

DROIT COMPARE

INTRODUCTION

Le droit comparé est une branche d'enseignement nouvelle qui soulève aujourd'hui plusieurs questions :

- 1) S'agit-il d'une branche du droit privé ou public ?
- 2) S'agit-il d'un cours de droit comparé général ou spécial ?
- 3) S'agit-il vraiment d'une matière nouvelle ou ancienne ?
- 4) Intérêt du droit comparé

1- Droit comparé : droit public ou droit privé ?

A bien vouloir puiser dans la doctrine moderne, on constate que les juristes contemporains s'interrogent sur la qualification du droit comparé : s'agit-il d'une branche du droit privé ou public ?

L'intérêt de cette question est si bien justifié que l'œuvre de comparaison intéresse aussi bien les publicistes que privatistes

Pour dépasser ce débat la doctrine la plus autorisée a conclu au fait que le droit comparé est une discipline à cheval entre le droit privé et le droit public, c'est une nouvelle mac des brèches apportée au principe classique de la distinction entre le droit privé et le droit public

Aujourd'hui le droit comparé est une branche commune aux enseignements des publicistes et privatistes.

2- Le droit comparé : un droit général ou spécial ?

Historiquement le droit comparé était exclusivement conçue comme une branche générale, il s'agit d'étudier les grands systèmes juridiques à savoir : **le droit romain, le droit allemand et le droit japonais.**

Une fois délimité, la sphère du droit comparé général servira d'un instrument de recherche pour le droit comparé spécial

On entend par droit comparé spécial, l'ensemble des règles juridiques qui régissent une question bien déterminée et qui sont menées parallèlement dans 2 ou plusieurs systèmes juridiques

L'œuvre de synthèse est très présente dans le droit comparé. En effet la comparaison des 2 règles juridiques nous permet de conclure à une position personnelle menée **en termes d'efficacité, en termes de moralité, en termes d'utilité et en termes de justice.**

3- Le droit comparé : branche nouvelle ou ancienne ?

A bien vouloir étudier l'histoire du droit comparé, nous pouvons affirmer sans risque d'erreur que le droit comparé est une matière nouvelle **(A)** alors que l'idée de la comparaison est ancienne **(B)**.

A- Le droit comparé est une matière nouvelle :

Le droit comparé est une matière nouvelle pour deux raisons : une raison historique et une raison technique.

- **S'agissant de la raison historique**, il y a lieu de souligner que lendemain de l'indépendance a été marqué par les soucis des législateurs nationaux de préserver la souveraineté de leurs Etats. Or la souveraineté entraîne indiscutablement un intérêt particulier du droit national, des décennies après l'indépendance, le souci du législateur a changé aujourd'hui, la souveraineté est acquise, le législateur se penche alors sur d'autres finalités telle notamment, rendre son droit plus attractif.

Le souci de l'attractivité de la loi est, de nos jours, un souci général que partagent les différents législateurs ; il s'agit de rendre la loi nationale meilleure. Pour la rendre meilleure, encore faut-il la comparer à d'autres lois relevant des systèmes juridiques différents ?

L'attractivité de la loi procède aujourd'hui d'une politique législative internationale

- **Sur le plan technique**, le droit comparé s'impose aujourd'hui. En effet il s'agit d'élaborer la législation conformément à une technique qui consiste à observer la

thèse et la synthèse, dans le cadre de la thèse, il s'agit de rassembler les différents droits objets de comparaison.

Le droit comparé passe par une deuxième étape l'étape d'appréciation et de la synthèse. En effet le comparatiste doit mettre en valeur les différences et les ressemblances entre les deux droits comparés.

Il doit apporter un jugement de valeur objectif par rapport à chaque droit, l'appréciation est objective lorsqu'elle respecte les différents critères de la comparaison, par exemple : le critère de la sécurité juridique.

- En guise de conclusion, le droit comparé ne peut être défini comme tel que sans la méthode scientifique de comparaison, la méthode scientifique constitue la caractéristique du droit comparé d'aujourd'hui qui diffère des compilations.

B- Le droit comparé est une idée ancienne :

La compilation est une idée ancienne, c'est une tradition romaine qui a connu son apogée à la fin du 6^{ème} siècle avec le **recueil de justinien**. En effet, **Justinien** était le chef de file d'un groupe de juristes chargé d'élaborer un code civil pour la cité, en vue de réaliser son **code justinien** a demandé à ses collaborateurs de bien vouloir mener des recherches comparatives, des autres droits dans le temps et dans l'espace, le groupe de travail a fait son travail en apportant les règles juridiques adoptées dans l'ancien droit romain, et en droit grecque.

- Il n'était point demandé à ces juristes d'apporter une quelconque appréciation de son travail.
- Ce travail de recherche a été finalisé, et il a donné **une compilation de justinien** appelée le **« DIGESTE »**.
- Le code de justinien a servi de source de droit français dans la mesure où Napoléon Bonaparte a repris dans le **code civil de 1804** le même plan du Digeste à savoir **la famille, les biens, et la propriété**.
- Ainsi perçu, le droit comparé présente aujourd'hui plusieurs intérêts après.

4- Les intérêts du droit comparé.

Les intérêts du droit comparé sont nombreux, on distingue aujourd'hui entre les intérêts de l'étude sur le plan international (A) et les intérêts du droit comparé sur le plan national (B).

A- Sur le plan national :

L'étude du droit comparé intéresse aussi bien le législateur, le juge ainsi que la doctrine.

- S'agissant du législateur le droit comparé qui lui sert de base juridique pour légiférer ainsi dans le cadre de la préparation de la nouvelle loi, le législateur cherche tout d'abord à constituer une base de données usée dans le droit comparé.
- De nos jours, le législateur national est ouvert sur toutes les législations comparées qui procèdent des différents systèmes juridiques (***le système romano-germanique, anglo-saxon, ...***)
- Il y a lieu de souligner à cet égard qu'auparavant le législateur portait un intérêt particulier au droit français, l'évolution de la place qu'occupe aujourd'hui le droit comparé a fait que le regard du législateur national est portée sur toutes les législations comparées sans distinction aucune.
- Le droit comparé sert de base juridique pour le juge. En effet lorsque le magistrat rencontre une difficulté pour appliquer la loi il est obligé d'interpréter le texte qui est possible dans deux hypothèses possibles : cas de silence de la loi et d'obscurité de la loi.
- En vue d'une meilleure interprétation le juge surtout en cas de silence il va emprunter les solutions retenues par le droit comparé et qui ont témoigné de leur efficacité.
- Le juge doit obligatoirement appliquer le droit national quand la règle de loi est expresse, cependant le juge peut appliquer le droit comparé lorsque le droit national est muet, dans les décisions rendues par la cour de cassation on relève une allusion au droit français dans deux hypothèses : soit pour renforcer son développement et ses attendues, eu égard à l'interprétation du texte de la loi. Soit le juge, ou particulièrement la cour de cassation va avoir recours au droit comparé pour combler un vide législatif.

B- Sur le plan international :

Le droit comparé sert de base juridique à la doctrine qui s'intéresse particulièrement à deux aspects de la loi :

1. ***L'unification*** de la loi
2. ***L'harmonisation*** de la loi

1. L'unification procède aujourd'hui...

...D'un souci majeur du législateur international ; unifier la loi c'est abandonner dans un espace géographique bien déterminé ... la loi nationale au profit d'un droit international.

- L'unification par rapport à l'espace : on peut parler de l'unification en Afrique, Europe, Amérique.
- L'unification dans un domaine bien déterminé : on parle du ***droit de commerce international***, c'est l'exemple par excellence.
- En vue d'une meilleure promotion de l'unification du droit, la doctrine internationale la plus autorisée qui a cherché à instaurer une base juridique de règles de droit qui s'applique à toutes les relations juridiques qui relèvent du commerce international, il s'agit ***des principes Unidroit***.

2. L'harmonisation des règles juridiques :

Elle s'entend du rapprochement des règles juridiques dans un espace géographique bien déterminé, la principale illustration de l'harmonisation peut être trouvée dans l'œuvre de ***l'OHADA (organisation de l'harmonisation des affaires de droit en Afrique)***.

- Pour qu'il y ait harmonisation, encore faut-il que la doctrine la plus autorisée prépare le terrain pour le législateur international qui, avant de légiférer doit comprendre et comparer.
- La comparaison va avoir les différents systèmes juridiques : le ***droit romano-germanique*** (Chapitre 1), le ***droit musulman*** (chapitre 2), le ***droit anglo-saxon*** (chapitre 3), et le ***droit chinois*** (chapitre 4).

CHAPITRE I : le système romano germanique

Que faut-il entendre par droit romano-germanique ? Et quelle serait la distinction entre **système du droit romain** au sens strict du terme et celui **du droit romano-germanique** ?

Le droit romano-germanique ou encore **le droit romano-civiliste ou aussi droit continental, ou encore droit de tradition civiliste**, est un système juridique originaire d'Europe directement puisé dans le droit romain ancien, et dont la principale caractéristique est que ses principes fondamentaux sont codifiés dans un cadre légal bien déterminé.

Il ressort de cette définition une triple composante : le droit romano-germanique est puisé dans **le droit romain (1), c'est aujourd'hui un droit originaire de l'Europe (2), et c'est, enfin, un droit codifié (3).**

1- Le droit romano-germanique est d'origine romaine.

Historiquement, le droit romain a connu deux principales phases, dans la conception du droit civil.

Avant 536 après JC, cette année correspond à la mise en place par le grand juriste romain, **JUSTINIEN**, de ce qu'on appelle aujourd'hui le **Codex Justinien**. Il s'agit du cadre légal codifié de droit civil qui s'applique à la cité romaine.

Avant 536 après JC, il n'était pas encore question de codification au sens moderne du terme, les juristes se limitaient à une compilation des textes juridiques régissant la cité, l'exemple typique consiste dans la **loi des Douze Tables**.

Aujourd'hui le droit commun, tel que conçu par Justinien a été complété, modifié, mais il a toujours résisté face aux différentes évolutions qu'a connues l'Europe occidentale.

Le droit romain, au sens strict du terme, (donc le **code Justinien**) a aujourd'hui évolué et subi les effets des différentes métamorphoses qu'a connu l'Europe.

2- Le droit Romano-Germanique est originaire d'Europe :

Nous relevons à cet égard l'effet du droit canonique (catholique), celui... l'ancien du droit français, et l'effet du **droit Napoléonien**.

Les différents apports ont fait que le droit romain apparaît aujourd'hui sous une forme nouvelle qui s'appelle **le Droit romano-germanique**.

Le droit romano-germanique associe aujourd'hui le droit originaire, à savoir le droit romain, et le droit actuel, à savoir le droit civil français et européen.

Aujourd'hui le droit européen, notamment le droit français, suisse et allemand, sont tous puisés dans le code Justinien, à des degrés différents.

3- Le droit romano-germanique est un droit codifié.

Le droit romano-germanique suppose obligatoirement la codification.

La codification s'entend d'une opération matérielle et scientifique qui cherche à réunir dans un même cadre légal des règles juridiques devant régir une matière bien déterminée.

C'est au 19^{ième} siècle que le mouvement de codification a commencé ; il s'agissait alors et particulièrement de la codification du droit civil. Le premier code remonte en 1804, il s'agit du code civil français, qu'on appelle aussi code Napoléonien, il reproduit dans sa forme les intitulés des 3 livres du code de Justinien, à savoir la famille, l'état des personnes, et la propriété.

Le code de Napoléon a servi de source d'inspiration à plusieurs législations ; il en est particulièrement du législateur suisse (1807), le code des obligations et des contrats tunisien (1906) de même pour le COC libanais ...

Le système romano-germanique contraste avec le système de la Common-Law. En effet, le premier est basé sur la plénitude du droit : ce principe signifie que le texte de la loi est de nature à régler toutes les situations grâce aux 2 caractères de la règle du droit à savoir la généralité d'une part, et l'abstraction de l'autre .

Le principe de la plénitude contraste avec le rôle créateur de la jurisprudence, celle-ci doit avoir un rôle secondaire.

Contrairement au droit romano-germanique, le droit anglo-saxon érige la jurisprudence au rang de la première source du droit. En effet le système de la Common-Law est basé sur ce que l'on appelle le précédent judiciaire, la ou le juge doit chercher des solutions particulières à chaque cas bien déterminé en se basant toujours sur un précédent de solution.

Aujourd'hui le droit romano-germanique est fort concurrencé par le second système qui est le système anglo-saxon.

Au profit de qui cette rivalité a été tranchée ?

Chapitre 2 : le droit musulman.

L'étude du droit musulman, revêt aujourd'hui un intérêt actuel incontestable. Cet intérêt est d'autant plus justifié que le projet de loi élaboré depuis quelques temps par l'instance des libertés et des droits a soulevé dans notre pays une polémique sans égal. C'est la fameuse réforme des dans l'égalité dans l'héritage contenue dans le CSP et plus particulièrement la tendance de l'instance visant une égalité de l'héritage entre l'homme et la femme. Il s'agit d'un débat qui n'est toujours pas tranché.

Mis à part cette actualité, l'étude du droit musulman s'accommode de plusieurs approches : une approche religieuse, une approche sociologique, une approche historique, et une approche juridique. Une seule approche va retenir notre attention, en vue d'une meilleure approche juridique, il serait indiqué de définir respectivement le droit musulman (**paragraphe 1**) et de s'interroger sur le rapport qu'il présente avec le droit positif (**paragraphe 2**).

I- Définition du droit musulman :

Historiquement, le droit musulman a observé une évolution remarquable, la principale ligne de démarcation consiste dans l'époque du vivant du prophète et celle postérieure à la vie du prophète.

Du vivant du prophète le droit était puisé dans le coran, d'une part, et dans la tradition du prophète d'autre part. S'agissant du coran, c'est la parole de dieu qui définit des règles relatives à la croyance et aux relations quotidiennes, quant à la tradition du prophète, elle est recueillie aussi bien dans ses dires et dans son comportement. La doctrine distingue entre ce qu'on appelle Hadith Sahih et Hadith Addhaïf. 'حديث صحيح و حديث ضعيف'. Les critères de la distinction consistent dans la source du reportage du hadith.

Après le décès du prophète, il y a eu la génération des «تابعين». Il s'agit des premières divergences concernant le jugement de certaines situations polémiques, c'est à partir de là que la doctrine musulmane va engager une œuvre d'interprétation aussi bien de la Chariâa, dans sa double composante du Coran et de la tradition du prophète.

L'ère du Ijtihad «الاجتهاد» où les **jurisconsultes** sont commencés depuis le 8^{ème} siècle AP JC, (ou 2^{ème} siècle du Hégire),

La jurisprudence musulmane qu'on appelle «**Ijtihad**», qui signifie l'interprétation et la réflexion sur les règles contenues dans le Coran, et la tradition du prophète.

Les **jurisconsultes** avaient surtout pour souci de trouver des solutions à des pratiques qui semblent ne pas avoir de solution. L'œuvre des jurisconsultes serait-elle une œuvre scientifique peut être assimilée à l'œuvre des juristes positivistes ? C'est de la réponse à cette question que va dépendre le sort du droit musulman en tant que source du droit positif.

II- Le droit musulman comme source de droit positif.

Historiquement, le droit musulman a servi de source d'inspiration pour le droit positif et pour s'en tenir à quelques exemples on va souligner la double place qu'occupe le droit musulman dans le code des obligations et des contrats (COC) d'une part, et dans le code du statut personnel (CSP), d'autre part.

En 1906, « David Santillana » a élaboré son projet du code civil tunisien, qui a retenu des solutions du droit romain, suisse, français, allemand mais aussi du droit musulman. Ainsi peut-on trouver dans le livre du code un intitulé de quelques contrats spéciaux, une large place du droit musulman, la doctrine la plus autorisée en la matière a cherché à révéler les différentes marques de cette inspiration.

Dans le CSP, nombreuses dispositions sont reproduites sur le droit musulman, dont notamment celle relative au testament (الوصية), la donation (الهبة), et les règles de l'héritage.

Aujourd'hui le droit musulman, connaît un nouvel essor marqué par l'intérêt particulier que connaît la finance islamique dans tous les systèmes juridiques, nul ne conteste que la finance islamique reproduit le droit musulman.

Cependant, et quelque soit la place qu'occupe le droit musulman dans l'inspiration du droit positif, il connaît un fléchissement, ou certaines limites dans des zones de droit bien déterminées.

Aujourd'hui, la société aussi bien nationale qu'internationale, a beaucoup évolué dans certaines disciplines juridiques, on assiste à un fléchissement du droit musulman en particulier, et des valeurs morales en général. Certains auteurs ont même parlé de la crise du droit musulman. Et pour s'en tenir à quelques exemples, nous nous limitons à un exemple pris du droit du commerce international.

Ramassant des usages et des traditions des commerçants, le droit du commerce international est aujourd'hui basé sur plusieurs sources juridiques, il s'agit :

- des conventions internationales dont la plus connue est la convention de Vienne sur les ventes internationales de 1980.
- La seconde source : les principes du commerce international reconnu par les commerçants et qu'on appelle « Lex Mercatoria »
- La troisième source est représentée par l'ensemble des principes UNIDROIT : il s'agit, comme leur nom l'indique, de principes issus de la traduction d'une compilation de tous les principes (تجميع) et valeurs humaines qui sont révélés par la cohabitation de l'homme au sein de la société ;

Il s'agit donc de principes unifiés qui s'appliquent à toutes les sociétés quelque soit sa civilisation. On peut citer parmi ces principes, celui de la force obligatoire du contrat et le principe de la loyauté dans l'exécution des contrats. Ces deux principes sont aussi anciens que l'homme. Dans les années 90, un groupe de juristes spécialisés du droit commercial international, a cherché à rassembler les principes généraux applicables à toutes les sociétés. ils se sont constitués alors, en assemblée qu'ils ont appelé l'assemblée des principes uni droit, ou tout court, les principes uni droit.

Ces principes ont été rassemblés, améliorés codifiés et diffusés sur le site officiel des principes de droit. Une lecture critique des principes uni droit nous permet d'affirmer que ces principes ont une coloration morale, ils sont puisés aussi bien dans la morale que dans la réflexion, c'est le cas par exemple du principe de loyauté dans l'exécution du contrat (مبدأ الامانة).

Le principe de bonne foi a été retenu par les Principes Unidroit dans toutes les phases contractuelles (négociation, signature, et exécution du contrat) sensible aux principes Uni droit ; le législateur a étendu le principe de la bonne foi, à toutes phases du contrat désormais, la théorie du contrat est reformée par l'ordonnance du 10 Février 2016, en France.

Cette ordonnance a prévu un chapitre préliminaire, qui réunit les principes généraux applicables au contrat. On relève alors ce qui suit : « les conventions doivent être négociées, conclues et exécutées de bonne foi ». Ainsi la bonne foi devient un principe directeur de toutes les phases du contrat partant de la négociation, venant à la conclusion et débouchant sur l'exécution.

En conclusion, on peut affirmer en tant que juriste comparatiste, le droit musulman est l'un des systèmes juridiques qui a été secoué () a telle enseigne que la doctrine la plus autorisée a parlé de crise du droit musulman. Cependant, quelque soit la portée de cette crise le droit musulman va survivre pour la seule et simple raison que de part des principes et valeurs qu'il retient il se rapproche des principes Unidroit.

C'est l'identité de ces principes qui fait que le droit musulman continue aujourd'hui à constituer une source du droit positif. Cependant c'est une source qui était reléguée à un deuxième rang par rapport au système de la Common-Law.

Chapitre 3 : Le système de la Common-Law :

Aujourd'hui, l'étude du droit anglo-saxon suppose la mise en relief de son actualité par rapport à son histoire :

I-Histoire du droit anglo-saxon

II-Actualité du droit anglo-saxon

I- Histoire du droit anglo-saxon :

Historiquement le droit anglo-saxon a fait son apparition en Grande Bretagne, précisément il a été retenu en Amérique. C'est surtout au 17^{ième} siècle que la doctrine rattache l'apparition de ce système juridique.

En fait, le système anglo-saxon se définit comme l'œuvre de la jurisprudence. Le juge anglo-saxon, quand il été appelé a juger d'un cas bien déterminé, devrait rendre sa décision par rapport aux circonstances de l'affaire, et surtout par rapport a ce qui a été jugé dans un cas semblable (cas précédent).

Les tribunaux avaient affaires aux compilations de précédent judiciaire, et chaque juge doit avoir un double accès au précédent judiciaire et au contenu du dossier, qui est sous sa main. Et lorsqu'il est appelé a décider d'un cas bien déterminé, il doit rappeler dans le dispositif de son jugement le précédent judiciaire sur lequel il se place ; il appuie sa décision, il fonde une décision. Et faute de rappel, faute pour le tribunal d'avoir rappelé le précédent judiciaire, support de sa décision, celle-ci peut être facilement attaquée

L'ensemble des précédents judiciaires peuvent être assimilées dans le système romano-germanique aux règles législatives. La conception du jugement rendu par un tribunal anglo-saxon, a pour majeure un précédent judiciaire, et ce, a la différence des jugements rendus en matière de droit romain, où la majeure (الكبرا) correspond a une règle juridique posée par le législateur.

Le droit anglo-saxon, composé par le précédents judiciaires a connu une évolution spectaculaire surtout en matière de commerce international.

II- L'actualité du droit anglo-saxon :

Aujourd'hui le droit anglo-saxon, occupe une place primordiale par rapport aux sources officielles juridiques et surtout, c'est sur le plan international que le droit anglo-saxon fait le plus, ses preuves. Dans la société marchande internationale, les commerçants redoute le droit national, pour moult raisons, dont notamment l'instabilité du droit national, appelé le plus souvent a des reformes.

La société marchande internationale soucieuse de stabilité veut toujours se voir appliquer les normes juridiques inchangées et inchangeables. Et c'est là une garantie de stabilité pour les commerçants.

La société marchande internationale croit trouver cette stabilité dans les règles telles que conçues par le système anglo-saxon, et qui peuvent être définies comme les précédents judiciaires (la jurisprudence confirmée), ainsi que les usages du commerce international.

Les principes de la jurisprudence internationale, ainsi que les usages du commerce international sont aujourd'hui bien encadrés. Leur cadre correspond aux principes **Unidroit**.