

---

*Université de Liège  
Faculté de Droit*

*Leçons de droit privé comparé*

*Jean-François GERKENS  
Chargé de cours*

*Avec la collaboration de  
Alexandre NGUYEN DINH,  
Assistant à la Faculté de Droit de Liège*

*Edition 2004-2005*

---

**Edition provisoire**

## Introduction

### I. Définition et origine du droit comparé.

Le terme « droit comparé » est, en soi, un terme ne signifiant rien. Il n'existe pas un droit qui serait « comparé » au sens où, soit un domaine du droit, soit un système national de droit y correspondrait. Comme l'écrivait André Tunc, on pourrait dire que *le droit comparé, lui, n'existe pas. S'il existait, il serait formé par l'ensemble du droit dans l'ensemble des systèmes juridiques nationaux*<sup>1</sup>. Et il serait impossible de connaître ou d'étudier un tel système.

L'expression « droit comparé » est relativement récente. Elle apparut, à Paris, en 1900, année de l'exposition universelle. Edouard Lambert et Raymond Saleilles prirent le parti de créer le « Congrès International de Droit Comparé ». L'esprit de ce Congrès était en phase avec le début du XX<sup>ème</sup> siècle et plus particulièrement avec l'inébranlable foi envers le progrès le caractérisant. Fort de son existence, de sa raison et de ses succès, l'homme essayait de briser les confinements locaux et de dominer pacifiquement le monde. Les juristes furent évidemment touchés par cet esprit. Interpréter et élaborer leur propre système ne suffisaient dès lors plus. Ainsi naquit la volonté de développer *un droit commun de l'humanité*. Le « droit comparé » devait être l'instrument résolvant les différences accidentelles entre les droits de peuples dont les degrés de développement économique et culturel étaient semblables<sup>2</sup>. Il fallait, selon Lambert<sup>3</sup>, *réduire le nombre des divergences juridiques consécutives à des incidents historiques ou à des circonstances temporaires ou contingentes*. La foi dans le progrès, si caractéristique du début du XX<sup>ème</sup> siècle, a disparu ; les deux guerres mondiales ont affaibli, voire détruit, la croyance en un éventuel droit universel. Le « droit comparé » a toutefois poursuivi de manière continue son développement.

Cela dit, si l'expression « droit comparé » est un peu impropre ou constitue un abus de langage, elle est toutefois claire. L'expression est donc commode ; elle couvre l'accomplissement de deux sortes d'études : d'une part, l'étude des droits étrangers eux-

---

<sup>1</sup> ANDRÉ TUNC, *Grands systèmes de droit contemporain* (Notes de cours de 4<sup>ème</sup> licence) 3 et suivantes.

<sup>2</sup> Actuellement, on ne dira plus forcément d'un pays ou d'une civilisation qu'elle est sous-développée, parce que c'est scientifiquement incorrect. L'expression « pays en voie de développement » dissimule une conception idéologique erronée. Dire d'une civilisation qu'elle est sous-développée - ou en voie de développement -, c'est laisser entendre que toute civilisation passe par les mêmes stades de développement et de progrès, mais néanmoins que toutes les civilisations ne sont pas en même temps au même stade de développement. De tels propos sous-entendent également que la civilisation occidentale constitue le stade le plus avancé de développement. Aucun anthropologue digne de ce nom ne prétendra plus aujourd'hui le contraire.

<sup>3</sup> Raymond LAMBERT, *Conception Générale et Définition de la Science du Droit Comparé*, Procès verbaux des séances et documents, Congrès international de droit comparé I (1905) 26, cité par Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1.

<sup>5</sup> Certaines données semblent confirmer une origine antérieure au XX<sup>ème</sup> siècle. *Bonaparte, premier consul, ordonne en l'an IX de traduire et de rassembler en corps d'ouvrages tous les codes civils, criminels, commerciaux, maritimes, et militaires des Etats européens. En l'an X un bureau est institué au Ministère de la justice pour traduire et publier les principales lois des pays étrangers ; son œuvre unique mais importante, paraît avoir été en fait de publier dans une traduction française le Code général (Allgemeines Landrecht) des Etats prussiens de 1794*. Voyez, à ce sujet, René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950, 115.

<sup>7</sup> A.TUNC, *op.cit.*, 4 ; voyez en ce sens Marie-Laure IZORCHE, *Propositions méthodologiques pour la comparaison*, *Rev.Int.Dr.Comp.*, 2001/2, 289.

mêmes – sous la réserve toutefois qu’il est impossible de tous les connaître – et, d’autre part, l’étude comparative de certains domaines du droit ou de certaines questions juridiques précises<sup>7</sup>. Si l’on suit l’opinion de René David, la fâcheuse expression « droit comparé » invoque l’idée d’une discipline autonome, et dissimule sa dépendance des études de droit étranger<sup>8</sup>. Aussi, le « droit comparé » n’est-il pas un ordre juridique, mais une discipline<sup>9</sup>. Néanmoins, (b)eaucoup de discussions oiseuses auraient été évitées si, au lieu de droit comparé, on avait parlé (...) soit de comparaison des droits, soit de méthode comparative<sup>10</sup>.

À la manière des Allemands, il serait sans doute préférable d’utiliser la formule de *comparaison du droit* – « Rechtsvergleichung » –, car c’est à l’accomplissement d’une étude comparative que le « droit comparé » invite ; cette étude comparative tend à examiner divers droits en de différentes contrées et/ou en de différentes époques.

## II. Les mobiles de pratiquer une telle discipline.

Les bonnes raisons de faire du droit comparé sont nombreuses. Mais la plus simple d’entre elles résulte d’un raisonnement par l’absurde : ne pas faire de droit comparé supposerait donc que l’on se contente de connaître le droit applicable en Belgique, comme si le droit belge tel qu’il existe actuellement, voire la Belgique, étaient éternels et immuables. Or, au terme d’une formation juridique de cinq ans, il apparaît de manière manifeste que le droit belge ne s’est pas développé, ni ne se développe, dans un milieu clos, autosuffisant et immuable. Deux processus actuellement en cours démontrent en effet qu’une telle opinion serait empreinte d’erreurs grossières :

### A. Le processus d’intégration européenne.

A l’origine, l’union européenne avait pensé pouvoir faire l’économie d’une unification du droit privé. Mais avec le temps, la nécessité d’un droit privé commun européen – à tout le moins, dans certaines matières – se fait de plus en plus impérieuse<sup>11</sup>.

Il est vrai que les codifications liées à un territoire constituent un phénomène contingent au regard de l’évolution de l’Histoire, puisque les codifications nationales sont apparues relativement tard, si l’on considère l’évolution des systèmes juridiques<sup>12</sup>. Or, pendant ce temps, les frontières politiques des États d’Europe – mais aussi du reste du Monde – n’ont cessé de changer. Il est donc permis de dire que globalement, les systèmes juridiques sont plus stables que les découpages territoriaux. Mais si les frontières à l’intérieur de l’Europe tendent à perdre de leur signification, la disparité entre les différents systèmes juridiques fini par paraître tellement bizarre qu’elle en devient inacceptable. Par conséquent, plus le processus d’intégration européenne se réalisera profondément, plus l’unification du droit sera substantielle ...

---

<sup>8</sup> René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950, 8.

<sup>9</sup> Otto PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, Rev.Int.Dr.Comp., 2001/2, 277.

<sup>10</sup> René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950, 3.

<sup>11</sup> En ce sens, voyez par exemple : P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Le droit privé européen*, Paris 1998.

<sup>12</sup> Période couvrant la fin du XVIII<sup>ème</sup> et le début du XIX<sup>ème</sup> siècle.

## B. Le processus de mondialisation.

La discipline qu'est le droit comparé impose de « lever le nez » et d'examiner la conception juridique d'autrui ainsi que la vie du droit sous d'autres latitudes. Une telle démarche intellectuelle est essentielle, parce que le monde est engagé dans un *processus de mondialisation* et que les différents droits étatiques – en particulier dans un pays aussi petit que la Belgique – tendent à voir leur portée et leur importance réduites. Les barrières subsistantes deviennent de plus en plus perméables à bien des niveaux. Ainsi n'est-il même plus nécessaire de franchir physiquement les frontières pour tomber sous le coup d'une législation étrangère. L'effort imposé par le droit comparé est un effort important. La matière n'est guère confortable, car elle suppose notamment la maîtrise d'un certain nombre de langues étrangères. En effet, selon André Tunc, c'est la première difficulté rencontrée dans l'étude des droits étrangers. *Pour pouvoir étudier sérieusement un droit étranger, il est indispensable de pouvoir lire couramment dans la langue du pays*<sup>13</sup>.

Une critique que l'on pourrait être tenté d'adresser à cette vision des choses pourrait être la suivante : même dans un monde globalisé, les citoyens de différents pays ont des vécus différents, des cultures différentes, etc. Partant, il est peu probable que la *sha'riah* devienne la loi applicable en Belgique, tout particulièrement en matière de droit du mariage. En effet, sur certains points, l'éloignement culturel est tel que l'on pourrait penser que rien ne rapprochera jamais suffisamment les différents ordres juridiques nationaux au point que tous soient soumis au même droit.

Mais la mondialisation ne suppose pas nécessairement qu'il y ait une uniformisation de tous les domaines juridiques. Il ne semble pas qu'une uniformisation des régimes matrimoniaux soit de la première importance au regard du processus de mondialisation.

Il faut en revanche souligner – avec René Rodière<sup>14</sup> – à quel point, les droits et les systèmes juridiques sont bien plus les droits d'un État que les droits d'une nation. C'est avant tout l'État qui légifère et non la nation. En effet, sans la présence des autorités publiques et leurs interventions législatives et judiciaires, le morcellement et l'isolement des différents systèmes juridiques seraient certainement bien moins considérables.

Si les choses poursuivent une évolution linéaire, les États-Unis d'Amérique pourraient bien mettre tout le monde d'accord dans un délai relativement bref. En effet, actuellement, ce sont clairement les Nord-américains qui sont les plus représentés sur *la toile*, et cette présence massive, en l'absence de régulation internationale, pourrait en définitive se muer en une hégémonie de fait, procédant de la loi du plus fort...

## III. Le droit comparé et les codifications.

La nécessité même de parler de droit privé comparé est – au fond et dans une bonne mesure – la conséquence du processus de codification qu'a connu l'Europe occidentale d'abord, le reste du monde ensuite. Avant ces codifications, le droit privé était largement considéré comme étant un ensemble de règles relativement universel. Les ordres juridiques européens étaient tous les descendants d'une tradition commune, et les disparités entre les différentes réglementations n'empêchaient pas qu'existe une réelle unité intellectuelle entre les juristes européens des différents pays<sup>15</sup>. C'est une telle unité intellectuelle que l'école de

---

<sup>13</sup> André TUNC, *Grands Systèmes de Droit Contemporain*, 58.

<sup>14</sup> R. RODIERE, *Introduction au droit comparé*, Paris 1979, 3.

<sup>15</sup> En ce sens, voyez par exemple : René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, II et ss.

droit privé européen tente de reconstituer, afin de mener à l'adoption d'un code de droit privé européen remplaçant les actuels codes nationaux<sup>16</sup>.

Pour bien comprendre la situation actuelle et aborder efficacement le droit privé comparé, il est essentiel de s'interroger sur la codification du droit privé ainsi que sur son impact sur la science juridique. L'importance du processus de codification, commencé pour l'essentiel à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, est très généralement admise. Avec plus de deux siècles de recul, la constatation que les buts premiers de la codification napoléonienne n'ont pas été atteints, s'impose. En effet, ces codifications n'ont rendu inutiles ni les avocats, ni les juristes ; elles n'ont pas non plus pu consolider durablement le droit privé<sup>17</sup>. En définitive, le seul résultat tangible imputable aux codifications est certainement la mise à mal de la tradition juridique européenne. Ainsi, depuis que les différents États européens ont codifié leur droit, le droit privé s'est *nationalisé* ; il est désormais lié à un territoire géographique restreint.

Il est également vrai que les premiers signes de « nationalisation » (ou mieux : parcellisation) du droit étaient déjà perceptibles dès les XVII<sup>ème</sup> et XVIII<sup>ème</sup> siècles<sup>18</sup>. A cette époque, une certaine évolution chez les auteurs, et en particulier chez les auteurs de manuels, peut être constatée. Le *ius commune* européen (composé de droit romain et de droit canon) tend à prendre un peu de distance avec l'interprétation stricte du droit romain. Une place plus importante est dès lors reconnue aux droits régionaux, d'origine médiévale<sup>19</sup>. Trois éléments témoignent d'un tel changement :

- l'augmentation de l'activité législative des différentes principautés et royaumes ;
- l'installation de juridictions nationales ;
- la création, dans les universités, de chaires de droit spécifiques<sup>20</sup>.

Il n'était dès lors plus uniquement question de droit romain, mais aussi de droit romano-germanique, de droit romano-hollandais, de droit romano-écossais, de droit romano-saxon ou de droit romano-hispanique. Mais il apparaît qu'il s'agit là simplement de variations nationales ou régionales sur un thème unique, une tradition juridique commune. A l'époque, en effet, l'habitude de la *peregrinatio academica*<sup>21</sup> a été maintenue<sup>22</sup>. En outre, les références à la doctrine savante se font toujours indépendamment des frontières étatiques.

L'entrée en vigueur des codifications nationales a cependant entraîné un changement plus fondamental. L'évanescence de la conscience européenne d'une unité intellectuelle fondamentale peut être imputée à ces codifications. La tendance à un cloisonnement national de la pratique juridique et de l'étude du droit devient la règle<sup>23</sup>. En effet, les nouveaux droits nationaux, en accord avec la doctrine de la souveraineté absolue - tant interne qu'externe - de l'Etat, se devaient d'être indépendants de l'autorité « internationale » du droit romain et devaient, chacun, prévaloir sur les réglementations des territoires autonomes, des villes et des classes au sein de l'Etat<sup>24</sup>. Il est possible que la tendance à l'isolation des droits nationaux soit actuellement en perte de terrain.

<sup>16</sup> En ce sens, Reinhard ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, XIX.

<sup>17</sup> Reinhard ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, 1.

<sup>18</sup> Klaus LUIG, *Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, in : *Ius commune* 3 (1970) 64-97 - traduction anglaise : *The Institutes of National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, in : *Juridical Review* 17 (1972) 193-226; R.ZIMMERMANN, *op.cit.*, 1.

<sup>19</sup> K.LUIG cite sur ce point : F.WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, 207 et H.COING, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neuen Zeit als einheitliches Forschungsgebiet*, in : *Ius Commune* 1 (1967) 19.

<sup>20</sup> K.LUIG, *op.cit.*, 198.

<sup>21</sup> Cette pratique de la *peregrinatio academica* consistait en ce que d'une part, les professeurs dispensaient leurs enseignements successivement dans plusieurs universités d'Europe et d'autre part, les étudiants accomplissaient leur cursus au sein de plusieurs universités européennes.

<sup>22</sup> R.ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, 2.

<sup>23</sup> Voyez en ce sens, Léontin-Jean CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, 22.

<sup>24</sup> K.LUIG, *op.cit.*, 200.

La conclusion est que les codifications nationales mirent fin à la « seconde vie » du droit romain - période pendant laquelle il a été directement applicable. Depuis sa réception au XI<sup>ème</sup> siècle, le droit romain servit de base juridique à l'administration de la justice en Europe occidentale et centrale ; il constitua également le *ius commune*, le droit commun. Pendant ces quelques huit siècles, le droit romain assimila de nombreux éléments de droit canon ainsi que des coutumes non romaines. Le droit romain de l'Ancien Régime ne correspondait dès lors plus à celui des Romains de l'Antiquité. Il en était fait un nouvel usage : l'*usus antiquus pandectarum* fut remplacé par l'*usus modernus pandectarum*.

Au XVIII<sup>ème</sup> siècle, certains auteurs ont voulu ébranler l'autorité reconnue au droit romain, au motif que ce droit était l'œuvre de dirigeants despotiques d'un autre temps et d'une autre civilisation. L'on a reproché également au droit romain d'être la source d'innombrables controverses doctrinales portant sur des arguties anachroniques, fondées sur des subtilités purement théoriques... De plus, le droit romain constituait souvent une source de droit subsidiaire par rapport aux coutumes régionales. Enfin, la multiplicité des sources de droit contribua à diffuser l'impression de complexité et d'inefficacité de l'administration de la justice.

La codification avait pour objectif, d'une part, de mettre de l'ordre dans l'ordonnement juridique ainsi que, d'autre part, de mettre sur pied un système qui couvrirait l'entièreté du droit privé, tout en excluant les sources juridiques rivales, et tout particulièrement, le *ius commune* romano-canonique.

Ce processus a malheureusement conduit à ce que droit, pratique juridique et étude du droit se bornent au cadre étatique. Envisageant la Belgique, la modique taille de son territoire souligne à souhait le côté absurde de la parcellisation du monde juridique.