

 Précis Dalloz

introduction **au** **droit comparé**

René Rodière



DALLOZ

PRÉCIS DALLOZ

INTRODUCTION
AU
DROIT COMPARÉ

René RODIÈRE

Professeur à l'Université de Paris II
Directeur de l'Institut de droit comparé
Doyen de la Faculté internationale de droit comparé

DALLOZ
11, rue Soufflot, 75 240 PARIS Cedex 05
1979

La loi du 11 mars 1957 n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 41, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'article 40).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

PROLEGOMENES

1. — **Première approche.** — Le Droit comparé représente l'un des efforts les plus intéressants pour donner à nouveau aux sciences juridiques le sens de l'universel et c'est pourquoi on peut dire que c'est une science humaniste (1) ou parler de sa fonction internationale (2) ou encore souligner qu'il est un facteur de compréhension entre nations (3).

Certains, en effet, s'inquiètent de constater la stérilité croissante des études de droit positif. Qu'il s'agisse des études de la *Common Law*, du Code civil allemand ou du Code Napoléon, on peut s'étonner de voir à quel point les juristes s'intéressent trop exclusivement au droit de leur pays. Les études de droit participent d'un mouvement général de repliement national.

Ce mouvement n'est pas ancien. Il date principalement des grandes codifications nationales du XIX^e siècle (Codifi-

(1) M. ANCEL, *Le droit comparé, science humaniste*, *Rev. internat. dr. comp.*, 1949, 27.

(2) I. ZAJTAY, *Sur le caractère international du droit comparé*, *Festschrift für J. Bärmann*, 1975, 1077; *Festschrift für Murad Ferdi*, Munich, 1978, 729.

(3) A. TUNC, *La contribution possible des études juridiques comparatives à une meilleure compréhension entre nations*, *Rev. internat. dr. comp.*, 1964, 47. — Cf. R. DAVID, *Les grands systèmes contemporains*, 7^e éd., 1978, n° 6.

La fonction de l'Association Internationale des Sciences Juridiques (A.I.S.J.) émanation de l'UNESCO, créée en 1950 sous un autre vocable d'ailleurs (Comité International de droit comparé) tient précisément à ce que cette Agence des Nations Unies a voulu considérer le droit comme un moyen d'éliminer les tensions internationales : J. HAZARD, *Marc Ancel et l'A.I.S.J.*, *Mélanges Ancel*, 1975, I, 3. Le spectacle du Monde actuel et de ses déchirements rend plus vraie la pensée de Pascal sur les rapports du Droit et de la Force.

Sur le rôle de l'A.I.S.J. : I. ZAJTAY, *Festschrift Fritz Schwind*, Vienne, 1978, 377.

cation napoléonienne de 1804 à 1810; B.G.B. et H.G.B. en Allemagne à la fin du siècle dernier et au début de celui-ci; codification des pays latins du milieu du XIX^e siècle...).

La science juridique était au contraire universelle (à l'échelle du monde méditerranéen s'entend) à l'époque du droit romain ou encore à l'époque où le droit canonique régnait sur le droit de la famille. Celui qui étudiait le droit de la famille en France au XIV^e siècle l'aurait étudié de la même manière en Allemagne ou en Angleterre. Celui qui étudiait le droit des obligations en France à partir du XIII^e siècle l'eut étudié de la même manière dans un pays quelconque de l'Europe occidentale. Certes, les règles de droit positif tendaient à se diversifier au cours d'une évolution historique propre à chaque peuple. Mais, même si l'élargissement du monde civilisé a pu faire prendre conscience de divergences plus profondes que celles qu'un juriste français pouvait constater au XIII^e siècle entre telle partie du droit allemand et telle partie du droit français, on relève chez les juristes du XVII^e ou du XVIII^e siècle, un intérêt général porté au Droit et pas particulièrement au droit français, un certain sentiment que leur science ne doit pas se borner à l'agencement ingénieux et utile des règles certaines du droit de leur propre pays. C'était l'époque où Dumoulin chassé de l'Université française, à cause de sa religion, pouvait aller enseigner dans une université allemande. La science du droit pour un Français, ne s'arrêtait pas aux frontières territoriales de la France. Il est vrai que l'unité du langage scientifique (le latin) facilitait bien des choses.

Dans les années qui ont suivi la promulgation du Code Napoléon on assiste en France à un véritable repliement national des études de droit. Le résultat est que les juristes français aux environs des années 1830 ou 1840, furent imperméables à tout ce qui n'est pas le Code Napoléon.

2. — Nationalisme et comparatisme. — Les temps ont à nouveau changé. La science du droit ne paraît plus aujourd'hui compartimentée suivant les frontières des Etats. La science du droit doit être aussi universelle que la philosophie ou les sciences de la nature.

L'ambition du droit comparé est d'ouvrir un nouveau cycle d'études scientifiques.

Il n'y a là rien de fortuit. Les droits positifs des peuples apparaissent comme étant beaucoup plus des *droits d'Etat* que des *droits nationaux*. Le droit français c'est le droit de l'Etat France beaucoup plus que le droit national français; le droit positif espagnol c'est celui de l'Etat espagnol... malgré quelques restes de provincialisme. Ainsi, les systèmes de droit positif se juxtaposent sur la carte du monde exactement comme les systèmes des Etats qui divisent la terre. Or cette forme d'institutionnalisation du pouvoir que représente le phénomène Etat, pour durable qu'il ait été, n'est qu'un accident historique. Des groupements plus vastes sollicitent les hommes, et nos formules de légalité étatique ne cadrent plus guère — et demain sans doute ne cadreront plus du tout —, avec la réalité juridique. Qu'il s'agisse de groupements politiques (R.A.U., par ex.), de groupements militaires (O.T.A.S.E. ou O.T.A.N.) ou, et surtout, de groupements économiques (les trois communautés en Europe; le Bénélux; l'O.A.M.C.E. et ses avatars successifs en Afrique; le groupement de l'Amérique Centrale...), tous trahissent un besoin d'expansion au-delà des cadres traditionnels des Etats, personnes distinctes du Droit international public. De ces divers groupements, le plus poussé, la C.E.E., connaît même, dès maintenant, un système de droit distinct des systèmes nationaux de ses Etats membres : c'est le droit communautaire qui régit uniformément les entreprises des neuf pays. Des outils juridiques se forgent ainsi pour permettre aux entreprises de ces pays de mieux coopérer entre elles, de mieux se placer sur le marché international de la concurrence. Dans la mesure où il existe, cet ordre juridique communautaire est mieux adapté à la réalité contemporaine que les législations nationales des neufs Etats membres du Marché commun.

Le droit comparé répond à ce besoin d'élargissement. De même que les hommes se sentent à l'étroit, même s'ils les aiment, dans leurs frontières d'Etat, de même les juristes sentent obscurément que leur seul droit national, leur droit positif, ne suffit plus à donner du monde juridique une idée satisfaisante.

Le phénomène est particulièrement notable dans le domaine du droit européen. Le Conseil de l'Europe a réuni en novembre 1968 à Strasbourg une conférence qui a montré le rôle que joue le droit comparé dans l'élaboration du droit communautaire et plus largement du droit

européen et appelé de ses vœux le développement des travaux de recherche et de l'enseignement du droit européen dans les Facultés de droit (4).

3. — Chance et ambitions. — L'essor du droit comparé témoigne de la décadence du nationalisme juridique ou mieux de la décadence de l'étatisme juridique. C'est en quoi il exprime une foi nouvelle.

Mais cette foi demeurera obscure si l'on ne définit pas davantage ce qu'est le droit comparé.

C'est l'objet même de cette Introduction et cette définition doit se faire sur le triple plan de l'objet, du but et de la méthode.

a) Le droit comparé se propose de confronter l'ensemble des règles de droit et des pratiques judiciaires ou extrajudiciaires du monde. Ce ne sont pas les lois qui en forment l'objet, mais l'ensemble des sources du droit.

b) Son but est de dégager les courants de la pensée humaine dans leurs rapports avec les institutions et de déterminer les règles générales qui gouvernent les systèmes étatiques de droit positif et les mouvements de leurs pensées. C'est en cela que le droit comparé est une science. Il ne prétend pas servir comme un art, mais dire ce qui est. Il ne se borne pas davantage à décrire les droits étrangers, mais s'emploie à dégager les constantes de l'évolution générale du Droit ou des rapports statiques des institutions entre elles ou entre les institutions et la politique générale des peuples, plus largement même des groupements humains.

c) Sa méthode relève d'une confrontation continue des règles nationales et étrangères, chacune d'elles étant considérée comme le produit à la fois d'une certaine évolution historique et de l'ensemble des besoins matériels ainsi que des tendances spirituelles de l'époque dans le pays considéré. En d'autres termes, les règles de droit n'intéressent pas le comparatiste dans leur expression normative, mais en tant qu'elles manifestent une certaine position politique.

(4) Voy. sur cette Conférence, *Annuario di diritto comparato e di Studi legislativi*, vol. XLIII (1969).

CHAPITRE PREMIER

L'INFORMATION EN DROIT COMPARE

Section I. — Le fait de la variété des systèmes juridiques étrangers

A. — RECONNAISSONS D'ABORD LES DIVERS ASPECTS DE CE FAIT D'OBSERVATION ÉLÉMENTAIRE

4. — **Variété des divergences.** — a) L'aspect le plus évident est constitué par les *divergences dans les règles de droit substantiel*. On le constate au stade le plus élémentaire, celui de la règle isolée de tout contexte : ex. à partir de quel âge un couple marié peut-il adopter un enfant ? la chose lui est-elle permise quand ce couple a un enfant légitime ? une action émise par une société peut-elle prendre la forme au porteur ? le chef de l'Etat a-t-il le droit de grâce ? Poser telle ou telle question précise expose à des réponses différentes d'un pays à l'autre.

On le constate au stade plus élevé des institutions : le mariage, la vocation successorale, le contrôle non juridictionnel de l'administration, la *summa divisio* des infractions pénales... présentent des caractères profondément différents d'un système à un autre. Prenons un exemple plus complet.

Tous les pays civilisés ont éprouvé le besoin d'une certaine publicité foncière destinée à rassurer le crédit et à renseigner les tiers, particulièrement les acquéreurs d'immeubles. Mais cette publicité obéit à des systèmes techniques différents que l'on peut ramener à deux grands types : le système de la loi belge de 1851 ou de la loi française de 1855 et le système colonial. Le premier système est limité dans sa portée comme dans ses ambitions. Il ne sert qu'à départager les ayants-cause d'un même auteur;

il ne prétend pas donner l'indication sûre que telle personne est propriétaire de telle parcelle, que telle autre a, sur cette même parcelle un droit de servitude au titre de tel fonds dominant... Ce système volontairement étroit et que les réformes de 1935 et 1955 n'ont pas modifié profondément suffit à notre pays. Les notaires connaissent l'état de la terre et les « origines de propriété », dans les actes notariés intéressant les propriétés immobilières et les droits réels sur immeubles, évitent généralement les surprises et les erreurs. Notre système n'a pas l'ambition de refléter l'état officiel de la propriété. Toute autre est la conception de l'*Act Torrens* australien ou des systèmes que la France a introduit dans ses anciennes colonies ou pays de protectorat ou de mandat. On a pu dans ces pays neufs où la propriété individuelle n'était pas généralisée, constituer de toutes pièces un système de cadastre et de registre par parcelles cadastrales qui ne permet pas seulement de dirimer les conflits entre ayants-cause des mêmes auteurs (deux acheteurs de la même terre tenant l'un et l'autre leurs droits du même prétendu propriétaire) mais en outre d'asseoir un véritable état civil de la propriété foncière.

Les deux systèmes varient ainsi sur tous les points : étendue du domaine des droits sujets à publicité, plus grand dans le second que dans le premier; rôle des fonctionnaires chargés de la tenue des registres, passif dans le premier, actif, dans le second; portée de la publicité... Voilà un exemple frappant de divergence dans les institutions du droit substantiel.

b) On constate aussi des divergences *dans l'esprit des règles de droit*.

Ainsi, on rencontre dans de nombreuses législations la règle d'après laquelle le tuteur est chargé d'administrer les biens du pupille. Mais cette règle, encore qu'elle soit conçue en des termes identiques, peut avoir un esprit différent.

Chez les uns, elle exprimera simplement l'idée que le mineur, incapable de fait, doit être protégé et qu'on a confiance dans son tuteur; l'idée de la protection du pupille aura conduit à le dépouiller de la gestion de ses biens parce qu'on pense qu'il en ferait mauvais usage, et à les confier à quelqu'un qui sera chargé de les adminis-

trer pour lui. La tutelle apparaît comme un système de protection des mineurs.

Chez les autres, le pupille est dépouillé de ses biens et ceux-ci sont remis entre les mains d'un administrateur parce que l'on craint que le mineur n'en fasse mauvais usage, au détriment de sa famille. Le pouvoir du tuteur y apparaît moins comme une fonction de protection que comme une garantie pour la famille.

La même règle (savoir : le refus de laisser le mineur à la tête de sa fortune) sera tantôt une mesure héroïque de protection patrimoniale d'un incapable, tantôt une mesure de défense des droits supérieurs de la famille.

Autre exemple, plus général : dans la conception traditionnelle française, les droits subjectifs sont des pouvoirs de l'homme sur l'homme. Dans le système du III^e Reich ou dans le système du droit soviétique, les individus se voient dotés de certains pouvoirs de contrainte, non dans leur intérêt personnel mais dans l'intérêt d'un groupe social qui les dépasse, le *Volk* allemand ou l'Internationale communiste. Suivant l'article 1^{er} du Code civil de la République Socialiste Fédérative des Soviets de Russie, « les droits civils sont protégés par la loi, sauf dans la mesure où ils sont exercés dans un sens contraire à leur destination économique et sociale ».

Ainsi un même droit subjectif, le pouvoir du créancier sur son débiteur, baignera dans une atmosphère absolument différente d'un système de droit à l'autre et la règle qui le définit y prendra des sens différents encore qu'elle soit énoncée dans des termes semblables, qu'elle paraisse d'abord la même (1).

c) Enfin, il y a des divergences *dans la production même de la règle de Droit*.

Le droit français apparaît essentiellement comme un droit d'expression législative, où la création continue et diffuse de la pratique se trouve très vite canalisée en principes généraux. Le droit anglais s'oppose au droit français par le fait qu'il est à base coutumière et en ce que cette base se trouve révélée essentiellement par des

(1) Cons. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1936, n^{os} 117 à 126.

décisions judiciaires, de sorte que le droit anglais a une naturelle propension à s'exprimer en règles particulières.

Cette opposition est visible dans les conférences d'unification. Les juristes français proposent des définitions; les juristes anglais proposent des énumérations et quand ils acceptent des définitions, ils ne les tolèrent que si l'on précise bien que cette définition ne vaut que « pour la présente Convention ».

B. — A QUOI TIENNENT CES DIVERGENCES ?

On peut relever dans l'histoire juridique du monde l'alternance et le mélange continu à des doses variables et à des moments différents, suivant les divers groupes de facteurs dont les uns sont des facteurs de diversification et les autres des facteurs de nivellement des systèmes juridiques.

Article 1^{er}. — *Les divergences d'origine*

5. — Les facteurs naturels. — La diversification a dû d'abord apparaître, si l'on admet que dès l'origine les hommes ont établi des règles de vie en commun, même s'ils n'avaient pas la moindre idée qu'elles pussent être règles de droit; du moment qu'elles se trouvaient dotées d'un certain pouvoir collectif de contrainte, elles méritaient cette appellation.

Il y eut dès l'origine de l'actuelle humanité plusieurs rameaux, qui s'ignoraient les uns les autres et connurent des coutumes différentes (2).

Comme facteurs permanents et plus sûrs de diversité juridique, on notera les facteurs naturels et d'abord les particularités orographiques, hydrographiques et climatiques des divers pays. Si les institutions humaines ne connaissent guère de déterminisme géographique, on ne peut pas nier que dans une certaine mesure les règles de droit se trouvent tracées par la nature.

Imagine-t-on par exemple, que le régime de l'eau puisse être le même et doive jamais être le même dans un pays d'oasis ou en Suède ?

(2) Ed. PICARD, *Les races et la diversité des régimes juridiques*, Clunet, 1901, 141-144; et du même auteur, *Le droit pur*, 1927.

L'insularité de l'Angleterre l'a conduite par nécessité vitale à entretenir une flotte importante. L'industrialisation poussée et l'abandon de la culture dans les régions à relative vocation agricole ont fait de l'importance de cette flotte et de sa libre circulation des impératifs vitaux. Les Anglais ont été ainsi engagés à posséder une flotte supérieure à leurs besoins, à vendre du fret. C'est une nation de transporteurs. Les pays moins isolés ont fait porter leurs efforts ailleurs. Ils sont devenus des nations de chargeurs. Ceci étant, dans l'arbitrage des intérêts opposés des transporteurs maritimes et des chargeurs (arbitrage qui est l'objet des lois nationales ou des conventions internationales sur le transport par mer), les Anglais auront tendance à favoriser les premiers et les Suisses ou les Français à favoriser les seconds; ainsi, en matière de responsabilité du transporteur, les Anglais auront tendance à multiplier les causes d'exonération et les Français à les réduire à peu de chose. Leur opposition sur ce point de détail a pour origine la nature insulaire ou continentale de leur pays.

Cette dépendance vitale de l'Angleterre qui l'a conduite longtemps à détenir la plus grande flotte marchande du Monde et par là à se doter ou à tenter de doter le monde international d'un système de droit maritime favorable aux armateurs se trouve aujourd'hui absorbée dans la dépendance dont souffrent tous les Etats industrialisés, insulaires ou non, au regard de la mer. La France ne pourrait plus vivre de nos jours sans pétrole. Celui-ci arrive de très loin en majeure partie et il suffit de savoir qu'un pétrolier venant du Golfe Persique traverse les mers territoriales (demain les zones économiques) de 19 Etats (3) pour comprendre l'intérêt que la France éprouve à maintenir le principe de la liberté de navigation dans les eaux territoriales (du moins pour ce qu'on appelle le trafic innocent).

Les conditions changent ainsi avec les mœurs et les pratiques économiques et ce que l'on voit ici c'est l'influence plus large exercée par ce fait géographique que les sources de matières premières sont éloignées des lieux où elles sont le plus utilisées.

(3) J. MARTRAY, *A qui appartient l'Océan ?* 1977, p. 49-50.

Les conditions physiques sur lesquelles Montesquieu, qui est un des premiers comparatistes, avait mis l'accent, imposent certainement des genres d'activités économiques, des modes de peuplement qui à leur tour vont se refléter dans des règles de droit destinées à favoriser cette activité économique ou à améliorer les conditions de vie requises par cette forme de peuplement. Et ces règles de droit influant à leur tour sur la mentalité du groupe, finiront par récurrence à créer un système juridique homogène et autonome.

Prenons ainsi l'exemple de la forêt dense où les points d'eau sont proches les uns des autres et de la savane où ils sont éloignés. Ces faits ont déterminé chez des peuples arrivés à un degré de civilisation à peu près identique des mentalités tout à fait différentes. L'individualisme farouche des Pygmées (4) s'oppose à l'associationisme profond des noirs de la savane (5). Cette associationisme d'une part, cet individualisme d'autre part, ont été déterminés d'abord par les possibilités d'alimentation en eau potable des deux populations.

Dans le même ordre d'idées on a fait remarquer que la distribution de l'eau peut être telle que son utilisation à l'échelle individuelle est impossible. Mais qui va l'utiliser ? Ce peut être aussi bien un seul homme qui en sera propriétaire, comme en Egypte; sous les Pharaons l'eau appartenait à Pharaon seul parce qu'aucun moyen d'utiliser l'eau du Nil ne pouvait être assuré qu'à l'échelle collective. Mais on peut également concevoir que la collectivité toute entière est propriétaire de l'eau comme elle l'est d'ailleurs dans presque tous les pays propriétaires du sous-sol.

On a voulu, sous le rapport de l'influence climatique (6), opposer l'activisme individualiste de l'Occident au fatalisme de l'Orient, mais l'échelle communautaire peut être aussi bien d'ordre collectiviste ou socialiste ou coopératif que d'ordre individualiste; d'autre part, extrapoler de l'Egypte à l'Orient c'est aller vite car le Liban qui est

(4) R.P. TRILLES, *L'âme du Pygmée d'Afrique centrale*, Paris, 1943.

(5) G. HARDY, *Vue générale de l'histoire de l'Afrique*, 2^e éd., 1930, p. X-XV.

(6) E. WAHL, *Influences climatiques sur l'évolution du droit en Orient et en Occident. Contribution au régionalisme en Rev. Intern. dr. comp.*, 1973, 261.

oriental peut se permettre un régime d'appropriation et d'exploitation de l'eau, semblable à ceux de la France. Ainsi cette opposition climatique de l'Orient et de l'Occident est parfois intéressante mais trop souvent approximative.

Ces facteurs géographiques ne sont pas les seuls à conduire à la diversité des systèmes de droit. On verra comment les facteurs historiques peuvent y mener également, notamment les invasions, les révolutions, les guerres civiles ou étrangères...

Article 2. — *Facteurs de nivellement*

Sur ces fonds particuliers, dus notamment aux origines différentes des races humaines et aux conditions géographiques et historiques dans lesquelles les peuples ont évolué, la communauté des besoins humains est venue tisser une trame uniforme. Dans ce nivellement, l'identité de la nature humaine est aidée par la propagation, sans cesse plus active, dans un monde plus civilisé, des courants de la pensée qui agitent les divers groupes. A l'époque de la T.S.F., les institutions sociales ont la plus grande tendance à s'uniformiser.

6. — La loi d'imitation (7) joue un rôle dominant. Elle est sans aucun doute le premier facteur de nivellement des règles et des institutions. Les ressorts en sont divers : l'existence d'un système de droit qui fonctionne ailleurs rassure les autres; notons aussi la paresse ou le souci d'aller vite (8), la dynamique de l'exemple (9) ou encore certaine vue politique (10). L'imitation est un facteur continu de rapprochement entre les systèmes juridiques.

(7) G. TARDE, *Les lois de l'imitation*, 1890.

(8) Exemple : Kemal Pacha adoptant, pour la Turquie qu'il voulait brutalement occidentaliser, divers codes européens, notamment le Code civil suisse.

(9) Exemple : l'Albanie, adoptant le projet franco-italien de Code des obligations, ceci avant la révolution communiste bien entendu.

(10) Exemple : Boissonnade, professeur à la Faculté de droit de Paris, appelé par le Japon à refondre le droit privé d'un pays qui voulait s'occidentaliser. Exemple meilleur : celui du Liban invitant Josserand à rédiger son Code des obligations et des contrats, 1932.

Cette loi permanente et sûre d'imitation est parfois brusquement aidée par des facteurs plus brutaux de nivellement. C'est l'effet des invasions politiques et religieuses; c'est la conséquence des divers mouvements d'hégémonie que le monde a connus et qui ont marqué leur trace plus ou moins profonde : conquêtes romaines, invasions germaniques, christianisation de l'Europe, islamisation du Continent africain, conquête et christianisation de l'Amérique latine, hégémonie napoléonienne, conquêtes coloniales, plus récemment expansion du III^e Reich et aujourd'hui triple mouvement représenté par l'inclusion de divers peuples dans la Fédération soviétique, par les infiltrations du commerce et par les effets de la politique américaine.

Ces divers mouvements se sont marqués par des migrations juridiques plus ou moins directes, plus ou moins obscures. D'une façon générale, tout mouvement de migration politique s'accompagne d'un phénomène de migration juridique.

Après une invasion, les conquérants conservent leur droit car l'orgueil anime les vainqueurs. Les barbares au v^e siècle ne sont pas émerveillés par la construction romaine comme le seront les légistes du xi^e siècle. Ils conservent les coutumes qu'ils ont amenées avec leurs femmes et leurs chariots. Les peuples colonisateurs, à l'époque moderne n'ont pas songé à abandonner leur propre droit, même s'ils se soumettent par commodité à certaines coutumes du pays. Enfin, les occupations militaires ne s'accompagnent pas de l'abandon de leurs propres lois par les occupants.

7. — Effets complexes et diversifiés des invasions. — Mais, et c'est le second point de droit posé par ces conquêtes ou ces invasions, le peuple envahisseur va-t-il imposer son propre système au peuple subjugué ? Les réponses sont variées.

On peut les grouper en trois catégories.

La première est constituée par une abstention totale : les Germains qui s'installèrent en Gaule ou en Italie ne songèrent pas à imposer aux Gallo-romains ou aux Romains d'Italie leurs propres coutumes. La conquête musulmane participa du même esprit de lutte anarchique; elle ne s'occupa en aucune manière d'étendre le droit mu-

sulman aux habitants non islamisés. A l'époque moderne, les Hollandais ne cherchèrent pas à soumettre les habitants de l'Insulinde aux lois hollandaises.

La seconde groupe des réponses nuancées. Ainsi, c'est une caractéristique du colonialisme français, qu'il a tenté de faire pénétrer notre droit, partiellement d'ailleurs. Souvent, un compromis s'est établi : le statut des personnes est resté celui des peuples autochtones; pour le droit réel, le droit de la terre, les Français ont eu tendance à introduire leurs propres conceptions (11).

Cette unification sous l'influence de la France ou de la Grande-Bretagne colonisatrice est nettement marquée par un auteur (12).

Même quand ils ont respecté les droits traditionnels, les colonisateurs ont été conduits progressivement à introduire soit leur droit national, soit un droit marqué de leur esprit. Et cette marque est restée si forte qu'après la décolonisation, il ne s'agit pas pour un ancien pays anglais de renier son appartenance à la « *Common Law* » (déclaration du leader nationaliste Nkrumah au Ghana) de même que les anciennes colonies françaises ont, dans leurs lois ou codes modernes, emprunté le style et la terminologie du droit français, et par là nos modes de pensée juridique (13).

Comme en toute matière sociale, la vérité n'est pas absolue; il faut la nuancer. Ainsi, on assiste au Soudan Egyptien, en Irak, dans l'Inde toute entière à un mouvement qui tend à rapprocher leurs systèmes de droit du système romano-germanique, à s'éloigner de l'ancienne métropole et de son système de *Common Law*. Par contre, Israël par exemple reste attachée complètement au système de *Common Law*.

La troisième est celle d'un asservissement juridique radical. Lorsque les Espagnols occupèrent l'Amérique du Sud, ils introduisirent avec brutalité les lois espagnoles dans les pays conquis, sans considération pour les cou-

(11) G. HARDY, *Cours sur la politique coloniale comparée de la France, de l'Angleterre, de la Hollande, de l'Italie et de l'Allemagne*.

(12) P.F. GONIDEC, *Les systèmes politiques africains*, 2^e éd., 1978.

(13) P.F. GONIDEC, *Les droits africains*, 1968, p. 36-42.

tumes autochtones. C'est également l'esprit « *d'administration uniforme* » que le triomphe du jacobinisme allait imprimer aux conquêtes de la Révolution française et de l'Empire. Nous retrouverons cette tendance avec l'unification du Droit au nom de la Raison. Lors de l'expansion du III^e Reich allemand, la politique parut être d'abord celle d'une extension pure et simple des lois allemandes aux pays conquis. En Autriche, le droit allemand fut introduit du jour au lendemain. Néanmoins, l'on commettrait une erreur si l'on croyait que la politique nazie était d'introduire purement et simplement le droit allemand dans les pays soumis à l'influence militaire ou à l'influence politique allemande. Ce droit devait être réservé aux Allemands ou à ceux qui, racialement, étaient dignes d'être allemands.

A la longue, cependant, lorsque le peuple envahi a conservé ses coutumes, une certaine inter-action va se produire entre le droit des uns et le droit des autres. Le droit français a pu être caractérisé comme une combinaison de droit germanique et de droit romain, donc comme le produit d'une certaine inter-action entre le droit des Gallo-Romains et le droit des envahisseurs germains, l'un et l'autre de ces systèmes s'étant décantés au bout de quelques siècles pour donner d'une part, le droit coutumier où l'influence germanique était prépondérante; d'autre part, le droit écrit où l'influence romaine dominait; Ceci, avant que les lois révolutionnaires et la codification napoléonienne ne fusionnent définitivement ces deux affluents de notre Droit actuel.

Un exemple analogue à celui de la lente constitution du droit français peut être trouvé en Afrique australe. Lorsque les Anglais envahirent l'Afrique australe et réussirent à triompher des Boers, on se trouva en présence de deux droits égaux en civilisation (sans parler des coutumes des autochtones) : le droit hollandais, amené par les pionniers boers, et le droit des conquérants militaires britanniques; et l'on vit alors se produire bientôt dans la colonie africaine du Cap, un mélange assez heureux et original de l'un et l'autre de ces droits; c'est l'actuel *Roman Dutch Law* (14).

(14) Voy. LEE, *An introduction to Roman Dutch Law*, Oxford, 1953.