Loi est l'expression essentielle de l'abandon à Dieu, de l'islam. Un auteur a écrit que le droit musulman est «le noyau essentiel de l'islam»³⁴⁰.

La Loi divine révélée porte le nom de *Sharia* ou «Voie». Elle a pour source le Coran, texte concis, complété par la Tradition ou *Sunna*. La connaissance de la Loi divine révélée est inséparable de l'intelligence de la foi: cette connaissance et cette intelligence se mêlent dans le *fiqh*, la science de la Loi divine. Les religieux savants, connaisseurs du *fiqh*, sont généralement des *imams*, guides de la communauté, de la prière, du droit aussi. Ils portent le nom de *faqih* (au pluriel *fuqaha*), c'est-à-dire juristes de la Loi divine révélée, à la fois théologiens et jurisconsultes. Les *fuqaha*, théologiens et jurisconsultes, sont à l'origine d'une doctrine riche, qui a accompagné la formation du canon du Coran et de la Tradition, du VII^{ème} au X^{ème} siècle. Parmi les créations des *fuqaha*, figurent les grandes divisions du *fiqh*. Les jurisconsultes ont ainsi identifié les «racines» du *fiqh* (*ouçoul al fiqh*), qui mêlent aux sources originelles scripturaires (Coran et Tradition) la source dérivée du consensus des juristes et la méthode du raisonnement analogique. Ils ont également identifié les «rameaux» du *fiqh* (*fourou al fiqh*), c'est-à-dire ses fruits: ses notions, ses catégories, ses règles, en un mot, sa

338 Le Coran reconnaît que les juifs ont reçu la *Torah* et les chrétiens les *Évangiles*. Ce sont des gens du Livre, car le Coran en reprendrait la matière. Des sourates sont consacrées à des personnages bibliques et prophètes d'Israël (Noé, Abraham, Jonas, Joseph), à Jésus, à Marie ...

339 Op cit, p 349.

340 G Bergsträsser, *Grundzüge des Islamischen Rechts*, édité par J Schacht, en 1935, p 1.

matière. Ils ont classé les activités humaines du croyant en cinq catégories: obligatoires, conseillées, permises, critiquables et prohibées³⁴¹.

Le caractère, par essence, religieux du droit musulman a exercé une influence très forte sur les sources du droit. Le maintien indéfini du lien de dépendance rattachant le droit à la Loi divine, à la religion, a créé un obstacle difficilement surmontable au développement de la législation. La conception que le souverain ou le peuple pourrait créer le droit, abroger ou transformer le droit existant, par des lois, volontaires et raisonnées, ne s'est jamais enracinée en islam. L'idée de loi, religieuse ou profane, tels les canons des conciles et les décrétales des papes, ne s'est jamais implantée dans le monde musulman. Les règlements des califes n'ont eu qu'une valeur administrative, transitoire et supplétive. La loi, c'est, par essence, la Loi de Dieu. Le jugement aussi. La jurisprudence du Prophète exerce également une autorité très grande. La doctrine, œuvre des savants, est une autre source du droit, subordonnée aux deux premières, sous le contrôle de la communauté des croyants. La jurisprudence des juges et la pratique sont des sources tout à fait subalternes du droit.

Les sources du droit musulman sont donc fortement hiérarchisées. Au sommet est la Parole de Dieu, transmise au Prophète Mahomet, l'Envoyé inspiré de Dieu, qui a reçu Ses révélations successives et Les a annoncées aux croyants. Puis vient le témoignage des compagnons (*sahib*) du Prophète, qui ont recueilli ses paroles, ses faits et gestes exemplaires, notamment sa jurisprudence. Les traditionnistes, gardiens et garants de la Tradition, ont transmis, par une longue chaîne, ces *hadiths*, «conversations», «récits», qui complètent le Coran, et dont l'autorité vient juste après la sienne. Enfin, les jurisconsultes, qu'ils portent le titre de *fuqaha* («jurisconsultes», interprètes de la Loi), d'*ulémas* («savants», docteurs de la Loi) ou de *muftis* (jurisconsultes interprètes du droit, habilités à délivrer des consultations ou *fatawa*) constituent la troisième source, doctrinale, du droit.

La Loi d'*Allah* a fait l'objet d'une révélation orale à Mahomet, mise par écrit dans le Livre, le Coran, au premier siècle de l'hégire (Paragraphe 1). Ce message concis, comme il convenait à un texte divin, a été complété par la Tradition. Pendant les quatre premiers siècles de l'hégire (du VII^{ème} au X^{ème} siècle de l'ère chrétienne), les porteurs de la Tradition ont recueilli avec dévotion la mémoire des paroles et des événements de la vie du Prophète (Paragraphe 2). Parallèlement, la

341 Le *fiqh* classe les activités humaines en cinq catégories: obligatoires, conseillées, permises, critiquables et prohibées. Cette classification s'étend aux devoirs de l'homme: il existe des obligations strictes, des obligations naturelles (activités recommandées), des libertés (activités indifférentes à la foi), des actes détestés mais non interdits, et des interdictions formelles (des tabous).

doctrine, par l'interprétation de la Loi divine révélée, a cherché à dégager le consensus de la communauté des croyants (Paragraphe 3). Mais, dès le XIII^{ème} siècle, la «porte de l'effort» fut fermée et le travail de la doctrine fut limité. A partir du XVIII^{ème} siècle, avec l'irruption de l'Occident, porteur de la modernité, le monde musulman s'est trouvé confronté à de nouveaux défis (Paragraphe 4).

Paragraphe 1. Mahomet et la Révélation: le Coran

Comme pour la Loi de *Yahvé*, transmise par Moïse, la Loi d'*Allah*, transmise par l'archange Gabriel à Mahomet, a fait l'objet d'une révélation orale, qui a été mise par écrit, et a formé le Livre, le Coran, au premier siècle de l'hégire (A). La mise par écrit du Coran a ensuite favorisé un important travail d'interprétation (B).

(A) La Révélation et le Coran

Le Coran est le Livre par excellence, le recueil des paroles authentiques de Dieu, paroles incréées, c'est-à-dire existantes sans avoir été créées, immuables et éternelles. C'est le Livre qu'il a fait descendre sur Son Messager. Ses paroles ont été transmises par l'archange Gabriel à Mahomet, au cours d'une série de visions (Mahomet est qualifié de *nabi* ou «voyant») et de révélations partielles successives, dont certaines ont été spontanées, d'autres sollicitées.

Le Coran est composé de cent quatorze sourates ou «chapitres» classées par ordre de longueur décroissante. Chaque sourate est composée d'*âya* («signes» de Dieu) ou «versets». Pour la lecture collective, lors de la prière, le Coran est divisé en trente parties. La tradition islamique distingue deux grands groupes de sourates: les sourates mecquoises et les sourates médinoises. Les premières prédications (612-622) étaient destinées aux grandes familles de la Mecque, hostiles à l'apostolat de Mahomet. Les grands marchands qurayshites³⁴² provoquèrent le départ de Mahomet de la Mecque ou «*hégire*», sa «fuite», son «exode» à Médine. Des sourates de la Mecque, on distingue les sourates révélées à Médine (622-630): les prédications médinoises annoncent le Jour et le Jugement derniers, la résurrection, le paradis et l'enfer, le châtimeut des grands; les révélations médinoises sont marquées par l'universalisme et l'exposé de la doctrine de l'islam.

La foi islamique se résume dans une profession verbale, simple et brève: «Il n'y a de Dieu qu'Allah et Mahomet est Son envoyé»³⁴³. La formulation «Il n'y a de

342 Les Qurayshites formaient la tribu qui dominait la Mecque. Ils exerçaient la suprématie politique; ils dirigeaient l'économie (la place commerciale); ils contrôlaient le sanctuaire religieux de la *Kaaba*. Cette tribu, qui était celle de Mahomet, comptait plusieurs clans: celui des Hachémites, auquel appartenait Mahomet, celui des Omeyyades, celui des Abbassides, celui des Alides.

343 Sourates II, 255 et III, 18 («Point de divinité à part Lui»), III, 62 et XXXVII, 35 («Point de divinité à part Allah»), VI, 102 («Il n'y a de divinité que Lui»), CXII, 1 («Il est Allah, Unique»).

Dieu qu'Allah» est à la fois exclusive et négative. Elle est exclusive: Dieu est toujours désigné comme l'«Unique», et certains courants traditionalistes de l'islam, en particulier les wahhabites, se disent «unitariens», attachés à la stricte unité de Dieu. La formulation «Il n'y a de Dieu qu'Allah» est également négative. L'islam appartient au groupe des religions de théologie négative, qui refusent de définir positivement Dieu, qui réservent le mystère de Dieu. Les musulmans doivent s'abstenir de Le représenter en images, mêmes mentales, et de chercher à se faire de Lui une idée, qui serait illustrée par les conditions humaines de père, de berger, de pasteur. Une Tradition, un *hadith*, du Prophète commande: «Méditez sur les créations de Dieu, mais ne portez pas vos méditations sur ce que Dieu est en Lui-même».

Dieu reçoit certes de nombreux noms et qualificatifs, quatre-vingt dix neuf: il est l'Unique, le Tout Miséricordieux, l'Exalté et le Plus Haut, le Tout Puissant, le Maître des mondes (créateur de l'univers, maître de l'univers, maître des destins), l'Immense, l'Audient, l'Omniscient et Sage, le Parfaitement Connaisseur, le Doux, l'Indulgent, le Pardonneur, le Garant du succès, le Détenteur de la faveur ... Mais il n'a pas de visage. On peut seulement écrire Son nom, *Allah*. Allah, le Tout Puissant, a accordé un pacte primordial aux descendants d'Adam: «– Ne suis-je pas votre Seigneur? – Oui, nous l'attestons», répondirent-ils (Coran VII, 171). Ce pacte reprend l'idée de Moïse d'un contrat, d'une alliance, entre Dieu et les hommes.

De ce pacte primordial accordé par Dieu aux humains, découle le statut particulier du croyant qui, s'il suit la *Sharia*, c'est-à-dire la «Voie», le «Guide», la «Loi», peut espérer la vie éternelle et le paradis. De ce pacte découle aussi l'égalité des hommes: «Tous les hommes sont égaux, comme les dents du peigne du tisserand», affirme un *hadith*. De ce pacte découle encore l'unité du genre humain et l'universalisme de l'islam. Tout enfant naît musulman; ce sont ses parents qui en font un juif ou un chrétien. Une sourate du Coran affirme: «Tous les croyants sont frères»³⁴⁴. Et la communauté des croyants s'identifie complètement avec la société civile: dans l'idéal musulman, il n'y a de place, dans la société musulmane, ni pour les adeptes d'autres religions, sauf comme tributaires soumis, ni pour la laïcité, ni pour l'athéisme.

Le Coran appelle donc les juifs et les chrétiens à se convertir à la foi de Mahomet, car, selon la deuxième partie de la profession de la foi musulmane, «Mahomet est Son envoyé». Mahomet est le prophète et l'envoyé de Dieu à tous les hommes, alors qu'Abraham, Moïse et Jésus n'ont été envoyés qu'aux fils d'Israël. Il

344 XLIX, 10.

est l'annonciateur et l'avertisseur. Mahomet est le plus grand, le dernier, le sceau des prophètes. Les musulmans ne citent pas son nom sans exprimer leur respect en prononçant, dans le même souffle, la formule rituelle: «Que la prière et la bénédiction d'Allah soient sur lui»³⁴⁵.

Mahomet récapitule tous les prophètes antérieurs à lui. Aussi, des références bibliques s'insèrent dans le Coran³⁴⁶, qui, ainsi, «confirme les écritures qui l'ont précédé et les met à l'abri de toute altération». Le Coran appelle aussi au *Djihad*, l'«Effort» guerrier sur le chemin de Dieu, la Guerre sainte, juste et légale, contre les infidèles, les polythéistes, les juifs et les chrétiens, les musulmans schismatiques³⁴⁷. Les chrétiens sont des gens du Livre, mais leur monothéisme est douteux, car ils croient en la Trinité divine³⁴⁸ du Père, du Fils (Jésus) et de l'Esprit saint³⁴⁹. Les chrétiens et les juifs³⁵⁰ sont tolérés en terre d'islam, pourvu qu'ils acceptent le statut de *dhimis* («soumis» en arabe) et payent le tribut reconnaissant de leur soumission aux musulmans. Ils sont parfois groupés dans des sortes de ghettos, tels les coptes chrétiens dans les villes d'Egypte.

La profession de foi du dogme de l'islam, le credo musulman³⁵¹, contient, outre la foi en Dieu et en la mission divine de Mahomet, la croyance en Ses anges, en Ses Livres révélés, en Ses messagers, en le Jour (et le Jugement) dernier et en la Prédestination, favorable ou défavorable, en la résurrection et la vie éternelle, en l'enfer³⁵² et le paradis d'Allah, peuplé de *houris*, beautés célestes promises aux musulmans fidèles à la Loi divine³⁵³. Les autres «piliers» de l'islam, selon Mahomet, les autres soutiens de l'abandon à Dieu, sont la prière rituelle (un

345 Dans le Coran, cette formule est mentionnée par l'acronyme «pAsl».

346 Sourates Noé, Abraham, Jonas, Joseph, Marie ...

347 Sourate II («La vache»).

348 Une sourate ordonne aux chrétiens: «Ne dites pas 'Trois'. Cessez! Ce sera meilleur pour vous. Allah n'est qu'un Dieu unique. Il est trop glorieux pour avoir un enfant» (IV, 171).

349 Le Coran voit en Jésus un prophète, né sans père, sur ordre de Dieu, qui aurait dit «Sois», et les interprètes du Coran voient en l'archange Gabriel l'Esprit saint.

350 Les chrétiens et les juifs sont des «gens du Livre». Ils ont reçu, dit la sourate III, 22, «une part du Livre», la *Torah* et les Evangiles étant considérés comme une part du Livre d'Allah, le Coran.

351 IV, 136.

352 «Les mécréants ... seront du combustible pour le Feu» (III, 10). «Certes ceux qui ne croient pas à Nos Versets (le Coran), Nous les brulerons bientôt dans le Feu. Chaque fois que leurs peaux auront été consumées, Nous leur donnerons d'autres peaux en échange afin qu'ils goutent au châtement. Allah est certes Puissant et Sage!» (IV, 56).

353 III, 115 et IV, 57.

ensemble de positions et d'incantations dites, cinq fois par jour, dans la langue arabe classique, tourné vers la Mecque et, plus solennellement, le vendredi), le jeûne du *ramadan* (le neuvième mois de l'année lunaire de l'ère de l'hégire), l'aumône de la dime et le pèlerinage à la Mecque. Le *Djihad*, la guerre sainte et juste, est une obligation non pas individuelle, mais collective, de l'*umma*; sa déclaration relève de certaines autorités et dépend de certaines conditions.

Le Coran a d'abord été mis par écrit pour partie, du temps de Mahomet, dans un alphabet archaïque, qui autorisait une diversité de significations. Abu Bakr, le beau-père de Mahomet (sa fille, Aïcha, devint, vers ses dix ans, la femme préférée du Prophète) fut le second du Prophète, et le premier *khalifa*, calife ou «successeur de l'Envoyé de Dieu» (632-634). Il réunit plusieurs versions personnelles écrites du Coran, dont celle de Zaïd ibn Thâbit, un autre compagnon (*sahib*) de Mahomet. Omar (634-644), deuxième calife, se proclama *amir*, émir ou «chef» des croyants, et resta le modèle du calife conquérant, courageux, austère et juste. Uthman (644-656), troisième calife, fut préféré à Ali, le gendre de Mahomet, et il chercha à fixer le texte du Coran. Sous Abd al Malik, calife de la dynastie des Omeyades de Damas (fin du VIIème siècle), l'orthographe de la langue arabe fut réformée et unifiée, ce qui permit l'établissement d'une version canonique, normative, fixe, du Coran, qui est toujours la version actuelle.

(B) La mise par écrit du Coran et son interprétation

Le Coran, en ses 114 sourates et 6.000 versets, contient un nombre réduit de versets de nature juridique: entre cinq cent, dans la conception musulmane du droit, et deux cent environ, dans la conception occidentale. En droit privé, environ soixante-dix versets régissent le statut personnel (succession, mariage, divorce), autant le reste du droit civil, et une dizaine le droit commercial, l'économie et les finances (le formalisme écrit des contrats, la prohibition de la *riba* ou «usure»). En droit public, une trentaine de versets traitent du droit pénal (apostasie, adultère, calomnie, ivresse), une dizaine de la procédure judiciaire (preuves), autant du droit constitutionnel, une trentaine du droit international public.

A titre d'exemple, la sourate médinoise XXIV «La lumière» (versets 11 à 15), sur les accusations d'infidélité portées contre Aïcha, exige quatre témoins des infidélités alléguées, et punit les dénonciations calomnieuses. La sourate médinoise IV «Les femmes» (v. 4 et 129) impose au mari de maintenir l'égalité entre ses femmes dans la distribution de ses faveurs. La sourate médinoise «Les coalisés» (v. 5 et 6) sur Zaïnab, femme de son fils adoptif, voit dans l'adoption une fraternité fictive, une parenté de l'affratèlement. Certaines coutumes pré islamiques des tribus de l'Arabie et de la Mésopotamie ont continué à être observées.

Ces quelque deux cent versets ne pouvaient suffire à répondre à toutes les questions qu'a posées la vie personnelle, sociale et politique des musulmans. Ils ne pouvaient fournir des règles pour toutes les branches du droit privé (civil, commercial ...) et du droit public (constitutionnel, judiciaire, pénal ...). Ils ont donc été complétés par la Tradition.

Le Coran comporte des passages hermétiques et sibyllins. Des difficultés de compréhension sont aussi suscitées par la succession des révélations. Parfois, la révélation nouvelle détruit la révélation ancienne ou la corrige. La jurisprudence du Prophète, rapportée par des *hadiths*, fluctue et connaît des revirements³⁵⁴. La mise par écrit du Coran a révélé le besoin de cohérence, à défaut de logique, exclue par l'inspiration divine. Face à l'imprécision du contenu de la Révélation, le principal travail de l'exégèse musulmane a consisté à établir la liste des versets abrogeant et des versets abrogés du Coran, et celle des *hadiths* authentiques, seuls acceptables en droit, et des *hadiths* bons ou faibles.

L'exégèse a créé le genre du commentaire interprétatif: le plus ancien des grands commentateurs fut Al Tabari (838-923), théologien, professeur de droit et de *hadiths* à Bagdad, également auteur d'une histoire universelle depuis la Création. Le plus célèbre commentateur du Coran fut Baydhwai (XIIIème siècle), *cadi* à Chiraz (Perse), également auteur d'une histoire universelle. Son commentaire du Coran est intitulé *Les lumières de la Révélation et les secrets de l'interprétation*. Le plus récent commentateur du Coran fut Mohamed Abdhuh (1849-1905), l'un des promoteurs de la *Salafiya* («Retour à l'antécédent»), qui disait chercher à harmoniser l'islam et la science, tout en refusant d'appliquer les méthodes scientifiques à l'étude des textes sacrés.

Le travail de l'exégèse a donc porté sur l'interprétation du Coran et sur celle des *hadiths*, c'est-à-dire de la Tradition. L'établissement de la Tradition, au cours des quatre premiers siècles de l'islam (du VIIème au Xème siècle), a coïncidé avec l'expansion de l'islam, par les armes et par la conversion, de l'Arabie à l'Atlantique, vers l'Ouest, et de l'Arabie à l'Océan Indien, vers l'Est. L'unité de l'islam s'est brisée, dès la déposition du calife Ali, en 658. Le terme même de «Tradition» ou *Sunna* a fait l'objet d'une appropriation par la majorité des musulmans, qui se nomment «sunnites» ou «ceux qui suivent la tradition», alors que les autres branches de l'islam, certes moins nombreuses, se prétendent également détentrices de la vraie Tradition. L'histoire de la Tradition est donc inséparable d'une histoire de la communauté divisée des croyants.

354 Le même phénomène s'observe en droit hébraïque, avec les révélations faites à Moïse. Voir *supra*, p 204.

Paragraphe 2. La Sunna ou «Tradition» et les divisions de l'islam

Sounna a d'abord signifié, dans l'arabe préislamique, «manière d'être, d'agir», «habitude», «coutume». Puis, avec l'islam, *Sounna* a pris la signification de «Tradition», de «règle traditionnelle» aux musulmans. Le nom de *sunnites*, «ceux qui suivent la Tradition», a été pris par les musulmans qui, après les événements de 658 (bataille avortée de Siffin et arbitrage d'Adroh), acceptèrent la destitution du calife Ali, et reconnurent comme calife Muawiya, fondateur de la dynastie des Omeyades. Majoritaires, ils virent s'éloigner les partisans d'Ali, les shiites, et aussi les kharijites. Il convient d'abord de décrire l'histoire de la communauté des croyants, dénommée *umma*, dans sa diversité sunnite, shiite, kharijite (A), avant d'étudier la Tradition des sunnites (B).

(A) L'histoire de l'*umma*, la communauté des croyants

La communauté des musulmans porte le nom de *umma*. Son histoire peut se partager en quatre périodes. La première période, de 632 à 659, fut celle des quatre premiers califes, les «successeurs» de Mahomet, choisis, parmi les compagnons (*sahib*) de Mahomet, par les chefs de tribus de l'Arabie (1). A partir 659 s'ouvre la deuxième période de l'histoire de l'*umma* (2). Le califat devint dynastique, d'abord dans la dynastie des Omeyades de Damas (659-750), puis dans celle des Abbassides de Bagdad (750-1258). Ensuite, dans une troisième période (3), de 1258 à la fin du XVIIIème siècle, les sultans turcs (seldjoukides, sous la domination des Mongols, puis ottomans) exercèrent sur le monde musulman une autorité supérieure et lointaine. Le renouveau de l'islam arabe, à partir de la fin du XVIIIème siècle, constitue la quatrième et dernière période de cette riche histoire, caractérisée par la division de la communauté des croyants en entités religieuses et politiques multiples.

(1) Le temps des quatre califes pieux (632-659)

La première période de l'histoire de l'*umma* fut le temps des quatre premiers califes. Le calife (*khalifa al Nabi*), le «successeur» du Prophète», a d'abord été choisi par les notables. Dénommés les «califes pieux», les «bien dirigés», ce furent des proches de Mahomet, membres de sa famille, les Hachémites, ou de sa tribu, les Qurayshites. Abu Bakr, le «très véridique», le beau-père de Mahomet (père d'Aïcha, la femme préférée du Prophète), le second du Prophète, fut choisi par les notables de Médine pour succéder à Mahomet. Sous son califat (632-634), l'Effort de la guerre sainte et juste (*Djihad*) fut porté en dehors de la péninsule arabe.

Le deuxième calife, Omar (634-644), proclamé émir («chef») des croyants, est présenté par la Tradition comme le modèle du calife conquérant, courageux,

austère et juste. Omar mena à terme la conquête de la Mésopotamie, de la Syrie, de la Palestine et de l'Égypte.

Le troisième calife, Uthman (644-656), suscita de nombreuses oppositions dans sa politique religieuse et administrative, notamment celle d'Aïcha et, comme Omar, il périt assassiné, par un frère d'Aïcha. Le choix d'Uthman provoqua la première *fitna*, le premier grand trouble mettant à l'épreuve la foi musulmane.

Le quatrième calife fut Ali, cousin de Mahomet, gendre de Mahomet par son mariage avec Fatima (fille de Mahomet et de Khadija). Ali et Fatima eurent deux fils, Hassan et Hussein, seuls descendants males de Mahomet. Ali, qui avait été écarté des trois précédentes successions au califat, fut choisi par les musulmans de Médine. Il était pieux, courageux, mais dépourvu de sens politique. Il fut contesté, évincé du califat, en 658, et assassiné, en 661, par un kharijite (membre d'une troisième secte de l'islam, à côté des sunnites et des shiïtes).

(2) Les califats omeyyades (658-750) et abbassides (750-1258)

La deuxième période de l'histoire de l'*umma* s'ouvre dans les années 658-661. En 658, la défection des kharidjites, à la bataille de Siffin, obligea Ali à accepter l'arbitrage d'Adroh, qui le destitua et reconnu comme calife Muawiya. En 661, Ali fut assassiné par un kharijite, à Kufa (Irak). 661 fut une date clé dans l'histoire de l'*umma*, la communauté des croyants, celle de la grande division de la communauté musulmane.

Les partisans d'Ali lui vouèrent, ainsi qu'à Fatima, appelée la «Vierge», à leurs fils, Hassan et à Hussein (assassiné à Karbala, en Irak), et à leur descendants, un culte divin, unique en islam, où Mahomet lui-même n'a jamais reçu un caractère divin. Les partisans d'Ali ou «shiïtes» («ceux qui suivent le parti d'Ali») reconnurent Ali, Hussein et leurs descendants, les «Alides», comme *imams*, c'est-à-dire les «guides» qui dirigent la prière collective et la communauté, pourvus d'un pouvoir charismatique, mais dépourvus de pouvoir temporel. Ils disaient que le calife doit être privé de pouvoirs temporels. Le dernier *imam* descendant direct d'Ali, mort en 878, se serait caché après sa mort, et les shiïtes attendent son retour.

Les shiïtes, qui ont toujours conservé leur identité, et leur indépendance des califes, ont subi souvent la répression et les persécutions. Ils ont mené des luttes violentes contre les sunnites, et continuent à contester les monarchies sunnites du Golfe persique, quand ils sont majoritaires, comme à Bahreïn. Ils entretiennent une tradition du caché, un goût du mystère, une pratique du secret.

Les shiïtes ont leur propre version du Coran et des recueils de *hadiths* originaux. Ils ont emprunté des rites aux zoroastriens de Perse et aux chrétiens, notamment la

Passion. Les shiïtes, à leur tour, se divisèrent en plusieurs sectes (duodécimains, zeydites, ismaéliens dirigés par la dynastie des Fatimides).

Les kharijites forment, à côté des shiïtes, une autre branche de l'islam. Leur nom signifie «ceux qui sont sortis», les «révoltés». Ils sont à l'origine de la destitution d'Ali, en 658, du califat, par leur défection à la bataille de Siffin (657), suivi de l'arbitrage d'Adroh, puis du grand schisme entre sunnisme et shiïsme, par l'assassinat d'Ali par l'un des leurs (661).

Les kharijites s'opposèrent à la fois à Ali, calife destitué, et à Muawiya, qui le contestait et prit sa place. Contre l'un et l'autre, les kharijites affirmaient que tout musulman, quel qu'il soit, «même un esclave noir», pourvu qu'il fût doté des qualités requises, religieuses et morales, pouvait se porter candidat au califat et être élu calife. Ils disaient que le calife pouvait être déposé, s'il ne remplissait pas bien ses fonctions. Ils s'opposaient au dessein politique des diverses branches de la famille du Prophète, tout comme des chefs de tribus arabes. Aussi on les a parfois qualifiés, un peu sommairement, de secte «démocratique». Ils étaient fanatiques, puritains, parfois anti arabes.

Les mutazilites («ceux qui se séparent») forment une secte fondée par Wacil (mort en 748) et opposée à l'orthodoxie sunnite. Les mutazilites opposent au fidéisme sunnite un rationalisme appuyé sur la méthode dialectique d'argumentation des Grecs, en particulier Aristote. Ils affirment que la Raison est une source de la connaissance religieuse, qu'elle permet de discerner le Bien et le Mal. Dieu unique, pur esprit, ne peut avoir été doué de parole. Aussi le Coran ne peut être qu'œuvre humaine, création temporelle, et non pas incréé et éternel. Cette théorie fut adoptée par le calife abbasside Mamun, hellénophile, qui l'imposa comme article de foi, en 833. Son successeur Muttawakkil l'abandonna et combattit les mutazilites à partir de 847.

Des chefs berbères furent à l'origine de la formation d'autres sectes intégristes dominées par d'autres dynasties (Almohades et Almoravides). La formation de la *Shiïa*, schisme de la *Sunna*, a marqué la division définitive de la communauté des croyants, de l'*umma*. Un *hadith* de Mahomet disait: «Ma communauté se divisera en 72 sectes, dont une seule sera sauvée».

En 658, la majorité des musulmans reconnut comme calife (successeur du prophète) Muawiya, petit-fils d'Ummayya, d'où le nom d'Umayyades, francisé en Omeyyades, donné à cette dynastie. Muawiya, qui avait été secrétaire de Mahomet, gouverneur de Syrie, établit un Etat monarchique musulman, et fixa sa capitale à Damas. Lui et ses douze successeurs, de 658 à 758, les califes omeyyades de Damas, ont donné au courant majoritaire de l'islam, ou sunnisme, ses bases religieuses,

administratives et juridiques. Abd al Malik (mort en 705), calife de la dynastie des Omeyyades de Damas, est à l'origine d'une réforme de la langue arabe, qui a permis l'établissement de la version canonique du Coran. Les califes omeyyades portèrent l'empire musulman, dirigé par un pouvoir unique, à sa plus grande extension, de la Chine à l'Atlantique.

Les Abbassides de Bagdad forment une deuxième dynastie de califes, qui régnèrent de 750 à 1258. Cette dynastie fut fondée par Abu al Abbas «le sanguinaire», qui avait battu et massacré les Omeyyades. Abu al Abbas descendait d'Al Abbas, un oncle de Mahomet. Pour abattre la puissance des Omeyyades, il avait formé une vaste coalition, unie sur le thème du retour à l'islam des origines, qui aurait été perverti par les Omeyyades, trop préoccupés par les activités temporelles. Mais les califes abbassides ne parvinrent, pas plus que les califes omeyyades, à obtenir la soumission totale à leur autorité. L'unité religieuse de la communauté des croyants avait été brisée entre *Sunna* et *Shiia*.

L'unité politique disparut également: des dynasties locales se créèrent. En Espagne, un Omeyyade rescapé fonda un nouveau califat, le califat de Cordoue. En Perse, en Syrie, en Egypte, en Afrique du Nord, des princes créèrent des dynasties, qui entretenaient avec le calife abbasside de Bagdad des liens de clientèle et de vassalité, souvent très lâches. Un prince perse prit Bagdad en 945. Le pouvoir des califes fut dès lors très faible. La domination du monde musulman passa des Arabes aux Turcs et aux Mongols islamisés. En 1055, un prince turc seldjoukide prit Bagdad et se fit désigner *sultan*, «roi», délégué du calife pour les affaires temporelles. Les croisades chrétiennes (1096-1291) furent des contre coups de la conquête turque seldjoukide, qui rendit plus difficile l'accès des pèlerins chrétiens aux Lieux saints. En 1258, les Mongols islamisés prirent Bagdad et tuèrent le dernier calife abbasside.

(3) Les empires ottoman et moghol du XIV^{ème} au XIX^{ème} siècle

La troisième période de l'histoire de l'*umma* s'ouvre à l'extrême fin du XIII^{ème} siècle. En 1299, Osman Ier (1281-1326) se proclame sultan et fonde la dynastie turque ottomane. L'empire ottoman vécut six siècles (1299-1922).

A partir de 1299, en Asie occidentale, la domination du monde musulman fut exercée par les sultans turcs ottomans, qui nommaient ou reconnaissaient des *beys* («seigneurs» vassaux), des *chérifs* («nobles» princes), des *shaykhs* («anciens» ou chefs), des *pachas* (gouverneurs). L'empire ottoman connut son apogée aux XV^{ème} et XVI^{ème} siècles: Mehmet II prit Constantinople, en 1453, détruisant l'empire byzantin; Suleyman, dénommé le Magnifique par les Occidentaux (1520-1566), plaça la quasi-totalité des pays arabo-musulmans sous son autorité et

poursuivit la progression de l'empire vers l'Europe balkanique et centrale. Dénommé Suleyman le Législateur par les Turcs, aidé d'un jurisconsulte, Abn Sund, il entreprit de codifier le droit pénal, et d'imposer les solutions de l'école hanafite.

Le XVIIème siècle vit les débuts du déclin de l'empire ottoman. Le XVIIIème le vit entrer en crise: défaites contre les Autrichiens, les Russes, les Perses. A la fin du XVIIIème siècle, l'empire ottoman, «homme malade de l'Europe», devint l'enjeu de la concurrence entre l'Angleterre, l'Autriche, la France et la Russie. Au milieu du XIXème siècle, les sultans Mahmut II (1802-1839) et Abdul Medjid (1839-1861) cherchèrent à rompre avec le passé, et entamèrent des réformes profondes visant à adopter certains principes inspirés de l'Occident. En 1839, un édit du sultan Mahmut II lança un mouvement de réforme dénommé *Tanzimat* ou «Organisation», destiné à réformer les institutions et la société. Le principe de l'égalité devant la loi, notamment dans sa dimension politique, l'égalité de tous les sujets de l'empire, sans distinction de nationalité et de religion, fut proclamé. Ces mesures ne permirent pas de sauver l'empire ottoman, qui fut aboli au tout début du XXème siècle, et laissa la place à la Turquie de Kemal Atatürk, moderne et tournée vers l'Europe.

En Inde, le sultanat de Dehli (1206-1526) laissa la place à l'empire dit *moghol*, de «mongol», en réalité turco-mongol (1526-1858). Cet empire fut fondé par Babour, qui, de Kaboul, conquiert l'Inde du Nord, de Peshawar à Bénarès, et fixa sa capitale à Dehli, en 1526.

Akbar (1556-1605) étendit l'empire moghol de Kaboul à Calcutta, de Dehli à Pondichéry. Son précepteur persan lui avait inculqué le principe de la tolérance universelle. Il fit construire, à Fatehpur Sikri, une mosquée, qu'il voulait un lieu d'adoration commun aux nombreux cultes pratiqués dans son empire. Il y rassembla des *oulemas* musulmans, des prêtres catholiques portugais, des docteurs hindous, jaïns et parsis (zoroastriens), des *gourous* sikhs. En 1579, il se proclama «guide spirituel de l'empire». En 1582, il décida d'établir une religion nouvelle, dans un esprit de conciliation et dans un souci d'unification de tous ses sujets. C'était un théisme pur et simple, une doctrine, indépendante de toute religion positive, de toute révélation et de tout dogme, qui affirmait l'existence, personnelle et unique, d'un Dieu distinct du monde, mais exerçant sur lui son action.

Akbar chercha à réaliser un syncrétisme entre les principes supérieurs, les croyances fondamentales, des diverses religions qui se partageaient ses sujets. Cette religion syncrétiste, *din i ilahi* (ou «foi divine»), était dérivée de l'islam. Elle intégrait des éléments de pensée d'un mouvement hindouiste fidéiste de dévotion à Dieu (*bakhti*). Elle empruntait également au sikhisme, mouvement religieux fondé

au XIV^{ème} siècle par gourou Nanak, prônant une fraternité universelle; Akbar autorisa les sikhs à construire le grand temple d'Amritsar, au Panjab; il voyait dans l'esprit tolérant, dans l'absence de sectarisme des sikhs, et dans leur monothéisme, un pont entre islam et hindouisme. Pour marquer cette nouvelle unité et cette égalité, Akbar supprima l'impôt, reconnaissant l'infériorité, qui frappait les non convertis à l'islam.

A la mort d'Akbar, sous ses successeurs, Jahangir (1605-1627), Shah Jahan (1627-1658) et Aurangzeb (1658-1707), une réaction musulmane se produisit. Aurangzeb clôtura la période de tolérance religieuse et rétablit l'orthodoxie musulmane. Il fit raser les temples hindous et restaura l'impôt personnel sur les non convertis à l'islam. Il suscita des révoltes et laissa une situation chaotique: une dynastie divisée, bientôt l'invasion des Perses (1739), l'anarchie, la décomposition politique et la banqueroute.

Les puissances occidentales s'intéressaient à l'Inde depuis le XV^{ème} siècle. Vasco de Gama, au nom du roi du Portugal, avait pris possession de comptoirs au Sud de l'Inde (Calicut en 1498). Les Hollandais s'établirent à Ceylan. Les Français (La Bourdonnais, Duplex), appuyés sur la compagnie des Indes, contrôlèrent, un moment, une bonne partie du Dekkan, le Sud de l'Inde. Après 1763, les Anglais eurent les mains libres pour établir en Inde une colonisation systématique et leur domination complète. Ils s'appuyèrent d'abord sur la compagnie (anglaise) des Indes, qui joua «le rôle d'un Etat déguisé en marchand» (Edmund Burke). Puis, par l'acte de 1858, la couronne britannique prit en main le gouvernement du pays: un vice-roi anglais dirigeait une administration coloniale au service des intérêts économiques de la métropole; le dernier empereur moghol fut exilé à Rangoon (Birmanie). En 1877, la reine Victoria fut faite impératrice des Indes.

A partir du XVIII^{ème} siècle, l'irruption de l'Occident dans le monde musulman (invasion de l'empire ottoman, colonisation de l'Inde) provoquèrent des réactions diverses: réformes d'esprit occidental dans l'empire ottoman, naissance du nationalisme dans l'Inde, renaissance religieuse musulmane dans l'Arabie. Cette renaissance ouvrit la dernière et quatrième période de la l'histoire de l'*umma*, la communauté des croyants, la période contemporaine, que nous étudierons au Paragraphe 4, consacré à la Renaissance musulmane contemporaine.

Cette renaissance s'appuya sur un retour aux traditions premières de l'islam. C'est aux premiers temps de l'islam, sous l'impulsion des califes omeyyades, de 658 à 750, que commencèrent à se former les canons de l'islam, avec la rédaction du Coran et celle des *hadiths*, et c'est sous l'impulsion des califes Abbassides que se créèrent les grandes écoles juridiques du droit musulman. Ces écoles sont à

l'origine de la formation de la *Sunna*, la Tradition du courant majoritaire formé par les sunnites.

(B) La *Sunna*, Tradition des sunnites

Sunna a d'abord signifié «coutume», dans l'arabe pré islamique, puis «Tradition», avec l'islam. En effet, la brièveté de la Révélation divine et du Coran rendait nécessaire des compléments, qui répondent aux nombreuses questions que posaient la vie personnelle et la vie sociale des musulmans.

Mahomet avait été le prophète qui avait révélé la Volonté divine. Il avait été, pour ses disciples, un juge rendant des sentences judiciaires, un juriste auteur d'opinions doctrinales, un général et un administrateur donnant des ordres et des instructions, un chef veillant à l'application et au respect de la religion et du droit. Il avait, par sa vie et sa conduite, été un exemple pour ses disciples. Ceux-ci recueillirent ses paroles et ses actes, sous la forme de *hadiths*.

Le *hadith*, en arabe, est une «conversation», un «récit». Les *hadiths* sont des relations des paroles, des faits et gestes, du Prophète et de ses compagnons. Les *hadiths* sont donc les instruments techniques de la connaissance, de la conservation et de la transmission, de cette mémoire qui forme la tradition prophétique. Ils sont rassemblés dans des recueils, tels les *Authentiques* d'Al Boukhari et de Muslim. Chaque *hadith* est composé de deux parties: la première partie est le soutien de la tradition prophétique, c'est-à-dire la chaîne de ses garants, de ses répondants, la succession de ces érudits porteurs de la Tradition ou «traditionnistes»; la seconde partie du *hadith* est formée du contenu de l'enseignement, récit de paroles et d'événements. Parmi les *hadiths*, certains sont considérés comme tendancieux: les *hadiths* dynastiques, politiques, provinciaux, pieux ... Les décisions des califes pieux sont souvent considérées comme des falsifications, des fabrications, des altérations, des interpolations ultérieures.

La *Sunna* ou «Tradition» conserve le souvenir de ces paroles et de ces événements de la vie du Prophète et de ses premiers fidèles. La *Sunna* est formée d'un enseignement par la parole et par l'exemple, tel que recueilli par le souvenir, par la mémoire, dans les *hadiths*.

La *Sunna*, d'abord transmise par oral, a été mise par écrit. Elle a fait l'objet de compilations, avec rassemblement et coordination, au III^{ème} siècle de l'hégire, c'est-à-dire au IX^{ème} siècle de l'ère chrétienne. Parmi les compilations de *hadiths*, certaines sont très anciennes. Musnad, un compagnon du Prophète, aurait réalisé une première compilation. Musannaf également. Les plus importantes de ces compilations de *hadiths* authentiques furent les *Authentiques* d'Al Boukhari (810-870) et celles de Muslim (820-875). Le recueil de *hadiths* d'Al Boukhari contient

environ 600.000 Traditions choisies au sein des compilations antérieures. Al Boukhari appuya son travail de compilation sur une recherche portant sur la vie des autorités qui avaient transmis les Traditions, c'est-à-dire sur des biographies des traditionnistes. Au IX^{ème} siècle, au terme de trois siècles de travail, fut réalisée la compilation canonique des 6 livres de la *Sunna*, par Sahi (2 livres) et par Sunan (4 livres).

C'est sur la base du Coran et de la *Sunna* que la doctrine, partagée en plusieurs écoles juridiques, a développé une troisième source du droit musulman.

Paragraphe 3. L'ijma al umma, consensus de la communauté

Les quatre premiers califes élus, les «califes pieux», avaient pris quelques décisions juridiques, notamment en droit de la famille. Mais les califes des dynasties omeyyades puis abbassides abandonnèrent cette pratique. Les califes omeyyades et abbassides laissèrent la fonction d'interprétation de la Loi divine révélée, complétée par les *hadiths* de la Tradition ou *Sunna*, aux *imams fuqahas*, théologiens jurisconsultes. Entre le deuxième et le quatrième siècle de l'hégire (VIII^{ème}–X^{ème}), les *imams* se transmièrent, de maître à élève, la connaissance et l'interprétation de la Loi divine.

Il y eut de multiples lignées de savants, développant une pluralité d'interprétations, fondées sur des traditions intellectuelles, et influencées par les cultures et les coutumes locales. Une dizaine d'écoles d'interprétation de la Loi divine se formèrent entre le VIII^{ème} et le X^{ème} siècle. Quatre grandes écoles ou *madhhab* finirent par émerger au sein du monde sunnite, et un certain nombre d'autres écoles au sein des courants shiites, kharidjites ... (A). Leur travail, qui s'est figé au X^{ème} siècle, a produit la troisième source du droit musulman, l'*ijma al umma* ou consensus de la communauté (B), source doctrinale du droit (C).

(A) Les écoles d'interprétation de la Loi divine ou *madhhab*

Dès le II^{ème} siècle de l'hégire, des *imams*, guides de la communauté et chefs de prière, exerçant également les fonctions de *fuqaha* ou juristes interprètes de la Loi, créèrent en Irak, dans différentes villes, sous les premiers califes omeyyades, des écoles de droit religieux (*madhhab*).

On compte quatre grandes écoles juridiques sunnites traditionnelles (1), auxquelles il convient d'ajouter quelques autres écoles se réclamant des autres courants (2). Ces écoles sont donc à l'origine de la formation du *fiqh*, la connaissance du droit religieux exposant les doctrines particulières de chaque école. Ces doctrines ont subi des influences variées, des coutumes pré islamiques,

du droit talmudique, du droit romano-byzantin et de la philosophie (*falsafa* en arabe) hellénistique, des coutumes syriaques, perses ...

(1) Les quatre grandes écoles sunnites

On compte quatre grandes écoles sunnites: hanafite, malékite, shaféite et hanbalite.

L'école hanafite a été fondée par l'*imam* Abu Hanifa (696-767). Cette école a été soumise à des influences multiples. Elle a été en contact avec des milieux de culture variés: irakien, syriaque, perse, romano-byzantin, talmudique. Cette école eut une inspiration spéculative. L'opinion ou *ray* s'appuyait sur la raison et recherchait l'équitable et l'utile. Abu Hanifa adopta comme méthode l'analogie légale et, dans les cas exceptionnels, l'opinion personnelle (*al ray*), le bon sens personnel, dans la libre recherche scientifique. Il borna l'autorité de la Loi aux questions qui avaient été directement tranchées. Il rendit impuissante la Loi par sa réduction à la morale, au for interne, par la greffe de solutions extérieures limitant ses principes.

L'école courut les risques de subjectivisme, de scolastique, de théorie, d'excès de rationalisme, de laïcisme. L'école eut 20 classes de disciples. L'influence de l'école hanafite a été assurée par les sultans ottomans, qui en ont fait la législation et le rite officiel de l'empire ottoman. Le code civil ottoman de 1869, les codes pénal et d'instruction criminelle, tout comme le code civil égyptien (statut personnel) ont été influencés par l'école hanafite. Le hanafisme est dominant en Turquie, Syrie, Jordanie, dans les Républiques musulmanes de l'ex URSS (Kazakhstan, Turkménistan, Kirghizstan), en Afghanistan, dans le subcontinent indien (Pakistan, Inde, Bangla Desh, Birmanie).

L'école malékite a été fondée par l'*imam* Malik ibn Anas (710-795). Malik est célèbre par ses consultations ou *fatawa* et pour son manuel, le plus ancien, intitulé *Le chemin aplani*. Malik, né et mort à Médine, expose une synthèse de la coutume de Médine. La doctrine malékite naquit donc à Médine, chercha son inspiration dans la coutume de Médine, donna une importance prépondérante à la coutume de Médine. La coutume de Médine était marquée par les coutumes pré islamique des Arabes de la péninsule arabique, qui présentaient une parenté avec le droit hébraïque, notamment en matière de statut personnel (esclavage, mariage), de droit successoral, de droit pénal.

Les disciples de Malik introduisirent, comme source de la *Sharia*, la notion de jugement pour le bien commun (*masalih al marsalah*), l'intérêt général, qui autorisait l'opinion personnelle des docteurs et lui donnait un fondement légitime. La doctrine malékite s'est diffusée en Ifriqiya (Tunisie et Algérie) et en Afrique

subsaharienne, par les pèlerins d'Occident, en Egypte, dans les émirats (Koweït, Qatar, Bahreïn, Dubaï) et au Soudan, par des voyageurs. Aujourd'hui, elle est considérée comme rigide et rigoriste.

L'école shaféite a été fondée par l'imam Al Shafii, né à Gaza, en 767, et mort au Caire, en 820. Shafii fut un élève de Malik. Mais il vécut en Egypte et à Bagdad, au contact de milieux culturels romano-byzantins. Il ne chercha pas, comme Abu Hanifa, à raréfier les dispositions impératives par une interprétation étroite, ou à les annihiler par la greffe de solutions étrangères. Il chercha à concilier les thèses de ses prédécesseurs, à dégager un consensus des écoles, un thème durable dans la pensée sunnite et musulmane au sens large.

Pour trouver une concorde entre les opinions des écoles, il n'hésita pas à recourir au besoin à la fabrication de Traditions, à l'altération, à la falsification et à l'interpolation de *hadiths*. Il systématisa le classement des sources du droit en quatre sources: le Coran, la Tradition (*hadiths*), l'usage reconnu par l'ensemble de la communauté des croyants (*ijma al umma*), et l'analogie (*al qiyas*); la similitude lointaine était exclue, seule était admise l'analogie entre des cas où existait une cause commune précise. L'influence de l'école shaféite s'est exercée sur l'Irak, la Syrie et l'Egypte, sur l'océan Indien³⁵⁵ et sur l'Asie orientale ou Sud-est asiatique: Indonésie, Malaisie, Philippines, Ceylan.

L'école hanbalite a été fondée par l'imam Ahmed Ibn Hanbal (780-855), né et mort à Bagdad. Ibn Hanbal prônait une fidélité stricte à la Tradition, pouvant aller jusqu'à la bigoterie... Il condamnait tout effort et recherche personnels (*al ijihad*) et tout raisonnement. Il limitait les sources de la *Sharia* au Coran et aux *hadiths*. Il était opposé à toute innovation, à toute *res nova*. Le hanbalisme est dominant en Arabie saoudite. Ibn Hanbal perdit la lutte contre l'école mutazilite et, quand celle-ci devint l'école officielle du calife abbasside Mamun (814-833), il fut emprisonné. Il eut une revanche posthume après que le calife Mutawakkil (847-861) eut abandonné l'école mutazilite au profit de la *Sunna*, eut dénoncé l'alliance avec le shiisme modéré, et commencé à persécuter tous les dissidents, shiites, mutazilites, mystiques, et aussi les juifs, les chrétiens, les zoroastriens ...

355 Aux Comores (République islamique des Comores et Mayotte, département français), l'école shaféite est dominante. La juridiction des cadis est vivante et règle les différends de nature privée entre musulmans. La juridiction cadiale s'appuie principalement sur un ouvrage de l'imam An Nawawi (1233-127), l'un des grands commentateurs de *hadith*: *Le guide des zélés croyants (Minhadj at-talibin)*.

(2) Les écoles des autres courants de l'islam

Les autres courants de l'islam, encore vivants ou éteints, ont également eu leur propres écoles d'interprétation de la Loi divine.

L'école mutazilite a été fondée par Wacil ibn Ata, un ascète mort en 748. Elle doit son nom à un mot arabe signifiant «Ceux qui se séparent». Les Mutazilites s'opposèrent aux docteurs des écoles sunnites. Ils prônaient la raison et recouraient à la dialectique. Leur rationalisme les opposa au fidéisme des sunnites. Ils prônaient aussi le libre arbitre, l'existence d'un Bien et d'un Mal absolus, discernés par la Raison et non par Allah. Dieu, étant un pur esprit, ne pouvait être doué de parole. Aussi le Coran, créé, ne pouvait être éternel. L'école mutazilite empruntait à la religion zoroastrienne de la Perse antique, et entretenait des relations cordiales avec les shiites, les mystiques, les juifs, les chrétiens.

Les shiites ont également une pluralité d'écoles juridiques.

L'école djafarite a été fondée par Saadek al Djafar (710-780). Elle s'appuie exclusivement sur les *hadiths* rapportés par les *imams* de la famille de Mahomet. On la désigne donc souvent comme l'école imamite, école des *imams* («guide», chefs de la prière et de la communauté). Les shiites croient que les douze *imams* successeurs légitimes de Mahomet (Ali étant le premier, Djafar le sixième) sont saints et infaillibles. Aussi, on désigne aussi ces shiites comme «duodécimains» (fidèles des douze *imams*). Ces douze *imams* des shiites ne sont ni prophètes, ni messagers de Dieu, mais serviteurs de Dieu, et héritiers du Messager de Dieu, Mahomet. L'école djafarite n'a pas fermé la porte de l'*ijtihad*, au Xème siècle; elle continue à pratiquer la libre recherche. Elle reconnaît aux descendants du Prophète, tel l'Aga Khan des ismaéliens, tout comme aux agents du douzième imam caché, tel le Grand *Ayatotallah* («Verset de Dieu») d'Iran, le pouvoir d'être les interprètes de la *Sharia*. Le djafarisme est dominant en Iran, en Irak, au Liban, à Bahreïn.

L'école zeydite est une autre école shiite, qui a été fondée par Zeyd ben Ali, et qui est dominante au Yémen.

Les shiites ismaéliens, qui admettent Ismail comme septième et dernier *imam*, ont en commun l'ésotérisme (le caché, le secret, le silence). Ils se sont partagés en Qarmates syro-mésopotamiens et bahreïnais, Fatimides du Maghreb, Druzes du Liban. Chaque secte a son dogme et son école théologico-juridique.

Les kharijites, on l'a vu, ont formé, dès les débuts du califat, une secte indépendante. Leur puritanisme leur faisait rejeter le luxe, le tabac, la musique, le jeu. Leur fanatisme était également proverbial. Ils interprétaient le Coran de manière littérale.

Le travail des diverses écoles consiste à tenter de dégager une interprétation du Coran et de la Tradition qui soit partagée par la communauté des croyants, un consensus de la communauté (*ijma al umma*).

(B) *L'ijma al umma*, consensus de la communauté des croyants

On définit *l'ijma al umma* comme le consensus de la communauté entière des croyants (*Consensus des Gesamtgemeinde*, selon Goldziher). Un *hadith* de Mahomet énonce: «Ma communauté ne s'accordera jamais sur une erreur». Le consensus de la communauté des croyants, *l'ijma*, ne se confond pas avec la coutume, définie par la doctrine classique romaine comme le consentement tacite du peuple, le *tacitus consensus populi* de Julien. Edouard Lambert parlait du «dogme de l'infaillibilité de la communauté», et relevait

le dogme des pandectistes, que la norme juridique puise son origine, dans une harmonie mystérieuse des volontés s'établissant sans lutte au sein du groupe social, à la pratique spontanée et instinctive de tous les intéressés: le sentiment confus de la multitude des ignorants.

Mais où trouver ce consensus de la communauté? Et qui sont ceux qui peuvent l'exprimer? L'idée s'est imposée que les trois modes de manifestation du consensus, comme de la *Sunna*, se trouvaient dans les actions et la pratique, dans les paroles, et dans les approbations tacites. Le consensus s'abreuve donc en partie à la coutume, aux diverses coutumes des multiples peuples convertis à l'islam.

L'islam prêche la soumission de la communauté des croyants (*umma*) à Dieu dans tous les domaines de leur vie sociale, qu'ils soient religieux ou profane, civil ou militaire, intellectuel, moral ou juridique. La communauté universelle des croyants, *l'umma*, le grand tout humain du monde musulman, doit donc vivre selon la volonté de Dieu à l'égard de la société des hommes. Dieu gouverne directement les croyants par le Coran, dont des versets sont récités plusieurs fois par jour, lors de la prière.

Le Coran est, d'une certaine manière, la charte constitutionnelle, la loi fondamentale, de la communauté des croyants. Il offre à chaque homme le moyen de régler sa pensée et sa conduite. Il donne aux califes («successeurs»), aux sultans («gouverneurs»), aux *sheiks* («anciens» et «chefs»), dont les fonctions consistent à appliquer et faire respecter la Loi divine, qui ont des pouvoirs limités, tous les moyens de régler tous les problèmes qui se posent à l'autorité. Le gouvernement direct des croyants par Dieu est une sorte de théonomocratie, une théocratie, gouvernement de Dieu, une nomocratie, gouvernement de la Loi: une théonomocratie, un gouvernement de la Loi divine. On conçoit que la marge de

manœuvre des docteurs soit faible, entre la parole de Dieu et le consensus des croyants.

Le consensus des croyants est devenu de plus en plus difficile à dégager, quand l'empire musulman s'est étendu avec les succès de la Guerre sainte, le *Djihad*. Les tribus de la péninsule arabique avaient leurs coutumes et elles ne les ont pas abandonnées, au moins en partie, lors de leur conversion à l'islam, qui a été acquise dès la vie de Mahomet. Les tribus et peuples de la Mésopotamie, de la Perse, du Maghreb, de l'Asie centrale, n'ont pas abandonné, au moins en partie, leurs coutumes pré islamiques. Le consensus était de plus en plus précaire.

L'idée s'est imposée d'une interprétation doctrinale du consensus, d'une exégèse par les seuls savants. Un *hadith*, d'ailleurs contesté, de Mahomet, dit: «Les savants (*oulémas*) sont les héritiers des prophètes (*nabis*)». Les docteurs ont eu pour fonction de résoudre les contradictions entre les divers *hadiths* et ils ont fait la promotion des six livres canoniques de *hadiths*. *L'ijma al umma*, le consensus des croyants, est devenu la seule base dogmatique du droit musulman. Comme l'a écrit le professeur Schnouk-Hurgronje

Le consensus de la communauté est devenu, en fait, le fondement des fondements de la loi, et les savants de chaque âge sont les seuls organes compétents pour exprimer le contenu de cet accord.

Le droit de représenter la communauté en matière d'interprétation de la Loi a été limité aux seuls savants³⁵⁶. La formation de *l'ijma* a résulté d'abord de l'accord des compagnons du Prophète, de ses successeurs, les califes, puis des successeurs des successeurs. Puis elle a résulté de la lutte des sectes et des écoles juridiques, du triomphe d'un parti sur l'autre. Avant même la création des quatre grandes écoles sunnites, les *fuqaha* ont fait reconnaître la légitimité de leur travail d'interprétation.

Les jurisconsultes (*fuqaha*) ont réussi à imposer l'idée que leur pratique de recherche de solution aux cas nouveaux, sur la base d'une interprétation des sources premières et sacrées, le Coran et la *Sunna*, était justifiée et bien fondée. Ils ont fait accepter cette idée en élaborant une théorie de la hiérarchie des sources du droit: au sommet, le Coran, en dessous, la *Sunna* des *hadiths* authentiques, en bas, le consensus des docteurs dans l'interprétation des deux premières sources. Si les méthodes de recherche ont varié selon les écoles juridiques, toutes se sont accordées pour reconnaître un rôle central à «l'effort» de compréhension, d'explication, d'interprétation, de la Loi divine, qui est dénommé *ijtihad*.

356 Le jurisconsulte allemand Puchta écrivait, à la fin du XIX^{ème} siècle, que la représentation du peuple, pour l'établissement de la coutume, est assurée par la doctrine.

(C) L'«effort» des savants ou *ijtihad*.

L'*ijtihad* est défini par P.F. Blanc comme «l'action de pénétrer le sens intime de la *charia* pour y puiser la règle applicable au cas concret à résoudre»³⁵⁷. L'*ijtihad* est donc le travail d'interprétation fourni par les savants pour découvrir les règles précises de la *Sharia*, aptes à s'appliquer dans les cas concrets nouveaux qui sont soumis à l'avis des *fuqaha*, les théologiens jurisconsultes. L'*ijtihad* est donc proche de ce qu'était la *iuris prudentia* romaine

Car l'apport de la Révélation du Coran et de la *Sunna* était limité. Une anecdote le montre. En matière de droit successoral des femmes, un *hadith* dit que Mahomet aurait ordonné: «Ne distribuez rien des biens du défunt. Car Dieu veut qu'on attribue une part aux femmes. Mais il n'a pas encore dit laquelle». Ce *hadith* présente un parallélisme avec les deux révélations successives de la volonté de Iahvé à Moïse, sur les droits des filles à la succession de leur père³⁵⁸. On a donné plus haut le nombre – environ deux cent – des versets du Coran qui traitaient de droit privé et de droit public.

La liberté plus ou moins grande de la doctrine doit être appréciée selon la conception que l'on se fait de l'*ijma*, le consensus. Le consensus des savants est dans une relation dialectique avec le consensus des croyants. Le consensus des croyants ne peut être la simple *communis opinio doctorum* des Romains, l'avis commun des jurisconsultes.

Dans les trois premiers siècles de l'islam, du VII^{ème} au X^{ème} siècle, la plus grande partie du droit musulman a été construite par le travail des docteurs. Elle a été le fruit de la recherche des écoles. La place faite à la raison humaine, au raisonnement du savant, est généralement strictement encadrée. L'opinion personnelle (*ray*) est vue avec défaveur. Le raisonnement préféré est le raisonnement par analogie (*qiyas*), qui permet d'étendre une solution à une solution voisine. Mais ce type de raisonnement est peu créatif. Le raisonnement par analogie peut être écarté au profit d'un raisonnement téléologique («science de la finalité»), la poursuite de l'intérêt commun, l'intérêt général ou *istiqlah*.

On a dit que l'école hanafite a eu une inspiration spéculative, que l'opinion ou *ray* s'appuyait sur la raison et recherchait l'équitable et l'utile, qu'Abu Hanifa a adopté comme méthodes l'analogie légale et, dans les cas exceptionnels, le sens commun, le bon sens personnel. On a dit aussi que les mutazilites prênaient la

357 PF Blanc, *Le droit musulman*, 1995, p 23.

358 Voir supra, p 204.

raison et recouraient à la dialectique. Leur rationalisme les opposa au fidéisme des sunnites.

L'ijtihad s'est exercé dans le cadre des quatre écoles sunnites de droit religieux, et dans leur seul cadre. Ces écoles ont reçu le monopole de *l'ijtihad*. Elles l'ont dénié aux savants isolés et aux écoles dissidentes.

Mais l'effort s'est achevé. La porte de *l'ijtihad* qui, depuis le début du Xème siècle, n'était plus qu'entre baillée, s'est définitivement fermée au XIIIème siècle. Les califes nommèrent quatre *cadis*, quatre juges, un pour chaque école. A partir du XIIIème siècle, «Les jurisconsultes ont laissé la place aux conservateurs» (Edouard Lambert). Ou plutôt aux rédacteurs de commentaires littéraires, c'est-à-dire à des glossateurs. Schnouk-Hurgronje a écrit :

La jurisprudence islamique se trouve depuis longtemps dans un état de complet et définitif repos, qui fait penser à la tranquillité d'un cimetière³⁵⁹.

Le principe d'autorité ou *taqlid* s'est imposé. En même temps que le Coran et la *Sunna* faisaient l'objet d'une mise par écrit canonique, l'infailibilité des sources originelles et divines du droit était reconnue. La fixation du dogme a entraîné celle du droit. On explique encore cette fermeture de la porte de l'effort doctrinal par le contre coup de l'expansion de l'islam. Cette expansion, en intégrant des peuples aux coutumes fort diverses, a amené des risques d'éclatement de la communauté musulmane. La liberté devait céder le pas à l'autorité.

Les traités et manuels, rédigés par les *fuqaha* du VIIème au Xème siècle, destinés à aider les *cadis* dans leurs fonctions judiciaires et à éviter les contradictions du jurisprudence, ont été indéfiniment repris. La Loi divine, la *Sharia*, et la science du droit religieux, le *fiqh*, en tirent un caractère d'archaïsme, et même d'ineffectivité, par la désuétude des dispositions les plus inadaptées. Le droit en tire également un caractère casuistique et non systématique.

Pourtant, des voix se sont levées, depuis les années 1960, pour réclamer la réouverture de la porte de *l'ijtihad*. Dès la fin du XVIIIème siècle, les contacts du monde musulman avec l'Occident en pleine expansion colonisatrice, avait provoqué un réveil du monde arabe et de sa réflexion.

Paragraphe 4. La Renaissance musulmane et la Sharia

La colonisation de l'Inde par les puissances occidentales, à partir du XVIème siècle, a accompagné la formation, l'ascension puis le déclin de l'empire des Grands

359 Cité in Edouard Lambert, op cit.

moghols. Les moghols, chefs de la dynastie mongole des Timourides, issus de *Timour Lang*, «Timour le Boiteux», Tamerlan (1336-1405), régnèrent sur le Nord de l'Inde, majoritairement musulman, à partir du XVIème siècle. La création de comptoirs coloniaux assura aux puissances coloniales (Portugal, Hollande, France, Angleterre) la sécurité de la route de l'Inde. Au XVIIIème siècle, les Anglais établirent en Inde une colonisation systématique et leur domination complète.

Les chefs des tribus de l'Arabie, cœur historique de l'islam, prirent conscience de l'irruption de l'Occident à leurs portes et de la faiblesse des moghols indiens et des sultans ottomans. L'expédition du général Bonaparte en Egypte (1798-1801) révéla l'infériorité du monde musulman en matière de sciences et de techniques. L'islam était confronté directement, sur son sol, à une idéologie étrangère, très différente de la sienne. Pour la première fois depuis la perte de l'Espagne, le recul de l'islam semblait à nouveau possible. C'est dès la fin du XVIIIème siècle que le réveil de l'islam s'est manifesté (A). Depuis lors, la question de l'harmonie entre l'islam et la modernité est à l'ordre du jour (B).

(A) La *Nahdha* ou Renaissance musulmane

L'intrusion de l'Europe dans le monde musulman a touché l'empire ottoman, l'Egypte, le Maghreb, la Perse, la Mésopotamie, l'Inde ... Cette intrusion a provoqué le grand mouvement de la Renaissance musulmane ou *Nahdha*, renaissance religieuse, culturelle, politique. Les premiers foyers de réforme sont apparus en Arabie, puis en Egypte

En Arabie, Abd al Wahhab (1703-1792), adopté par la famille des Saud, a fondé un courant fondamentaliste musulman dit *wahhabisme* en Occident, «Doctrine unitarienne» en arabe. Le wahhabisme est une école sunnite, héritière de l'école hanbalite, qui insiste sur l'unité de Dieu. Elle a été influencée par Ibn Taymiyya (mort en 1328), docteur hanbalite scolastique. Elle rejette toute innovation et n'accepte qu'une interprétation littérale du Coran et de la *Sunna*.

L'adoption du wahhabisme par la famille saoudite a fait du wahhabisme la religion de l'Etat saoudien, quand la monarchie saoudienne s'est établie en 1932, avec l'aide du Royaume-Uni. Le Royaume d'Arabie saoudite est entièrement régi, droit public et droit privé confondus, par la *Sharia*. Le droit n'est pas codifié. Le roi a promulgué des décrets sur la compétence et la procédure des cours de *Sharia*. La puissance de la monarchie saoudienne, appuyée sur les pétrodollars, a donné au wahhabisme, courant le plus traditionnaliste de l'islam, une influence inattendue.

En Egypte, Mehmet Ali, *pacha* (vice-roi) d'Egypte de 1805 à 1849, fut l'un des initiateurs de la renaissance musulmane et le fondateur de l'Egypte moderne. Il contribua à la modernisation économique et sociale de l'Egypte. Le *sheikh*

réformiste Riffa al Tahwati (1801-1874) et l'écrivain Taha Hussein (1889-1973) jouèrent aussi un grand rôle.

En Tunisie, Ahmad bey (1837-1855) chercha à moderniser la Tunisie sur le modèle de l'Égypte. Un code de statut personnel a été promulgué, en 1956, qui abolit la polygamie, la répudiation, et l'inégalité successorale entre hommes et femmes. La juridiction cadiale fut supprimée comme en Égypte.

En Turquie, la modernisation de la société date des tentatives d'enrayer le déclin de l'empire ottoman. En 1839, un édit du sultan Mahmut II lança un mouvement de réforme dénommé *Tanzimat* ou «Organisation», destiné à réformer les institutions et la société. Le principe de l'égalité devant la loi, notamment dans sa dimension politique, l'égalité de tous les sujets de l'empire, sans distinction de nationalité et de religion, fut proclamé. Un gouvernement et une administration à l'occidentale furent établis: ministres, Conseil d'Etat, Cour suprême où siégèrent des musulmans, des juifs et des chrétiens. Des codes à l'occidentale furent promulgués: un code civil (Mejelle) en 1876, une Loi sur le droit de la famille (1917).

Au XX^{ème} siècle, l'action de Mustafa Kemal Atatürk (le «Père des Turcs»), maréchal (1921), puis président de la République (1923-1938), a provoqué une véritable réforme de la société et des institutions. Mustafa Kemal jugeait que le déclin de l'empire ottoman, la Sublime Porte, et la décadence de l'Etat et de la Nation turcs, étaient le fruit de la politique du Divan, le gouvernement des sultans, qui s'appuyait sur une tradition islamique rétrograde. Le relèvement de la Turquie exigeait la laïcisation de l'Etat. Kemal supprima les tribunaux religieux islamiques, abolit la polygamie, adopta l'écriture latine à la place de l'écriture arabe, imposa le port du costume occidental (la casquette au lieu du fez ...), ordonna la lecture publique du Coran en langue turque et non arabe ...

En Inde, colonisée par les Britanniques, le nationalisme devint de plus en plus virulent, dans la première moitié du XX^{ème} siècle. En 1942, Gandhi lança, à l'adresse des Anglais, le slogan *Quit India!* («Partez de l'Inde»). En 1947, la Grande-Bretagne reconnut l'indépendance de l'Inde, aussitôt déchirée par une guerre de religion entre hindous et musulmans. Le partage du sous-continent indien en deux Etats, sa partition, en Union indienne, à majorité hindoue, et en Pakistan, à majorité musulmane, devint inévitable. Au début du XX^{ème} siècle, l'Inde, le sous continent indien, avait été un autre foyer de la Renaissance musulmane.

Mohammed Iqbal (1873-1938) fut un poète et philosophe indien de religion musulmane, qui écrivit des ouvrages de philosophie politique, qui en ont fait le père spirituel du Pakistan. Iqbal a tenté d'appliquer des concepts du droit musulman à l'organisation d'institutions modernes. Il voulait enlever aux savants l'*ijtihad*,

l'effort de mise à jour du sens de la *Sharia*, et le confier à une assemblée législative, qui définirait l'*ijma*, le consensus des croyants. Il voyait là le moyen d'établir une sorte de parlementarisme appuyé, non sur une règle majoritaire, mais sur la qualité des opinions. Le parlement serait une sorte de Sénat à la romaine, où seuls les meilleurs auraient droit à la parole.

Le Pakistan ou «Pays des purs» a été créé en 1947, lors de la partition de l'Empire des Indes, *dominion* britannique, en deux Etats. Le Pakistan est devenu, par sa constitution de 1956, un Etat islamique indépendant dirigé par un président, souvent un général. Du Pakistan s'est détaché, en 1971, la République islamique du Bangla Desh («Pays du Bengale»).

Le Panislamisme a tenté de dépasser le cadre étroit des Etats musulmans. Le Panislamisme est un mouvement politique transnational de solidarité et de fraternité, qui vise à réunir tous les musulmans. Ce fut d'abord un mouvement de résistance, d'émancipation et d'indépendance, qui a appuyé les luttes des peuples musulmans colonisés, dans la conquête de leur indépendance à l'égard de la puissance coloniale: Angleterre, France, Italie, Pays-Bas ... Ce fut aussi un mouvement d'expansionnisme et de reconquête islamiques encouragé par Istanbul. Jamal Eddine al Afghani (1839-1897) et Abdul Rahman al Kawakibi (1854-1902) ont été deux grandes figures du Panislamisme.

Jamal Eddine al Afghani a rencontré, à Paris, Ernest Renan (1823-1892), philosophe et historien rationaliste, auteur d'une *Vie de Jésus*. Il a soutenu avec Renan une controverse célèbre, se ralliant aux sciences et techniques de l'Occident, admettant que l'islam populaire constituait une entrave au développement de la science moderne, mais cherchant avant tout à faire revivre l'islam. Le Panislamisme a tenté sans succès, au cours de multiples congrès, de rétablir le califat, qui a été aboli par Mustafa Kemal Atatürk, après l'effondrement de l'empire ottoman, en 1924, après qu'il ait aboli le sultanat (1922).

La *Salafiya* («Retour à l'antécédent») est un autre mouvement également lié à la Renaissance de l'islam, à la *Nahdha* musulmane. Ce n'est pas un mouvement de réforme (*islah*, en arabe), comme la Réforme protestante de Luther et Calvin. Si la Réforme protestante prônait un retour au christianisme des origines, elle voulait aussi changer la doctrine (95 thèses de Luther, 67 thèses de Zwingli). La *Salafiya* est plutôt une démarche de retour au passé, qui a pour but la revivification de la foi musulmane ancienne et la restauration de l'Etat de Médine, la «Cité» (*médina*, la «ville») du Prophète. Les salifiâtes veulent renouer avec la pureté et la beauté de l'islam des califes pieux, les quatre premiers successeurs de Mahomet, ces califes élus (Abu Bakr, Omar, Uthman et Ali), les califes «bien guidés» par le Prophète, qui dirigèrent bien la communauté des croyants, de 632 à 658.

Les théoriciens de la *Salafiya* furent Jamal Eddine al Afghani (1839-1897), déjà mentionné à propos du Panislamisme, Mohamed Abdhuh et Rashid Ridha, tous deux égyptiens. Mohamed Abdhuh (1849-1905) disait vouloir accorder l'islam et la science. Mais il refusait d'appliquer la critique historique à l'interprétation du Coran et des autres textes sacrés. Mohamed Abdhuh suggéra de réunir les quatre grandes écoles juridiques sunnites, une proposition reprise par la suite par nombre de penseurs. Rashid Ridha (1865-1935), disciple de Mohamed Abdhuh, a accentué les critiques anti occidentales de son maître. Il a poursuivi la promotion de l'idée centrale de la pensée d'Abdhuh, la *Salafiya*, le Retour à l'antécédent, à la pureté et à la beauté originelles de la doctrine musulmane du Ier siècle de l'hégire.

Enfin, les Frères musulmans forment une confrérie religieuse, qui a été fondée, en 1920, par un instituteur égyptien, Hassan al Banna (1906-1949), issu d'une famille de tradition hanbalite. C'est un mouvement populiste, qui prône à la fois la *Salafiya* et le progrès technique et scientifique. Comme la doctrine sociale de l'Eglise, il prône une troisième voie, entre le capitalisme et le socialisme. Le mouvement refuse toute laïcisation, même modeste de l'Etat.

Dans ce tableau, il faut relever la faible audience, auprès de la communauté des croyants, l'*umma*, la «rue arabe», selon l'expression des médias occidentaux, des intellectuels musulmans, formés souvent en Occident, qui proposent d'appliquer au Coran les méthodes modernes d'analyse critique des textes religieux. L'islam n'a pas encore produit, s'il le fait un jour, une école similaire à l'école de la «science du judaïsme» (*Wissenschaft des Judenthums*) de Léopold Zunz (1794-1886) ou à l'Ecole pratique d'étude biblique, fondée à Jérusalem, en 1890, par le père Albert Lagrange (1855-1938), un théologien catholique dominicain qui était convaincu que la religion catholique devait affronter la critique rationaliste moderne avec ses propres armes, l'étude des textes sacrés, leur exégèse scientifique, au moyen des sciences: la linguistique, la philologie des langues sémitiques, l'archéologie.

Si les études du Coran ont été menées de manière scientifique, en Occident, notamment en Allemagne, depuis le XIXème siècle, une telle école n'existe pas encore dans le monde musulman. En son sein, les intellectuels qui pourraient l'animer n'ont actuellement aucune influence, et même aucune audience. Le fidéisme prévaut, cette conception pour laquelle la vérité est fondée sur la foi et la révélation, écartant tout rationalisme. La rencontre de l'islam et de la modernité semble problématique. En tous cas, elle tarde à venir.

(B) Le droit musulman contemporain entre *Sharia* et modernité

Il convient de s'intéresser d'abord à la problématique de l'application de la *Sharia* à l'époque contemporaine (1), avant d'étudier les principes de droit

musulman qui pourraient permettre une évolution de ce droit et son adaptation aux besoins des sociétés contemporaines (2), et de conclure sur l'état actuel du droit des Etats islamiques (3).

(1) La problématique de la modernité

La Renaissance arabe, en matière de droit, a toujours pu s'appuyer sur les procédés qui, depuis longtemps, avaient donné une certaine souplesse au *fiqh*, la jurisprudence et connaissance du droit musulman. Au-delà de ces moyens, le monde musulman débat actuellement de la sphère d'application du droit musulman.

Ce droit est à la fois d'application personnelle, car c'est le droit des croyants, et d'application territoriale, car les musulmans considèrent qu'il y a une terre de l'islam (*dar al islam*). Par ailleurs, la croissance numérique des communautés musulmanes dans le monde occidental pose de plus en plus la question de l'application de la *Sharia* aux musulmans d'Occident. Dans son état actuel, le droit musulman est en quête d'une harmonie entre l'islam et la modernité

Certains réclament une application de la *Sharia* aux musulmans, à titre de droit personnel, à l'exclusion de tout autre droit. D'autres demandent une évolution du droit musulman dans le sens de la modernité, pour s'adapter aux changements sociaux et moraux de la société. Ces voix s'élèvent à la fois en terre musulmane et en Occident. Cette évolution pourrait résulter, de manière énergique, d'une sorte d'hybridation, de mélange, avec les droits occidentaux ou, d'une manière radicale, du remplacement de règles isolées, d'institutions ou de corps entiers du droit musulman, par des règles tirées des droits occidentaux.

Plus prudemment, on peut envisager une réinterprétation des principes traditionnels du droit musulman. Des procédés divers ont été reconnus, depuis longtemps, pour adapter le droit musulman aux besoins de chaque époque.

(2) Les procédés d'adaptation

Ces procédés sont divers: l'admission de la coutume, la liberté de la convention, le recours à la fiction, la latitude laissée au titulaire de l'autorité.

- La *coutume* est admise, quand elle apporte un complément au droit musulman, quand elle ne brise pas l'unité de la grande communauté des croyants. Ainsi, en droit commercial, en matière de propriété, en matière de dot ... La coutume est admissible, quand elle ne viole pas une obligation ou une interdiction, mais porte sur une activité recommandée ou autorisée. Pourtant, on trouve, dans l'islam d'Afrique, des coutumes bien vivantes, qui contredisent de manière frontale les prescriptions du Coran en droit successoral. Ainsi, à Mayotte, pays à 99% musulman, les successions se font avec une prévalence des droits des femmes sur

ceux des hommes, alors que le Coran établit une répartition deux tiers / un tiers en faveur des hommes. De même peut-on dire que l'obligation collective de la guerre sainte (*Djihad*) tombe en sommeil, si ce n'est en désuétude, dans certaines circonstances, à certaines époques.

- La *liberté des conventions* est reconnue, quand elles ne contreviennent pas à la Loi. Un *hadith* énonce: «Il n'y a pas de crime à faire des conventions en plus de ce que la Loi prescrit». Les contrats de mariage peuvent donner à l'épouse le pouvoir de répudiation que la Loi confère au mari: cela devient, pour l'épouse, un pouvoir d'auto répudiation, qui équivaut à la liberté de divorcer, notamment si le mari ne tient pas son engagement de monogamie, s'il prend une deuxième épouse.

- Des *fictions*, des stratagèmes et des ruses ont également été reconnus. La *Sharia* s'attache plus au respect de la lettre de la Loi que de son esprit. La polygamie, la répudiation de l'épouse et un traitement inéquitable (des faveurs inégales) peuvent être découragés par des dommages-intérêts conséquents. Le prêt à intérêt, interdit par la *Sharia*, comme l'usure dans le droit canonique, peut être autorisé en recourant à une double vente, ou à la remise d'un gage avec antichrèse (autorisation donnée par le débiteur à son créancier de toucher les fruits du gage). Le contrat aléatoire d'assurance est interdit. Mais seul celui qui touche la prime d'assurance commet un péché. Il suffit de s'assurer auprès d'un infidèle ... La fiction de la création entre des époux d'une société commerciale permet, à Java, d'écarter le régime matrimonial de la séparation des biens, prévu par le Coran ...

- La *latitude laissée au titulaire de l'autorité* est également admise: le *sheik* peut ordonner aux *cadis* d'appliquer la doctrine de telle école juridique; la police peut fermer les yeux sur la vente d'alcool, dans les bars d'Alger, et se boucher le nez sur la fermentation du raisin, dans les chais du *djebbel Boulaouane* (appellation d'origine contrôlée, d'ailleurs) ... Les accommodements avec le Ciel sont nombreux.

De plus, il est admis que certaines règles sont tombées en désuétude. L'exemple du droit pénal est intéressant. Le calife Omar, le deuxième successeur du Prophète (634-644), avait suspendu l'application de la règle de couper les mains des voleurs. Une famine ayant multiplié les vols, il était devenu impossible d'amputer tous les délinquants. La suspension de l'application de la règle, qui fut prorogée, provoqua sa désuétude, sauf en Arabie saoudite, où la tradition et le wahhabisme récent la firent maintenir. On assiste, en ce moment, avec la renaissance du fondamentalisme, avec le succès de la *Salafiya*, à des demandes de rétablissement des peines corporelles les plus spectaculaires, l'amputation (simple, croisée de la main droite et de la jambe gauche ...), de la lapidation publique. On voit des apologies du droit pénal des origines. La question de la peine de mort en pays

d'islam est aussi une question brûlante. Parmi les 21 pays de la Ligue arabe, un seul, qui est peu représentatif (Djibouti), a aboli *de iure* la peine de mort. Plusieurs Etats l'ont abolie *de facto*, acceptant que les tribunaux prononcent des condamnations à mort, mais ne les exécutent plus.

Les procédés autres que la désuétude (coutume, convention, fiction, autorité) ont l'immense avantage, aux yeux des traditionalistes, de ne pas remettre en cause l'autorité de la Loi révélée. Pour autant, le droit musulman contemporain, dans sa pratique, se montre à la recherche d'une harmonie entre la tradition et la modernité.

(3) L'état actuel du droit des Etats islamiques

Quelques trente Etats ont une population à majorité musulmane. Vingt et un sont membres de la Ligue arabe, fondée en 1945. Ces pays ont chacun leur droit national. Certes le droit musulman occupe une place de choix parmi les sources de leur droit. Mais d'autres influences s'exercent sur leur droit, au point que des dérogations, des dispositions en contradiction avec la Loi, s'insinuent dans leur droit. La chose est visible tant en droit public (a) qu'en droit privé (b).

(a) Le droit public

Le droit public interne (constitutionnel, administratif, judiciaire, pénal) est éclectique et connaît un certain degré d'occidentalisation. Les règles du Coran sont, en cette matière, très peu nombreuses. Elles se résument en un devoir d'obéissance inconditionnelle à l'autorité mise à la charge des sujets³⁶⁰, et en un devoir de solliciter le conseil des sujets mis à la charge de l'autorité³⁶¹.

- En *droit constitutionnel*, la question décisive de la dévolution du pouvoir, du choix des gouvernants, a divisé la communauté des croyants depuis les origines³⁶². Les quatre premiers califes, les califes pieux de l'Etat de Médine, furent désignés par le choix des notables, des chefs de tribus. Mais, à partir du schisme de 661 (séparation du sunnisme, du shiisme et du kharijisme), le principe dynastique s'insinua, avec les califes omeyyades de Damas, puis les califes abbassides de Bagdad. La division de l'autorité en deux califats (Bagdad et Cordoue) s'est poursuivie en une multitude de sultanats (de *sultan*, «roi», «gouverneur»), d'émirats

360 Le Coran dit: «Ô les croyants! Obéissez à Allah, obéissez au Messager et à ceux d'entre vous qui détiennent le commandement» (IV, 59). Il faut obéir à Dieu, au Prophète et aux autorités.

361 Le Coran rapporte l'ordre donné par Allah à Mahomet à propos des croyants: «Consulte les dans la décision» (III, 159).

362 C'est la Providence divine qui donne la royauté et la puissance (III, 26).

(d'*émir*, «commandeur»), de chefferies (le *cheik*, l'«ancien», dirigeants de la tribu) qui étaient indépendants des califes.

L'idéal d'une unité de la communauté des croyants, d'une identité de la communauté musulmane et de la société civile, et d'une unité de l'autorité s'exerçant sur elle, s'est totalement évanoui. Aujourd'hui, la communauté des croyants, l'*umma*, est divisée en une multitude d'Etats, ayant chacun leurs intérêts nationaux, leur régime politique, leur constitution.

Souvent ces constitutions affirment, dans leur préambule, qu'elles s'inspirent du droit musulman et organisent son application. Mais elles contiennent également des déclarations de droits politiques: égalité de droits, libertés d'opinion, de conscience, d'expression. Tant la positivité de la *Sharia* que celle de ces libertés sont sujettes à caution: la *Sharia* est parfois ignorée. La liberté de publier des journaux est entravée, celle de manifester est carrément limitée, si ce n'est interdite. L'égalité des droits politiques est même refusée: le non musulman ne peut exercer de commandement politique.

Les institutions prennent l'apparence de régimes mixtes, présidentiels et parlementaires. Mais l'armée joue un rôle central. Les rois (Maroc³⁶³, Bahreïn), les émirs (Arabie Saoudite, Koweït, Qatar), les sultans (Oman, Mascate), a fortiori les présidents ou les guides (Lybie), ne sont que les chefs de l'exécutif. Ils ont la commanderie du bien et exercent l'autorité civile, militaire, mais pas religieuse.

- Le *droit administratif* est souvent influencé par le droit administratif français. Le Conseil d'Etat est une institution enviée et sa jurisprudence est souvent imitée (théorie de l'imprévision, permettant de réviser certains contrats, en droit algérien).

- Le *droit judiciaire* intègre le principe du jugement en équité, souvent cité dans le Coran. Le droit judiciaire moderne est largement inspiré par des principes qui sont tirés des traditions occidentales. L'organisation judiciaire est une compétence du pouvoir civil. Elle prévoit souvent une hiérarchie de juridictions, des voies de recours ... Un partage de la compétence est parfois organisé entre le *cadi*, compétent en matière de mariage, de famille, de succession, et le tribunal du gouverneur de la province, compétent en matière de propriété, de droits réels, d'obligations et de contrats, qui juge selon la coutume profane du pays ou selon un code. Mais, dans la majorité des pays, les juridictions traditionnelles sont en déclin ou ont disparu. Les juges, tous formés d'abord au droit moderne de l'Occident, ont tendance à appliquer des modes de raisonnement rationalistes.

363 Le cas du Maroc est particulier. Le roi appartient à la dynastie des Alaouites, descendants d'Ali. Il appartient donc de la famille du Prophète.

- Le *droit pénal* a connu une libéralisation et il connaît actuellement une réislamisation. On a dit que l'amputation³⁶⁴ était tombée en désuétude dès le calife Omar, et qu'elle n'était plus pratiquée qu'en Arabie saoudite. Depuis une vingtaine d'années, certains pays ont réintroduit les peines corporelles et la lapidation. La Lybie a réintroduit l'amputation pour vol (1972), la flagellation pour fornication (1973), et pour consommation d'alcool (1974). En certains pays, l'apostasie (le refus de croire en l'unicité divine et en la mission prophétique de Mahomet), quand elle est publique, est punie de mort³⁶⁵. Le Coran prescrit le talion, tout en acceptant le pardon³⁶⁶.

- Le *droit international public* de ces Etats musulmans reconnaît la validité des traités conclus entre Etats, selon le grand principe *pacta sunt servanda*, base du droit international général, d'origine canonique³⁶⁷. La place et le statut, dans le droit des Etats musulmans, de la guerre sainte et juste (*Djihad*) ou «combat dans le sentier d'Allah»³⁶⁸, légale selon le Coran, demeurent mal définis.

(b) Le droit privé

En droit privé (personnes, biens, obligations, successions), le tableau est également contrasté.

- Le *statut personnel* et le *droit successoral*, qui sont considérés comme des institutions fondamentales de l'islam, sont encore largement influencés par le droit musulman. Toutefois, plusieurs pays ont interdit la polygamie³⁶⁹ et substitué le divorce à la répudiation: la Turquie, la Tunisie ... L'égalité de l'homme et de la femme y est établie³⁷⁰. Le droit matrimonial laisse le choix entre plusieurs régimes.

364 «Le voleur et la voleuse, à tous deux coupez la main, en punition de ce qu'ils se sont acquis, et comme châtiment de la part d'Allah. Allah est Puissant et Sage» (V, 38).

365 III, 177 et IV, 137.

366 II, 178 et V, 45.

367 Voir supra, p 228.

368 «Qu'ils combattent donc dans le sentier d'Allah, ceux qui troquent la vie présente contre la vie future. Et quiconque combat dans le sentier d'Allah, tué ou vainqueur, Nous lui donnerons bientôt une énorme récompense» (IV, 74).

369 IV, 3.

370 L'inégalité et l'infériorité des femmes sont justifiées ainsi dans le Coran: «Les hommes ont autorité sur les femmes, en raison des faveurs qu'Allah accorde à ceux-ci sur celles-là, et aussi à cause des dépenses qu'ils font de leurs biens. Les femmes vertueuses sont obéissantes (à leurs maris), et protègent ce qui doit être protégé, pendant l'absence de leurs époux, avec la protection d'Allah. Et quant à celles dont vous craignez la désobéissance, exhortez-les, éloignez-vous d'elles dans leurs lits et frappez-les. Si elles arrivent à vous obéir, alors ne cherchez plus de voie contre elles, car Allah est, certes, Haut et Grand!» (IV, 34). Ces inégalité et infériorité se voient dans la

Le droit successoral connaît souvent l'égalité des droits à héritage des femmes et des hommes, à l'encontre de versets explicites du Coran énonçant un partage deux tiers un tiers.

L'esclavage, reconnu par le Coran³⁷¹ et légalisé par le droit musulman, a longtemps été pratiqué. Il n'a disparu officiellement du droit de certains Etats musulmans que très récemment, tel celui de la République islamique de Mauritanie. En droit musulman, le maître avait le droit de faire d'une femme esclave sa concubine.

- En droit des *biens*, la propriété est considérée, non comme un droit absolu, mais comme une fonction sociale, qui est au service du bien public, lui-même supérieur aux intérêts privés. En cette matière, le droit musulman a une position proche de celle du droit canonique.

- Le droit des *contrats*³⁷² et celui de la finance et de la banque³⁷³ fournissent des exemples de domaines du droit où les deux familles de droit (canonique et musulman) peuvent s'enrichir de l'une et de l'autre.

Certaines matières, comme le port du voile et l'alimentation *halal*, sans parler de l'excision des fillettes, semblent relever plus de la culture que des obligations juridico-religieuses. Les Pakistanaises sont fort élégantes sous leur *hidjab*, et nombre de musulmans du golfe Persique rejettent le *halal* comme une barbarie.

Mais plusieurs pays (Pakistan, Iran, Koweït, Egypte) se sont engagés dans la voie de la réislamisation du droit positif, en droit pénal comme on l'a dit, et dans le rétablissement des juridictions coraniques traditionnelles, les juridictions cadiales. Certains voient ces tribunaux comme des juridictions volontaires, de type arbitral, pour le règlement des conflits conjugaux, préalables des divorces, d'autres comme des tribunaux obligatoires.

polygynie, dite polygamie (IV, 3), dans l'inégalité successorale (IV, 11, 12, 127 et 176), dans celle du témoignage, celui de la femme valant la moitié de celui de l'homme (II, 282).

371 IV, 3.

372 La dette à échéance doit être mise par écrit, par un scribe, sous la dictée du débiteur (II, 282).

373 II, 275: «Ceux qui mangent de l'intérêt usuraire ne se tiennent (au jour du Jugement dernier) que comme se tient celui que le toucher de Satan a bouleversé. Cela, parce qu'ils disent: 'Le commerce est tout à fait comme l'intérêt'. Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt». Le commentaire du Coran dit: «Toute transaction à base d'intérêt est défendue, tout gain à risque unilatéral ... Par contre, le prêt avec participation aux gains et aux risques [la commandite] est parfaitement licite: il s'agit alors d'une véritable association».

Le droit musulman, branche de la religion, présente un caractère révélé et divin. Celui qui ne le respecte pas est un pêcheur, celui qui le conteste est un infidèle, celui qui le critique est un hérétique. Enfer, exclusion de l'islam, peines corporelles et même mise à mort de l'apostat, celui qui abjure publiquement la foi islamique, sont les diverses sanctions fulminées par la *Sharia*. Pendant des siècles, ces sanctions ont été appliquées avec modération, tant par les *scheiks* que par les *imams*. Depuis quelques décennies la réislamisation des Etats musulmans remet à l'ordre du jour, politique et social, le rétablissement de ces règles. L'harmonisation et la synthèse entre droit musulman et droits modernes restent des objectifs lointains.

CHAPITRE V: QUELQUES DROITS TRADITIONNELS D'AFRIQUE ET D'OCEANIE

Disons d'emblée que le droit traditionnel dont il va être question ici n'est que l'une des sources du droit aujourd'hui en vigueur officiellement dans les divers pays d'Afrique et d'Océanie. Dans les nombreux Etats d'Afrique et d'Océanie, le droit positif a intégré des pans entiers des droits des pays qui ont colonisé la quasi-totalité de ces deux espaces, du début du XIXème au milieu du XXème siècle³⁷⁴. Les droits romanistes (Portugal, Espagne, France, Pays-Bas, Allemagne, Belgique, Italie ...) ou de *common law* (Grande-Bretagne, Etats-Unis) qui étaient ceux des Etats colonisateurs, y avaient été introduits, dans des proportions variables selon les pays. Quand chacun de ces pays a accédé à l'indépendance, les nouvelles autorités n'ont pas abrogé le droit colonial largement issu du droit de la métropole européenne ou américaine. Les règles des droits occidentaux promulguées dans ces pays ont été généralement confirmées par les nouvelles autorités.

Toutefois ces Etats ont hérité, de la colonisation, des frontières souvent nouvelles, parfois artificielles, et leur identité n'était pas toujours reconnue, ni leur solidité assurée. Ils ont parfois cherché, dans leurs traditions, une assise supplémentaire à leur développement matériel et moral. Par ailleurs, le droit coutumier pré occidental n'avait pas été totalement éradiqué par l'introduction d'un droit colonial, peu ou prou calqué sur le droit de la métropole. Ainsi, la vigueur des règles de droit coutumier traditionnel, restées parfois appliquées, et la volonté des nouvelles autorités de s'appuyer sur les valeurs traditionnelles, se sont conjuguées. Aussi peut-on peut parler de la résistance du droit coutumier (Section I). Celui-ci n'a pas disparu, mais sa survie reste problématique, dans les branches du droit où il reste vivant, en droit public et en droit privé (Section II).

Section I. La Résistance Du Droit Coutumier Traditionnel

Disons encore d'emblée que l'expression de «droit coutumier traditionnel» doit être employée avec prudence. On peut parler de droit coutumier si l'on constate, sur un territoire déterminé (le ressort coutumier), l'application constante et générale de règles formant un système cohérent de normes. En Afrique et en Océanie notamment, la diversité des coutumes, leur ressort souvent mal défini, parfois leur caractère contradictoire, s'opposent à la notion de droit coutumier. La diversité des règles pose un problème redoutable. Le cadre coutumier, généralement ethnique,

374 Cette période a vu la deuxième grande période de colonisation occidentale. Auparavant, dès le XVème siècle, un premier mouvement de colonisation occidentale s'était produit, initié principalement par le Portugal et l'Espagne.

s'oppose à l'idée de ressort coutumier. Le cadre régional fait parfois cohabiter des ethnies et des coutumes différentes.

La diversité des coutumes se manifeste en droit public: si la chefferie est un système de gouvernement répandu, on trouve, exceptionnellement, des ethnies qui se gouvernent autrement, démocratiquement parfois. En droit privé, les coutumes de famille patriarcale n'excluent pas l'existence de coutumes de famille matriarcale; les coutumes de droits d'usage semblent générales, mais qui sait? Peut-être y a-t-il des coutumes de propriété individuelle.

En dépit de cette diversité, on peut affirmer que les droits traditionnels présentent des caractères communs et suffisamment marqués pour que l'on puisse parler d'une famille des droits traditionnels. A. N. Allot écrit ainsi: «Les droits de l'Afrique comportent une similitude suffisante touchant la procédure, les principes, les institutions et les techniques pour qu'il soit possible d'en rendre compte de manière globale; on peut considérer qu'ils constituent une famille, bien qu'on ne puisse découvrir aucun ancêtre qui leur soit commun³⁷⁵.» Nous étudierons ces caractères communs (Paragraphe 1) avant d'exposer le destin de la coutume pendant la période de la colonisation (Paragraphe 2), puis les efforts de réhabilitation des droits traditionnels après l'indépendance (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. Les caractères des droits traditionnels

Les coutumes traditionnelles présentent donc des caractères de personnalité (elles ont d'abord une base ethnique et ensuite une base territoriale) et de diversité particulièrement marqués. Elles ont également une grande stabilité, régissant des sociétés à évolution lente, qui cultivent une vision statique du monde. Elles reconnaissent, comme sujets de droit, des collectivités stables: ethnie, tribu, villages, lignages; et non des acteurs isolés et plus fragiles: l'individu, le couple, le foyer³⁷⁶.

Ces sociétés se voient comme des groupes multiples. Dans la tension que chaque société connaît, entre le groupe et l'individu, c'est le groupe ou le sous-groupe qui domine. L'idée de droits de l'homme et du citoyen peut trouver un écho en droit politique. En droit privé, la notion de droits subjectifs opposables au groupe est quasi inconnue. Comme dans les droits asiatiques étudiés (droit chinois

375 A N Allot, «African Law», in J D M Derrett *An Introduction to legal systems* (1968) p 131, cité et traduit par René David et Camille Jauffret-Spinosi, in *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd, p 441.

376 Michel Alliot «Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats d'Afrique francophone et à Madagascar» in J Poirier *Etudes de droit africain et de droit malgache* (1956) pp 235 et suiv.

et droit japonais), la mentalité générale insiste sur le primat du groupe sur l'individu, sur la domination des rites et des coutumes sur la loi, sur la préférence pour les mécanismes de la médiation et de la conciliation sur le recours à la justice des tribunaux publics.

Cette conception se voit en particulier en droit foncier. Kéba M'Baye³⁷⁷ écrit:

La terre africaine était insusceptible d'appropriation individuelle. De même que l'homme africain ne s'avisait pas de se déclarer propriétaire d'une portion de la mer ou de l'air, de même il était profondément ancré dans l'idée que la terre est à Dieu, aux fétiches ou aux ancêtres, qui l'ont affectée à l'ensemble des hommes pour leur permettre de vivre. Dans la coutume, l'homme n'avait que l'usage de la terre, dont la propriété appartenait à une entité transcendante, qui variait selon les croyances. Toute la communauté avait le droit de vivre des produits de la terre. Et la communauté, ce n'était pas seulement les présents, mais aussi ceux qui étaient morts, et ceux qui allaient naître. Car, comme le dit le poète, en Afrique, «ceux qui sont morts ne sont pas morts».

La conception de la propriété comme un droit individuel, uni et absolue, est inconnue. Les terres peuvent être redistribuées, aux cours d'interminables palabres, sous l'autorité du chef du village, en fonction de l'évolution des besoins des diverses familles. Au besoin, l'intervention des anciens facilite l'adoption de la solution la plus adaptée, la plus humaine, la plus équitable.

Les coutumes tirent leur stabilité et leur caractère obligatoire de leur inscription dans un ordre cosmique qui fait une place aux puissances surnaturelles. Les sociétés traditionnelles d'Afrique, d'Amérique, d'Asie et d'Océanie sont majoritairement animistes. Elles croient aux esprits. Comme les sociétés monothéistes, elles croient en un Dieu créateur. Mais Il ne donne pas aux hommes de commandements.

Dieu se coule dans les multiples forces spirituelles qui habitent les œuvres de sa Création. Ces peuples sont souvent animistes et panthéistes. Ils voient des dieux et des esprits partout, en particulier dans la nature³⁷⁸. La crainte du courroux des

377 Kéba M'Baye fut premier président de la Cour suprême du Sénégal, puis juge à la Cour internationale de justice de La Haye.

378 Dans les atolls coralliens de la Polynésie centrale, particulièrement isolés et exposés au déchainement des forces de la nature, notamment aux cyclones, les habitants croient encore parfois, sous la mince croute du christianisme, en la force des esprits. Pour eux, après la mort, les ancêtres se logent dans un animal (tortue ou requin) qui les recueille, dans une matière vivante (corail ou nacre), ou restent accrochés à leurs productions épidermiques (ongles ou cheveux). Les prêtres de la religion traditionnelle prétendent capter ces forces; leur costume est fait justement de grandes coquilles de nacres de l'huître perlière *Pinctada margaritifera*, de cheveux, de

puissances surnaturelles et le souci de maintenir la paix avec les dieux, avec les ancêtres, avec les esprits, constituent, avec la pression du groupe, les sources du sentiment du caractère obligatoire des règles coutumières.

Les normes de conduite sociale mêlent donc règles religieuses, morales et juridiques. Les règles juridiques n'ont pas de supériorité sur les règles religieuses et morales. Ces règles indifférenciées de la vie en société ne sont certes pas des lois et le mot même de droit et celui de coutume sont à manier avec précaution.

En Malgache, par exemple, le mot *fomba*, qui est utilisé pour désigner la coutume des ancêtres, signifie «manière», «méthode», «moyen», «mode». Etymologiquement, il a le sens de « couvercle protecteur de l'ordre du monde»; lui porter atteinte constitue une faute, un péché, qui met en danger son auteur et le groupe auquel celui-ci appartient³⁷⁹.

En Tahitien, le mot «coutume», traduit par l'expression *peu* («manière, d'être ou de faire») *tumu* («enracinée», donc «ancestrale»), est peu utilisé dans le registre des règles de la vie en société. Le droit de propriété, ou plus exactement les droits d'usage individuels ou familiaux, sont protégés par des interdits ou *tapu*, mot qui signifie à la fois «sacré» et «interdit». *Tapu* a été concurrencé par *ture*, introduit par les missionnaires méthodistes de la *London Missionary Society*, premiers traducteurs de la Bible en Tahitien, qui signifie généralement «loi», et qui est la version tahitienne de *Torah*, la «Loi» (les cinq premiers livres) de la Bible hébraïque. *Ture* a un contenu sémantique et culturel moins fort que *tapu*.

Un autre mot de ce registre est *rahui*, qui signifie «prohibition» ou «restriction d'usage», qui s'applique notamment à l'exploitation de la nature, et désigne une sorte de réglementation de la pêche, de la cueillette, de l'agriculture, proche du pouvoir de ban du droit féodal. La source du droit traditionnel se trouvait donc, avec les *tapus*, interdits sacrés de la vie religieuse et profane, dans l'autorité des dieux et dans celles des ancêtres.

plumes. Ces esprits des morts continuent à vivre et, parfois, reviennent de l'autre monde hanter la conscience des vivants, comme l'exprime si intensément le tableau de Paul Gauguin, *Manao tupapau* («Je pense aux esprits»). Quand les hommes violent les règles immuables du fonctionnement du monde, qui incluent les coutumes traditionnelles, les esprits déchainent sur les humains le courroux des forces de la nature, notamment celles de *Toro tunga*, dieu de l'océan.

379 H Deschamps, «Les fondements du droit quotidien malgache» in J Poirier, *Etudes de droit africain et de droit malgache*, 1965, pp 19 et suiv., cité in R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd, p 442, n. 3.

Paragraphe 2. Le destin des droits traditionnels pendant la colonisation

A l'époque coloniale, des administrateurs français avaient fait rédiger des recueils de coutumes, notamment en Afrique occidentale française. Environ 150 coutumiers juridiques avaient été établis, dans le premier tiers du XX^{ème} siècle, et une partie d'entre eux avaient été publiés avant la Deuxième guerre mondiale³⁸⁰. Cette rédaction et cette traduction étaient nécessaires pour que les juges coloniaux puissent appliquer un droit qu'ils ne connaissaient que fort vaguement, et qui était pourtant le droit de la grande majorité des justiciables.

On peut comparer cette démarche à la rédaction des codes de lois entreprise par les rois germaniques, dits barbares (burgondes, francs, ostrogoths, wisigoths), après la conquête de l'empire romain d'Occident, au VI^{ème} siècle de notre ère. Ces rois se sont trouvés gouverner des populations conquises plus nombreuses que leurs sujets d'origine. L'auraient-ils voulu, ils n'auraient pas réussi à imposer à ces nouveaux sujets, la grande majorité de la population, le droit de leurs tribus. D'où l'idée de faire rédiger des codes de lois des populations soumises, pour une bonne administration de la justice, gage de soumission durable de ces nouveaux sujets.

On a longtemps soutenu que les coutumes rédigées par les administrateurs coloniaux, et appliquées par eux dans leurs fonctions judiciaires, avec l'aide d'assesseurs locaux, auraient été plus méconnues et étouffées par cette rédaction et par cette application, qu'elles n'auraient été respectées et vivifiées. La question est complexe et des recherches récentes, sur le personnel judiciaire colonial à Madagascar, ont soutenu que les juges coloniaux appliquaient la coutume en connaissance de cause et même parfois avec une intelligence créatrice.

Dans les domaines du droit méconnu de la coutume, l'introduction du droit occidental a comblé une lacune de plus en plus criante avec le développement économique, notamment en droit des affaires: droit des sociétés, droit des contrats, droit maritime, et également en droit du travail.

Dans les domaines du droit réglé depuis longtemps par la coutume, l'introduction de règles du droit occidental a trouvé d'autres justifications. En droit public, les chefferies, les juridictions indigènes et les assemblées de populations ont été assujetties aux administrateurs coloniaux, dans la poursuite d'une politique d'assimilation avouée. L'élévation du niveau de culture et du niveau de vie des populations appelait la formation d'une administration moderne constituée de services de police, de voirie, d'écoles, de centres médicaux ... Ces nouvelles institutions ont été les vecteurs de l'introduction du droit occidental.

380 *Les coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale française*, 3 vol, 1939.

En matière répressive, la lutte contre les mauvaises coutumes, barbares, arbitraires, inhumaines, a conduit à abolir le droit coutumier et à promulguer un code pénal et un code de procédure pénale, dans chacune des colonies de l'Afrique occidentale française ou dans l'Afrique occidentale anglaise. Le droit pénal coutumier subit un véritable naufrage. Le progrès justifiait un nouveau droit.

En droit privé même, la coutume a connu une régression marquée. En droit des personnes, l'administration coloniale a donné aux indigènes la possibilité d'opter pour le statut européen. Ils pouvaient ainsi contracter un mariage à l'euro péenne. Des règles modernes ont été introduites pour protéger particulièrement la femme et le serf.

En droit des biens, l'administration coloniale a également offert aux indigènes l'option de placer leurs terres sous le statut européen. Le mécanisme de l'option, en droit des biens comme en droit des personnes, était l'immatriculation sur un registre. La coutume a donc connu, plus qu'une évolution et une adaptation à la civilisation moderne, un remplacement par le droit occidental, un véritable déclin et parfois la disparition.

Après l'accession à l'indépendance de nombre de pays d'Afrique, d'Asie, d'Océanie, dans la deuxième moitié du XXème siècle, les nouvelles autorités ont cherché à revivifier et à réhabiliter ces sources anciennes des règles de la vie sociale, s'appuyant sur les valeurs traditionnelles de leurs peuples, dans un souci d'affermissement de leurs jeunes Etats.

Paragraphe 3. La réhabilitation du droit coutumier après l'indépendance

Après l'indépendance, les nouvelles autorités n'ont pas aboli les règles de droit occidental introduites pendant la colonisation. Sans qu'un hommage officiel ne soit rendu à ce droit, il a semblé impossible de l'éluider. La volonté des nouveaux dirigeants d'engager leurs pays dans la première, puis la deuxième, la troisième ... décennies du développement économique et social, était incompatible avec l'idée d'un retour au droit traditionnel. L'idée d'adapter le droit hérité de la colonisation aux besoins des sociétés des nouveaux Etats n'était pas absente. Mais, c'est la volonté d'améliorer ce droit qui a été mise en avant.

Dans le désir de susciter le développement économique et de rattraper l'Occident, les nouveaux dirigeants ont eu le souci de réformer leurs pays, de lui faire parcourir aussi rapidement que possible les diverses étapes de la croissance économique, de le métamorphoser, par l'industrialisation, par la construction d'infrastructures, par le développement des services. Le désir encore d'affermir les bases politiques et culturelles des nouveaux Etats, dont les frontières étaient souvent l'héritage du hasard, le résultat de la compétition entre les puissances

coloniales, était également très vif. Parfois, la volonté d'établir un régime personnel, si ce n'est dictatorial, était présente.

La politique qui a été menée pour affermir ces Etats et pour stimuler le développement a cherché mobiliser ces sociétés dans l'atteinte des objectifs des plans pluriannuels de développement. Le droit coutumier, comme expression des valeurs traditionnelles de ces sociétés, a participé à cet appel général aux énergies des populations des jeunes nations. La prise en compte des sentiments de solidarité qui unit la famille élargie, et l'esprit de concessions qui anime ses membres ont été valorisés, alors que l'individualisme occidental était, quant à lui, décrié. Ce solidarisme a été l'un des ingrédients de l'idéologie du socialisme africain.

Plusieurs pays se sont engagés dans la voie d'une réhabilitation et d'une revivification du droit coutumier. A Madagascar, la rédaction et la codification des 19 coutumes de la Grande île ont été entreprises. D'autres pays ont suivi l'exemple malgache et se sont engagés dans la voie de la rédaction de coutumiers: le Sénégal, la Tanzanie, le Nigeria. Comme toujours, la mise par écrit des coutumes orales a été l'occasion de les émonder de leurs branches mortes, fatiguées ou nuisibles, de les rapprocher entre elles, si ce n'est de les unifier, de leur donner un caractère officiel et donc de renforcer leur autorité. Alors que l'héritage du droit colonial était assumé, la réhabilitation du droit coutumier a été conduite sous bénéfice d'inventaire.

Une démarche ambitieuse et portant sur les droits privés de plusieurs pays d'Afrique a consisté à suivre l'exemple américain de *Restatement of the Law*³⁸¹. Le *Restatement* entrepris aux Etats-Unis par l'*American Law Institute* est un nouvel exposé de l'état du droit, dans une matière donnée, qualifiée par certains auteurs de *compendium of legal doctrines*³⁸².

L'objectif d'exposé du droit se conjugue à celui de son amélioration. L'étude a porté à la fois sur le droit *de lege lata* et aussi *de lege ferenda*, tel qu'il est «posé» (*lege lata*), et tel qu'il conviendrait qu'il soit, au moyen d'une nouvelle loi qu'il conviendrait de «porter» (*lege ferenda*). Plusieurs institutions britanniques se sont alliées dans l'entreprise du *Restatement of African Law Project*, notamment la

381 Cette démarche trouve également son inspiration dans un projet britannique plus ancien que le *Restatement of the Law* américain, qui date de la première moitié du XXème siècle, et d'objet colonial, le *Digest of Civil Law for the Punjab chiefly based on Customary Law*, cité *Digest of Customary Law in the Punjab*, publié par sir William Henry Rattigan, en 1880, qui a fait l'objet de nombreuses mises à jour et rééditions.

382 Pierre Schlag et Kimberley Diego *New Oxford Companion to Law* (2008) p 1017.

School of Oriental and African Studies de l'université de Londres, sous la direction du Pr. A.N. Allott.

Le droit de la famille du Botswana, le droit du mariage et le droit des successions du Kenya, les droits du mariage, des successions, des biens (tenures foncières) et des obligations du Malawi, et d'autres encore, ont fait l'objet de plusieurs volumes. La démarche suivie ne s'est pas limitée à exposer, commenter et perfectionner la totalité des coutumes. Elle a consisté à prendre en considération le nombre le plus grand possible de ces coutumes, les plus répandues, les plus notables de ces coutumes, à donner une présentation synthétique, historique et prospective, de leurs grands principes et dispositions.

Est-ce à dire que les efforts de réhabilitation ont été couronnés de succès et que l'on a assisté à une renaissance des droits traditionnels? Il est difficile de le dire. Car l'émergence et la disparition de certaines sources du droit, en particulier la coutume, sont mystérieuses. La pratique se transforme insensiblement en usage et l'usage discrètement en coutume. A l'inverse, la coutume peut se réduire à l'usage et l'usage à la pratique, sans pour autant mourir et disparaître complètement.

L'histoire du droit montre même des renaissances de droits disparus; le droit romain, en particulier, a connu plusieurs disparitions et renaissances. Sa connaissance même s'était éteinte. Mais des exemplaires des codifications de l'empereur Justinien (Code et Digeste, principalement), du VIème siècle, étaient demeurés sur les rayonnages de quelques bibliothèques et ont été retrouvés et réétudiés, lors de la renaissance intellectuelle du XIème siècle, et le droit romain a retrouvé une application. Toutefois, il est juste de noter que la survie des droits traditionnels reste problématique.

Section II. La Survie Du Droit Coutumier Traditionnel

Cette rapide introduction aux droits traditionnels exclut complètement l'Amérique et l'Asie. Pourtant les Indiens d'Amérique du Nord et du Sud, les Turco-Mongols de Sibérie (Iakoutes et autres) et les populations du Sud-est asiatique ont créé des sociétés complexes et généré des droits intéressants. Mais ce cours n'est qu'une Introduction au droit comparé. Il est donc limité à deux espaces géographiques et juridiques: l'Afrique et l'Océanie.

Pour être plus précis, cette étude introductive englobe Madagascar, la Grande Île, presque une île continent, comme l'Australie, tant sa superficie est vaste et son identité culturelle originale et riche. Les Malgaches insistent traditionnellement sur cette particularité et, refusant longtemps d'être inclus dans l'ensemble africain, exigent que l'on parle de «l'Afrique et Madagascar». La situation de l'île, séparée du (ou, si l'on préfère, reliée au) continent africain, par le canal du Mozambique, la

met au centre des courants d'échange entre le sous-continent indien, l'Arabie, et l'Afrique orientale, du Nord au Sud.

La Grande Île est une mosaïque ethnique, religieuse, culturelle, de populations d'origine sino-asiatique, indienne, perse, arabe, africaine, européenne Son peuplement la relie, non seulement à l'océan Indien, mais aussi à l'océan Pacifique. En effet, la population des hauts plateaux du centre et du Nord de Madagascar, les Mérimas, a pour origine lointaine des navigateurs austronésiens ou malayo-polynésiens, partis d'un foyer que l'on a du mal à localiser, entre la Malaisie, Formose, l'Indonésie ... La langue mérimina, en particulier, appartient à la famille malayo-polynésienne. Par la civilisation matérielle et par la culture les Mérimas font partie du groupe humain et culturel des Malayo-Polynésiens. Ils ont des cousins très lointains dans l'océan Pacifique.

L'Océanie, le monde du Grand Océan, dénommé par erreur océan Pacifique par Magellan, parce que, au cours du premier tour du monde (1518), il l'avait traversé par mer calme, sans encombre, sans tempête ni cyclone, sans rencontre violente avec les habitants des îles, du moins jusqu'à sa mort aux Philippines. L'Océanie est formée, en plus de l'Australie, de trois grands ensembles insulaires, géographiques, ethniques et culturels: la Mélanésie, la Micronésie et la Polynésie.

La Mélanésie, ensemble des îles (*nesos*) noires (*melas*), est composée d'îles montagneuses étendues parfois (Papouasie-Nouvelle-Guinée, Nouvelle-Calédonie) et d'archipels (Salomon, Vanuatu, Fidji) et occupe la partie Sud-ouest de l'Océanie, à proximité de l'Australie.

La Micronésie, ensemble de petites (*micro*) îles, généralement des atolls coralliens, est composée de plusieurs archipels posés en chapelet sur l'équateur ou (Mariannes, Carolines réunies dans la nouvelle Fédération des Etats Fédérés de Micronésie, Marshall, Gilbert et Ellice formant aujourd'hui le Kiribati).

La Polynésie, enfin, ensemble d'îles nombreuses (*polys*), hautes et volcaniques, entourées d'un lagon ou atolls coralliens, est composées d'archipels situés dans un triangle dont le sommet est constitué par les îles Hawaï, au Nord, et les deux angles de la base par la Nouvelle-Zélande, au Sud-ouest, et par l'île de Pâques (Chili), au Sud-est; ce triangle polynésien inclut, outre Hawaï, la Nouvelle-Zélande et l'île de Pâques, la Polynésie française, les îles Cook, les deux Samoa (l'une américaine, l'autre indépendante), le royaume de Tonga, Wallis et Futuna (France).

C'est principalement dans deux droits polynésiens, celui de Tahiti (Polynésie française) et celui des Îles Cook, placés au centre du triangle polynésien, que nous prendrons nos exemples. Ces deux sociétés entretiennent des relations complexes avec leur ancien colonisateur et entre elles. Les Îles Cook, découvertes par James

Cook en 1773, déclarées protectorat britannique en 1888, furent annexées par la Nouvelle-Zélande en 1901, et reçurent une constitution d'Etat à gouvernement interne en association libre avec la Nouvelle-Zélande, en 1965. Tahiti, découverte par Samuel Wallis en 1767, déclarée protectorat français en 1842, fut annexée à la France en 1880, comme partie de la colonie des Etablissements Français de l'Océanie, elle-même transformée en un territoire doté de l'autonomie interne, avec un gouvernement et une assemblée représentative, en 1977.

Les Cook et Tahiti sont d'ailleurs liées par des liens culturels et humains et c'est le hasard de la compétition coloniale entre la France et la Grande-Bretagne, à la fin du XIX^{ème} siècle, qui a fait tomber l'une dans la mouvance de la France et l'autre dans la sphère du *Commonwealth*. Britannique. De nombreuses familles de Tahiti et de Rarotonga ou d'Aitutaki (Îles Cook) sont apparentées. Dans le domaine du droit, on constate la survivance de règles traditionnelles très proches, malgré près d'un siècle de séparation politique et d'assujettissement à deux puissances coloniales aux droits différents, dans ces deux ensembles, distants de 1.500 kilomètres, de la Polynésie centrale.

Nos exemples porteront sur quelques branches du droit: le droit de la famille (Paragraphe 1^{er}), le droit des biens (Paragraphe 2), et le règlement des conflits (Paragraphe 3).

Paragraphe 1^{er}. Le droit de la famille

Le mariage qu'en Occident, on définissait jusqu'à récemment comme l'union légitime d'un homme et d'une femme, et maintenant comme l'union légitime de deux personnes, est plutôt, en Afrique notamment, l'alliance de deux familles. Les droits africains donnent l'exemple de familles de modèle patriarcal ou matriarcal, de type patrilinéaire ou matrilinéaire, avec de nombreuses variantes. Dans tous les cas, la famille englobe les cousins, même très éloignés. C'est un devoir, et même une obligation, de les accueillir, quand ils demandent l'hospitalité, même à demeure, pour des mois ou des années, de les loger, de les soigner et les nourrir, à ses frais.

En Océanie occidentale, les Aborigènes d'Australie connaissent des systèmes de parenté très compliqués, infiniment plus complexes que ceux des sociétés occidentales, et qui portent très loin les liens de la parenté.

En Océanie centrale, les Polynésiens de Tahiti et des îles voisines ont des systèmes de parenté qui incluaient, jusqu'à récemment, des usages originaux en matière de filiation et d'adoption. Dans certaines familles, il était attendu, quand la fille aînée avait son premier enfant, qu'elle le donne à sa mère, pour adoucir les tristesses de la ménopause et de l'âge. Par ailleurs, l'adoption informelle était

parfois pratiquée, entre chefs, à titre de cadeau. L'adoption nourricière des enfants *faamu* («nourrir») était répandue. Les père et mère nourriciers accueillait des enfants de leurs parents plus ou moins lointains, habitant des îles éloignées.

La conception du mariage, elle-même, est originale. L'idée que le mariage est une promesse d'amour et de fidélité n'est pas méconnue. Mais, justement, on se sent si faible pour faire une telle promesse, que la prudence, si ce n'est la superstition, imposent de ne prendre l'engagement qu'après une période probatoire, à vrai dire assez prolongée. L'idée que le mariage est une récompense est plus partagée: en convolant en de justes noces, le couple se donne un cadeau, quand il a atteint une certaine durée, quand les appétits de la jeunesse se sont calmés, quand les tentations de la maturité se sont éloignées, quand il a traversé les orages et les tempêtes et qu'il n'a pas sombré.

Peut-être y a-t-il là une sagesse répondant à la liberté des mœurs que l'on prête aux Tahitiens et aux Tahitiennes. Bougainville³⁸³, par son *Voyage autour du monde*, publié en 1771, a accrédité cette idée, baptisant Tahiti la «Nouvelle-Cythère», du nom de cette île de la Grèce qui était passée, dans l'antiquité, comme la patrie de l'amour et de la volupté. Diderot, en faisant paraître, l'année suivante (1772), un *Supplément au voyage de Bougainville*, a contribué à l'établissement et à la diffusion du discours sur la liberté des mœurs et le bonheur naturel des habitants des îles du Grand océan.

Les Tahitiens et les habitants des Îles Cook partagent également la conception que la famille ne se réduit pas au couple, à ses ascendants et descendants, mais que les liens de parenté portent très loin. Dans la Polynésie pré européenne, jusqu'au XVIIIème siècle, c'était une autre tradition que de réciter par cœur sa généalogie en remontant jusqu'à une origine lointaine et divine. Aujourd'hui encore, la parentèle reste nombreuse. La solidarité des membres de la famille élargie trouve également son expression dans le droit des biens. La coutume, porteuse d'un ordre social cohérent, accorde les principes du droit de la famille avec ceux du droit de des biens, en particulier du droit de la propriété.

383 Louis-Antoine de Bougainville (1729-1811), après avoir suivi des études de droit et de mathématiques, entreprit une carrière militaire aux Malouines (*Falkland*) et au Canada. Puis il conduisit une expédition scientifique autour du monde, de trois années (1766-1769), à l'instigation du roi Louis XV et de son principal ministre, Choiseul. Tous trois étaient alors des hommes des Lumières. Cette expédition l'amena à Tahiti, qu'il baptisa la «Nouvelle Cythère», quelques mois après le navigateur et explorateur anglais, Samuel Wallis, qui avait dénommé l'île «Île du roi Georges», d'après le nom du souverain régnant, Georges III.

Paragraphe 2. Le droit des biens

Dans les droits traditionnels, le groupe domine l'individu. Le principal bien, la terre, appartient à l'ensemble de la communauté, passée, présente et future. En Polynésie, il était de coutume, jusqu'à récemment, d'enterrer les placentas dans la terre familiale, pour symboliser et revivifier l'attachement des générations au sol. Les ancêtres, les vivants et les générations futures sont tous propriétaires de la terre, souvent désignée comme «la terre des ancêtres» ou *fenua tupuna*, en Tahiti. Ils ont tous des droits sur elle. Mais quels droits?

La promulgation du code civil des Français (1804), par une loi de l'Assemblée tahitienne de 1866, a modifié profondément le régime de la propriété, et encouragé le développement de la propriété individuelle. L'article 9 de la loi tahitienne de 1866 édictait le principe de non rétroactivité de la loi nouvelle que constituait le code civil des Français. Aussi, les droits acquis antérieurement n'étaient pas éteints par la promulgation du code civil.

Ainsi, les Tahitiens qui ont pu ensuite faire la preuve qu'ils tenaient de leurs ancêtres des droits de propriété sur des parties du lagon, ou même de la mer au-delà du récif, en produisant des généalogies et des titres, ont obtenu gain de cause devant les tribunaux. Mais il n'est plus possible maintenant de créer de nouveaux droits de propriété sur le lagon ou sur la mer. Le droit traditionnel, qui reconnaissait cette propriété, est aujourd'hui, non pas mort, mais figé.

Le droit foncier traditionnel reconnaissait la propriété privée. Il s'agissait le plus souvent d'une propriété familiale, qualifiée de «patrimoine foncier» ou *faufaa* (à la fois adjectif: «de valeur», «important», «utile», et nom: «richesses», «fortune») *fenua* (également à la fois adjectif: «foncier», et nom: «la terre»). Derrière l'apparence de la domination exclusive du droit français issu du code civil, les règles coutumières traditionnelles survivent dans la discrétion. La terre des ancêtres, le *fenua tupuna*, garde toujours des défenseurs.

Une première manifestation de cet attachement au droit foncier traditionnel se voit dans l'indivision familiale. L'indivision familiale est un phénomène de grande échelle, à Tahiti, et surtout dans les autres îles éloignées et isolées. Sortir de l'indivision est un droit de tout indivisaire, en droit français. En Polynésie, celui qui prétend sortir d'une indivision sans le consentement des autres coindivisaires, est souvent bloqué par la ligue du reste de la famille, qui emploie tous les moyens pour retarder la procédure. Pour obtenir ce consentement, il faut au minimum convaincre que l'on n'a pas l'intention de vendre la terre à un tiers, même dans de nombreuses années.

Une seconde manifestation de cet attachement au droit foncier traditionnel est donnée par le refus persistant de tout impôt foncier. En Polynésie française, il existe un impôt sur les propriétés bâties, mais pas sur les propriétés non bâties. Au tout début du XX^{ème} siècle, un gouverneur de la colonie a tenté d'en établir un. Il voulait financer la construction d'un chemin de fer tout autour de l'île de Tahiti, qui, facilitant le transport des marchandises, stimulerait le développement économique, notamment la création de plantations de denrées et produits tropicaux (coton, vanille ...), d'élevages (pour les salaisons de porc) ... L'impôt foncier aurait porté un coup fatal au *fenua tupuna*, en obligeant les propriétaires à le mettre en valeur, pour générer les revenus permettant d'acquitter la contribution publique. Il aurait fallu vendre des terres pour mettre en valeur les autres.

Une troisième manifestation de cet attachement au droit foncier traditionnel est fournie par le rejet, par l'opinion publique tahitienne, de certaines règles du code civil. Dans de tels systèmes juridiques, la cession de droits immobiliers est inenvisageable. La notion de prescription acquisitive qui, au bout d'un certain nombre d'années, confère des droits exclusifs à un individu, l'occupant et l'exploitant généralement, est inimaginable. En Tahitien, la prescription, acquisitive, introduite par le code civil, est dénommée *Aitau*, ce qui signifie «ce qui mange (la terre)», et est vue avec une grande suspicion, comme une sorte de vol.

Une quatrième manifestation de cet attachement au droit foncier traditionnel est visible dans la revendication, par une partie de l'opinion publique, du rétablissement des juges tahitiens. Ces juges reprendraient la fonction des juges de la reine Pomaré IV (1828-1880), les *Toohitu*, huit grands juges, qui jugeaient, en dernier ressort, les litiges, en particulier les litiges fonciers, selon les règles traditionnelles.

A Rapa, une île isolée de l'archipel des Australes de la Polynésie française, la gestion de l'espace est encore réglée par les usages communautaires. La pêche, notamment, est organisée, au cours d'assemblées de la population: des autorisations de pêcher sur telle ou telle zone sont accordées à telle ou telle famille, pour telle ou telle période, après un débat collectif. Autant dire que personne ne remplit de dossier administratif avec en annexe une série de pièces telles que *curriculum vitae*, diplômes, déclaration au registre de commerce, attestation de la Sécurité sociale ou de la direction des impôts, certificat de *good standing* délivré par une banque ... Toutes ces inventions de la bureaucratie moderne n'ont pas cours ici. L'Administration de la Polynésie française est obligée de tolérer cette pratique, qui fonctionne à la satisfaction générale, semble-t-il.

Aux Îles Cook (capitale: Rarotonga), qui appartiennent à la même sphère culturelle traditionnelle que Tahiti, même si, par le jeu de l'histoire, elles ont été

rattachées à la Grande-Bretagne, aujourd'hui à la Nouvelle-Zélande, l'esprit de la propriété familiale vit aussi. Quand leurs cousins de Tahiti viennent leur rendre visite, les *Cook Islanders* leur proposent parfois de leur laisser construire une maison, un *faré*, sur une terre de la famille. Un conseil de famille est réuni, et l'on propose aux cousins tahitiens, deux ou trois emplacements. Sur la terre choisie, ils pourront construire une habitation, dont ils auront l'usage exclusif, qu'ils pourront transmettre à leurs enfants, à la condition implicite que ceux-ci partagent l'esprit de famille.

Le droit concédé s'apparente à une tenure, un droit de jouir du bien, de certaines utilités du bien: un certain *usus*, un certain *fructus*, mais pas l'*abusus*, le droit de disposer du bien, de le vendre. Les *attorneys* de Rarotonga qui rédigent les actes correspondants, formés au droit de la *common law* dans les universités de Nouvelle-Zélande, ne sont pas en terrain inconnu. Car la *common law* a conservé jusqu'à aujourd'hui la tenure du droit féodal, alors que la Révolution française (1789-1799) et le code civil de 1804 l'ont abolie.

Si les titulaires de la tenure, ou leurs enfants, après eux, oublient ces principes, le différend est tranché par les tribunaux ordinaires, mais ceux-ci respectent la volonté des parties exprimée à l'acte, qui a été de conférer des droits d'usage, non un droit de propriété uni et complet. Dans d'autres fors, des survivances du droit traditionnel sont également perceptibles dans le règlement des différends.

Paragraphe 3. Le règlement des conflits

Le règlement des différends n'est certes pas envisagé, dans les droits coutumiers, comme un procès, comme un processus complexe, formaliste, par lequel le litige, soumis à la juridiction compétente, progresse, se transformant d'un droit au procès, un droit d'être entendu en justice, en un droit au jugement, qui doit être rendu selon le droit, et est susceptible d'exécution forcée.

Le droit coutumier fournit surtout une instance pacificatrice. Les droits subjectifs étant peu reconnus, la fonction du juge n'est pas de dire le droit³⁸⁴, d'attribuer à chacun ce qui lui revient³⁸⁵. Le juge n'est pas appelé à interpréter la loi, et au besoin, en cas de silence de la législation et de la coutume, à combler les

384 Selon le sens originel et étymologique du mot latin *iuris dictio*: dire le droit.

385 Ulpien écrit: «Les préceptes du droit sont les suivants: vivre honnêtement, ne léser personne, attribuer à chacun ce qui est sien» (*Praecepta iuris sunt haec: honeste vivere, nemidem laedere, suum cuique tribuere*) in D 1, 1, 10 pr.

lacunes du droit, «à faire acte de législateur», comme le dit l'art. 1^{er} du code civil suisse³⁸⁶.

Sa fonction est essentiellement pacificatrice: rendre calme, ramener à l'état de paix. C'est la préservation de la cohésion du groupe qui constitue la préoccupation essentielle. Le juge a alors pour tâche de réconcilier les protagonistes pour restaurer la concorde et l'harmonie de la communauté. Le juge est plutôt un amiable («aimable», en vieux français) compositeur, un arbitre chargé de régler à l'amiable, en équité, un différend entre deux personnes.

La conception particulière du droit qu'ont les sociétés traditionnelles (droits du groupe supérieurs à ceux des individus, insistance sur les obligations des individus à l'égard du groupe, relativité de la distinction entre droit et morale, entre droit et religion) confère à ce droit, en fin de compte, une place modeste dans le règlement des différends.

Un autre phénomène mérite d'être mentionné. Les coutumes d'Afrique sont propres à des groupes souvent peu nombreux. En Océanie, les communautés iliennes sont souvent des sociétés de face-à-face, où tout le monde se connaît ou presque. Ce phénomène influe sur le règlement des conflits. Tout un chacun connaît sa place dans la société, par rapport aux autres membres du groupe. Le statut personnel de chacun dans la société lui dicte une partie de son attitude. La pression du groupe s'y ajoute et amène chacun des deux protagonistes à faire des concessions pour parvenir à un accord, à un accommodement.

La procédure connaît un formalisme réduit. L'absence d'écrit ne signifie pas que les formalités sont exclues: l'oralité a son propre formalisme. Mais la vivacité de la discussion, la palabre (de *palabra*, «parole», en espagnol), qui peut durer des jours, emporte parfois le schéma préétabli de déroulement des débats. L'affrontement verbal permet de préciser et de circonscrire le différend, de présenter ses arguments et ses prétentions, mais aussi de faire valoir son utilité sociale pour le groupe et son statut, de trouver une base de discussions, de rechercher une solution de compromis, et surtout de préserver l'intérêt supérieur du groupe.

386 Art 1^{er} al. 2: A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait, s'il avait à faire acte de législateur