

Chapitre 3 : les familles juridiques du monde.

I. La constitution de groupes de systèmes juridiques.

La constitution d'un grand nombre de classifications différentes, est concevable ; d'ailleurs, l'imagination des comparatistes s'est révélée assez fertile en la matière. Parmi la multitude de ces classifications, nous avons retenu quelques unes. La classification des systèmes juridiques en familles a donné lieu à de nombreuses controverses, notamment quant au(x) critère(s) sur base duquel celle-ci doit être effectuée. Ces controverses n'ont toutefois pas beaucoup de sens. La notion de « famille de droits » ne correspond pas à une réalité biologique ; on y recourt seulement à une fin didactique, pour mettre en valeur les ressemblances et les différences qui existent entre les différents droits¹.

A. La classification selon E. Glasson².

En 1880, Ernest Glasson proposait une classification en trois groupes :

- les pays dans lesquels l'influence romaine a été principale (Italie et Espagne) ;
- les pays dans lesquels l'influence romaine a été faible (Angleterre, Scandinavie, Russie) ;
- les pays pour lesquels l'influence romaine et l'influence germanique ont été équivalentes (France, Allemagne, Suisse).

A la décharge de cet auteur, force est de constater que la classification était fortement liée l'objet de son étude, c'est-à-dire le mariage civil et le divorce. Il reste cependant qu'à nos yeux, cette classification est particulièrement insatisfaisante. D'une part, cette classification paraît douteuse en tant qu'elle sépare les droits français, italien et espagnol. D'autre part, elle crée en outre une catégorie résiduaire, dont le contenu est particulièrement hétérogène. L'unique point commun entre les systèmes visés par la seconde catégorie est défini de négativement. Il apparaît manifestement que la création de cette dernière catégorie répond essentiellement à la volonté d'établir une certaine symétrie dans la classification, et non à des motifs substantiels.

B. Les classifications de René David.

Dans son *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, René David³ se fonde essentiellement sur le critère de l'idéologie liée au système juridique pour proposer une classification des ordres juridiques en cinq systèmes⁴ :

- le système occidental ;
- le système soviétique ;
- le système musulman ;
- le système hindou ;
- le système chinois.

¹ En ce sens : René DAVID, *Les Grands Systèmes de droit contemporains*, Paris 1978, 22.

² Ernest GLASSON, *Le mariage civil et le divorce*, Paris 1880 - Avant-propos : Aperçu sur les origines du droit civil moderne dans les principaux pays de l'Europe.

³ René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950.

⁴ R.DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950, 224-226.

S'il est vrai que le critère idéologique est un critère de poids dans la répartition des systèmes juridiques en familles, ce critère impose toutefois l'inconvénient de la réunion, dans une même famille, des droits romanistes et de la *common law*.

D'ailleurs, René David lui-même, avait-il déjà aperçu cet inconvénient⁵. Aussi, changea-t-il ultérieurement sa répartition en familles⁶. Ainsi, cet auteur finit par ne plus retenir que quatre familles de droit :

- la famille romano-germanique ;
- la famille de la *common law* ;
- la famille des pays socialistes ;
- les « autres conceptions de l'ordre social et du droit⁷ ».

Cette quatrième catégorie, constituant une catégorie résiduaire, est elle aussi critiquable puisqu'elle ne repose sur aucun critère substantiel de classification et, par conséquent, englobe des systèmes juridiques très dissemblables⁸.

C. La classification proposée par P. Arminjon, B. Nolde et M. Wolff⁹

Ces trois auteurs établissent une classification des systèmes juridiques en sept groupes ou familles, en veillant tout particulièrement à écarter les critères extrinsèques de classification, tels que la race¹⁰ ou la situation géographique ; ces groupes ou familles sont :

- le groupe français ;
- le groupe germanique ;
- le groupe scandinave ;
- le groupe anglais ;
- le groupe soviétique ;
- le groupe islamique ;
- le groupe hindou.

D. Quelques observations.

1. Quant au caractère imparfait de la classification des systèmes en familles.

En fait, il y aura presque autant de classifications des systèmes juridiques en famille qu'il y a de comparatistes réalisant une étude comparative¹¹. Il est par ailleurs extrêmement

⁵ R.DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950, 225.

⁶ R. DAVID, *Les Grands Systèmes de droit contemporains*, Paris, 1978.

⁷ Cette quatrième famille comprend le droit musulman, le droit hindou, le droit de l'Extrême-Orient, le droit de l'Afrique et de Madagascar et le droit juif. René DAVID (p.28-30) inclut le droit juif dans cette quatrième catégorie mais, lors de l'examen des systèmes juridiques de celle-ci, il fait fi de ce droit. L'auteur accomplit cet *escamotage* en considération du fait son domaine d'influence est incomparablement plus restreint.

⁸ René David y distingue deux tendances (p.28) : d'une part, la reconnaissance d'une valeur éminente au droit, ce dernier étant toutefois différemment conçu (droit musulman, droit hindou et droit juif) ; d'autre part, la conception rejetant au contraire la notion de droit elle-même et consistant corrélativement à régler les rapports sociaux en dehors de la sphère du droit (conception extrême-orientale, africaine et malgache).

⁹ Pierre ARMINJON, Boris NOLDE, Martin WOLFF, *Traité de droit comparé I*, Paris, 1950, 42-53.

¹⁰ Pour un exemple de classification des systèmes juridiques en familles fondée sur le critère de la race, voyez SAUSER-HALL, *Système et fonction du droit comparé* (1913), cité par P.ARMINJON, B.NOLDE & M.WOLFF, *Traité de droit comparé*, Tome I, Paris, 1950, 44-45.

¹¹ Voyez en ce sens, RENE DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950, 222.

difficile, voire impossible de proposer une classification ‘universelle’. Ainsi, si l’on envisage la classification établie par René David, il est en effet aisément imaginable qu’un juriste hindou, japonais ou malgache aura une faible propension à classer spontanément son propre système juridique dans une catégorie intitulée « autres conceptions de l’ordre social et du ‘droit’ ».

La méthode de classification adoptée par le comparatiste révélera donc fréquemment un ‘caractère subjectif’, voire arbitraire¹². Pour le comparatiste, il est primordial d’en être conscient. Aussi, dès lors que, d’une part, le comparatiste est conscient du caractère subjectif de sa méthode de classification, et que, d’autre part, la classification permet de restreindre l’objet de l’étude comparative, seule importe la cohérence substantielle de la classification des systèmes juridiques en familles. En effet, rejeter les critères extrinsèques de classification¹³ est une chose ; déterminer les critères substantiels de rapprochement à prendre en considération pour établir notre propre classification en familles en est une autre.

En outre, si l’identification du système-souche semble souvent être une tâche relativement aisée¹⁴, la problématique de la détermination du système-mère auquel doit être rattaché un système dérivé considéré, est bien plus complexe. Si l’on ajoute qu’un système dérivé peut, au gré d’évolutions législatives, jurisprudentielles ou autres, changer de système souche, cette affirmation s’avère particulièrement fondée.

2. Quant à la relativité de la classification en familles.

En ce qui concerne la classification des systèmes juridiques en familles, deux éléments fondamentaux doivent, en toute hypothèse, être présents à l’esprit du comparatiste :

a. La validité de ces classifications à l’égard du seul droit privé.

La classification des systèmes juridiques en familles concerne exclusivement le domaine du droit que les juristes continentaux appellent le droit privé. Deux motifs expliquent cette constatation. D’une part, les comparatistes se sont essentiellement concentrés sur le droit privé. D’autre part, ce sont principalement les privatistes qui se sont penchés sur la répartition des systèmes juridiques en familles.

La relativité de la répartition apparaît tout particulièrement lorsque la répartition change de domaine juridique. Autrement dit, il est concevable qu’un système juridique soit inclus dans une famille au regard du droit privé, et dans une autre au regard du droit constitutionnel¹⁵. Aussi, si le critère de classification retenu en droit constitutionnel est le contrôle de constitutionnalité des lois par les juridictions ordinaires, l’Allemagne ainsi que l’Italie et les Etats-Unis d’Amérique seront indubitablement réunis dans une même famille ; celle-ci exclurait inévitablement le droit britannique car ce dernier est fortement attaché à la souveraineté parlementaire¹⁶.

Des difficultés analogues peuvent d’ailleurs être rencontrées lorsque la méthode comparative est appliquée à l’intérieur même du droit privé, à des domaines du droit privé. Ainsi, si l’on considère les ‘pays arabes’ (famille islamique) d’une part et l’Inde (famille

¹² Voyez en ce sens, René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950, 222-226.

¹³ En accord avec Pierre ARMINJON, Boris NOLDE et Martin WOLFF.

¹⁴ Par exemple, pour la *common law*, c’est le droit anglais qui constitue le système-souche.

¹⁵ Voyez en ce sens, P.ARMJON, B.NOLDE & M.WOLFF, *Traité de droit comparé*, Paris 1950, 47 ; Konrad ZWEIGERT & Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996, 64.

¹⁶ Comme le fut la Belgique jusqu’à la création de la Cour d’Arbitrage par la loi spéciale du 6 janvier 1989.

hindoue) d'autre part, cette distinction n'est correcte qu'à l'égard du droit de la famille et du droit successoral. Sur le plan du droit économique (c'est-à-dire essentiellement le droit commercial, le droit des contrats et le droit de la responsabilité), ces pays ont largement été influencés par leurs anciennes métropoles : en l'Inde, le droit économique est d'inspiration anglo-saxonne tandis que dans la majorité des 'pays arabes', l'ascendant est français.

On peut en conclure que la classification des systèmes juridiques en familles juridiques dépend considérablement du domaine du droit dans lequel le comparatiste mène ses investigations.

b. Le caractère provisoire du rattachement d'un système juridique à une famille.

α. Les évolutions d'un système juridique.

Le comparatiste ignore bien souvent les changements législatifs dans les différents systèmes juridiques, d'une part, en raison de l'immense difficulté d'être continuellement informé des dernières évolutions du droit de pays étrangers ; d'autre part, en raison du caractère secondaire - aux yeux du comparatiste - du droit strictement positif. En effet, dans la mesure où l'objectif du comparatiste est de proposer une évaluation critique des droits, l'étude comparative doit dépasser le seul droit positif. Or, le comparatiste ne devrait pas perdre de vue que l'époque prise en considération pour l'établissement de la classification en familles est extrêmement importante, car elle influence la classification elle-même.

La classification en familles juridiques peut en effet évoluer au fil du temps : par le biais de l'activité de son législateur national, un système juridique peut tout à fait glisser d'une famille juridique à l'autre. L'évolution subie par le droit japonais est, à cet égard, révélatrice. Si pendant un certain temps, la constitution d'une famille extrême orientale avait un sens, les développements plus récents du droit japonais tendent à rendre la réunion des droits japonais et chinois en une seule famille, artificielle. Cette évolution du droit japonais s'est par ailleurs réalisée insidieusement : l'Empire du Japon avait adopté des codes inspirés des modèles européens depuis longtemps¹⁷. Cependant, dans un premier temps, ces codes exercèrent très peu d'influence sur la vie juridique nippone. A l'heure actuelle, les conceptions traditionnelles et le rejet corrélatif des règles de droit écrit tendent à régresser ; le rattachement du droit japonais dans la famille des systèmes juridiques (extrême-)orientaux ne se justifie donc plus vraiment.

β. La possibilité de l'émergence d'une nouvelle famille juridique.

De la même manière que l'évolution des familles juridiques est concevable, l'émergence de nouvelles familles juridiques est également possible. Ainsi, par exemple, les divers systèmes sub-sahariens pourraient-ils être regroupés en une famille juridique africaine¹⁸.

L'étude comparative des droits d'Afrique sub-saharienne est rendue particulièrement complexe, notamment par la complication de l'accès aux sources du droit : le comparatiste ne peut baser ses recherches que sur des sources secondaires, c'est-à-dire les travaux des ethnologues juridiques. En outre, la variété des droits coutumiers africains est considérable, de même que la variété des tribus, des dialectes, des cultures,... Enfin, les droits coutumiers

¹⁷ Pour plus de détails, voyez le chapitre VII.

¹⁸ L'étude des systèmes africains est d'ailleurs fort en vogue aujourd'hui, tant chez les comparatistes, que chez les ethnologues juridiques et les sociologues du droit.

africains ont été diversement influencés par le droit islamique et par les droits des anciennes métropoles. La réception des droits européens s'est essentiellement réalisée dans les domaines du droit des obligations, du droit commercial, du droit pénal et du droit administratif.

La principale explication de la réception des droits européens en Afrique consiste en ce que les actuels juristes africains ont été formés, tantôt en Europe, tantôt dans des Universités africaines inspirées du modèle européen. Les juristes africains ont par conséquent absorbé les traditions juridiques européennes ; ils en ont également fait une application pratique en Afrique. Ce mode de réception a inévitablement eu pour corollaire la reproduction, en Afrique, du clivage existant, en Occident, entre les droits français et anglais. Il en résulte paradoxalement qu'alors que le Ghana et la Côte d'Ivoire sont deux pays immédiatement limitrophes, l'intelligence entre un avocat ghanéen et un avocat kenyan (ou ougandais) sera meilleure qu'avec un avocat ivoirien.

Nonobstant quelques différences, les problèmes rencontrés par les différents systèmes juridiques africains nous semblent néanmoins suffisamment similaires pour ne pas rejeter a priori l'existence d'une famille juridique africaine¹⁹. Une mise en garde s'impose cependant : la situation est encore susceptible d'évoluer.

Autrement dit, la classification en familles juridiques est susceptible de se modifier au fil du temps. Partant l'indication de la période de l'histoire d'un système juridique traité devient donc primordiale.

3. Conclusion.

La classification des systèmes juridiques en familles est à la fois relative et fluctuante. Cette constatation est à ce point insatisfaisante que le principe même de la classification pourrait être remis en question. Or, ce sont principalement des raisons pratiques qui motivent le regroupement des systèmes juridiques en familles. Celui-ci est, au mieux, pragmatique, mais est néanmoins indispensable à l'appréhension de la réalité des systèmes juridiques étrangers. Il importe que le comparatiste conserve clairement à l'esprit que la classification en familles n'a aucune valeur absolue.

II. La classification de Zweigert et Kötz.

La classification proposée par Konrad Zweigert et Hein Kötz²⁰ apparaît, dans le cadre d'un cours général sur le droit privé comparé, comme la moins insatisfaisante. Ces auteurs allemands proposent une classification en familles, fondée sur le style des systèmes juridiques. Le « style juridique » désigne la combinaison de cinq critères de rattachement des systèmes juridiques à une famille :

- l'évolution historique des systèmes juridiques ;
- un mode de raisonnement juridique spécifique ;
- des institutions juridiques particulières ;
- la nature des sources du droit et leur mode d'interprétation ;
- l'idéologie.

¹⁹ Konrad ZWEIGERT & Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996, 66.

²⁰ Konrad ZWEIGERT & Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996, 62-73.

A. Les critères de classification.

1. L'évolution historique des systèmes juridiques²¹.

a. Portée du critère.

L'intérêt de ce premier critère n'appelle guère d'explication : il est manifeste que l'évolution historique exerce une influence prépondérante sur le style des systèmes juridiques. Aussi, le lien entre l'histoire et le style du système juridique est-il ostensible en ce qui concerne la *common law*. En ce qui concerne le droit continental la situation est plus complexe : à l'exclusion des droits scandinaves – constituant une famille juridique propre – tous les autres systèmes juridiques du continent européen trouvent leurs origines dans le droit romain. Dès lors, la question de l'opportunité de tous les regrouper dans une seule famille ou d'en distinguer deux – une famille germanique (Allemagne, Autriche, Suisse,...) et une famille romaniste (France, Espagne, Portugal,...) – se pose alors avec acuité.

b. Position de Zweigert et Kötz à l'égard des droits continentaux.

A l'égard de cette problématique, Zweigert et Kötz, comme Arminjon, Nolde et Wolff, procèdent à la distinction des deux familles. Si cette distinction semble un peu forcée, dans la mesure où les divergences entre les divers systèmes continentaux sont moindres que les différences existant entre chacun d'eux et la *common law*, il n'en demeure pas moins qu'existent entre ces deux catégories de systèmes continentaux des différences objectives : la famille romaniste repose largement sur le mouvement de réception du Code civil français de 1804, alors que les systèmes germaniques, restés étrangers à ce mouvement, ont été profondément imprégnés par l'Ecole pandectiste du XIX^{ème} siècle ; pour le surplus, l'antériorité de la codification napoléonienne – peu réceptive à la pesante mécanique dogmatique pandectiste – explique l'absence, dans les codifications de la famille romaniste, des concepts précis et rigoureux développés par l'Ecole pandectiste.

c. Critiques.

Nonobstant ce qui précède, la distinction faite au sein des droits continentaux européens, entre une famille germanique et une famille romaniste, reste critiquable et critiquée²² : sans doute présente-t-elle le défaut d'accentuer les divergences secondaires, ce qui est très probablement dû à un certain eurocentrisme. Il nous semble toutefois que le fait d'accorder de l'importance à cette distinction n'est pas réellement gênant, quand l'étude comparative est menée par des européens. En outre, dans la mesure où le droit continental retiendra spécialement notre intérêt, la logique et la rigueur imposent cette distinction.

²¹ K.ZWEIGERT & H.KÖTZ, *op.cit.*, 68.

²² Voyez en ce sens, René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950, 222.

2. Un mode de raisonnement juridique spécifique²³.

a. Spécificités quant à la méthode de raisonnement juridique.

Les familles romaniste et germanique se distinguent par leur propension à recourir à des normes juridiques abstraites, dans le cadre d'un système articulé et composé de domaines juridiques déterminés. Les juristes y raisonnent alors en recourant à des constructions juridiques. Ce mode de raisonnement constitue une particularité de style, dès lors qu'il est confronté au mode de raisonnement de juristes de *common law*. Le développement casuistique de la *common law* se distingue très nettement du développement du droit sur le continent, où, par l'interprétation du *Corpus Iuris Civilis* de Justinien, les systèmes juridiques se sont développés au départ de règles juridiques générales et abstraites.

Schématiquement, les juristes continentaux raisonnent de manière abstraite, en termes d'institutions juridiques, tandis que les juristes anglo-saxons raisonnent de manière concrète, en termes de précédents. Sur le continent, le système, revêtu de sa complétude, est dépourvu de lacunes, alors que la *common law* s'est construite « de cas en cas », quasiment « au cas par cas ». L'importance dans le droit de la technique, affirmait René David²⁴, « est tout à fait fondamentale et ne doit pas être sous-estimée : la différence des techniques constitue en particulier pour l'unification des droits un obstacle qui n'est guère inférieur, sans doute, à celui que constitue la différence des idéologies ». S'il est presque possible d'affirmer que les juristes continentaux se complaisent dans les constructions systématiques alors que les anglo-saxons sont sceptiques à propos de toute tentative de généralisation, les différences de principe ne doivent néanmoins pas être exagérées :

- d'abord, l'exemple du *trust*²⁵ démontre à suffisance que la *common law* peut également témoigner d'un certain degré de généralisation ;
- ensuite, la production législative anglaise n'a, à l'heure actuelle, plus rien à envier à celle des pays continentaux ;
- enfin, l'image du juge continental, simple serviteur de la loi, est, au mieux, une fiction et, au pire, un mensonge.

b. Spécificités quant à la conception même du droit.

Ce que Rudolf von Jhering a appelé *Kampf ums Recht*, la bataille pour le droit, constitue un autre élément stylistique présent dans tous les systèmes juridiques occidentaux. Jhering y a constaté un paradoxe : le but du droit est de rétablir la paix, mais le moyen utilisé pour l'obtenir est la guerre, l'affrontement. Autrement dit, tout individu a le devoir de faire valoir ses droits : ce devoir existe non seulement envers soi-même mais aussi envers l'idée même de droit. Le droit implique que chacun se batte pour qu'il soit respecté.

Les droits occidentaux, et tout particulièrement les règles de procédure (civile) reposent entièrement sur cette conception ; celle-ci est à ce point ancrée dans la conscience collective, que cette conception est fréquemment considérée comme inhérente au droit. La conception traditionnelle du droit, en Extrême-Orient, démontre le contraire : dans ces systèmes, le droit est perçu comme un élément secondaire, subordonné et inférieur à d'autres mécanismes de règlement des conflits sociaux. En effet, le respect de l'harmonie sociale ne peut dépendre d'obligations imposées par des méthodes rudimentaires, telles que la loi. Au

²³ K.ZWEIGERT & H.KÖTZ, *op.cit.*, 68-70.

²⁴ René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950, 224.

²⁵ Voyez le chapitre 2, II, A, 4, aux pages 24-25.

mieux, la loi est-elle appropriée pour les barbares ; les peuples civilisés préfèrerons une obéissance spontanée à des principes de comportement, non imposés par la loi, mais émanant de règles non-écrites harmonieusement intégrées par la tradition. Dans les systèmes imprégnés de cette conception, la bataille juridique ne peut constituer une solution. La consécration d'un gagnant et d'un perdant n'apparaît pas comme un élément bénéfique. Il est au contraire essentiel de permettre à l'adversaire de sauver la face. Cette vision d'apaisement des conflits est considérablement empreinte de sagesse : ne dit-on d'ailleurs pas qu'*un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès* ?

Dans cette perspective, la seule étude du droit ne suffit pas : l'apport de la sociologie du droit est essentiel. Or, à l'heure actuelle, peu de recherches dans le domaine de la sociologie juridique comparée ont été menées ; aussi reste-t-il encore beaucoup à accomplir en la matière...

3. Les institutions juridiques particulières²⁶

Certaines institutions juridiques sont à ce point spécifiques et propres à leur système qu'elles en infléchissent le style : cette affirmation se vérifie tout particulièrement dans le cadre de l'opposition entre la *common law* et les droits continentaux. Ainsi, le *trust*, les *torts*, l'*agency*... caractérisent la *common law* ; la cause, l'*actio de in rem verso*, l'action directe, la *negotiorum gestio*,... caractérisent les droits continentaux. En outre, les droits de la famille germanique ont également développé un certain nombre d'institutions (la responsabilité pour *culpa in contrahendo*, le *Grundbuch*, la doctrine du *Wegfall der Geschäftsgrundlage*²⁷,...) créant un contraste par rapport aux droits de la famille romaniste.

Ce troisième critère permet principalement aux auteurs allemands, d'insister sur les différences entre les droits de la famille romaniste et ceux de la famille germanique ; partant, ce critère leur permet de justifier le particularisme des droits de la famille germanique. La particularité des institutions juridiques constitue donc un critère non exempt de toute critique. Les différences entre institutions de la famille romaniste d'une part, et institutions de la famille germanique d'autre part, ont toutefois une existence bien réelle ; l'étude de celles-ci pourrait se révéler particulièrement instructive pour le comparatiste continental.

4. La nature des sources du droit et leur mode d'interprétation²⁸

Les sources de droit, leur mode d'interprétation ainsi que les particularités de l'organisation judiciaire et de la procédure constituent naturellement un élément du style de chaque famille juridique.

Dans ce domaine, une divergence indéniable existe entre les droits casuistiques et les droits systématiques. Comme nous l'avons exposé précédemment, les premiers raisonnent sur base de précédents, les seconds sur base d'institutions juridiques.

La différence ne doit toutefois pas être exagérée. D'une part, le rôle joué par la loi s'est, dans les systèmes juridiques de *common law*, accru et la conception de la règle de droit tend de plus en plus à être conçue dans les pays de *common law* comme elle l'est dans les pays de la famille romano-germanique²⁹. D'autre part, la nature des sources du droit pourrait être considérée comme secondaire à l'égard du style des familles juridiques : si les droits

²⁶ K.ZWEIGERT & H.KÖTZ, *op.cit.*, 71.

²⁷ « Effondrement des fondements du contrat ».

²⁸ K.ZWEIGERT & H.KÖTZ, *op.cit.*, 71.

²⁹ René DAVID, *Les Grands Systèmes de droit contemporains*, Paris 1978, 26.

systématiques raisonnent en terme d'institutions juridiques, ce n'est toutefois pas nécessairement au départ de la source juridique qu'est la loi ; ainsi, par exemple, les juristes belges réfléchissent-ils, en droit privé, sur base de la théorie générale des obligations – qui n'est en définitive qu'une construction doctrinale – et non sur la base du code civil et de sa structure³⁰.

5. L'idéologie³¹.

Le style d'une famille de systèmes est tributaire de l'idéologie sur laquelle les systèmes englobés reposent. Par « idéologie », sont visées les conceptions religieuses, politiques ou morales, tendant à régir l'organisation de la vie économique et/ou sociale. Les droits hindous et islamiques offrent un exemple de l'intérêt de ce critère.

Le critère idéologique justifiait également que soient regroupés, en une famille séparée, les systèmes juridiques socialistes ; ces systèmes sont cependant devenus anecdotiques et leur intérêt est, tout au plus, historique. En revanche, ce critère ne permet pas d'opérer une différenciation entre les systèmes juridiques occidentaux.

B. L'utilisation des critères de classification retenus par Zweigert et Kötz.

1. La combinaison des critères.

Il est manifeste que ces cinq critères n'interviennent pas tous au même moment dans la classification en familles ; le recours à l'un ou à l'autre dépend des situations auxquelles le comparatiste est confronté. Ainsi, la classification des systèmes religieux se fonde sur le critère idéologique ; ce dernier est toutefois inutile en ce qui concerne la classification des familles juridiques occidentales. A l'égard de celles-ci, les critères pertinents sont l'évolution historique, le mode de raisonnement spécifique ainsi que la particularité des institutions juridiques. Enfin, le critère des sources du droit permet de distinguer, d'une part, le droit islamique du droit hindou, et, d'autre part, la *common law* des droits continentaux. En revanche, ce dernier critère ne permet nullement de distinguer les familles romaniste, germanique et scandinave.

2. La critique à l'endroit de la combinaison des critères.

L'intervention inégalitaire de ces cinq critères fonde un des reproches formulés à l'endroit de la classification de Konrad Zweigert et Hein Kötz ; l'utilisation « à la carte » de ces critères est effectivement un trait de la méthode de classification en familles chez ces auteurs. Aussi, la possibilité d'adresser une double critique, initialement formulée par René David³² à l'endroit de classifications faites sur la base de critères extrinsèques, à la classification établie par ces deux auteurs, doit-elle être envisagée. En effet, d'une part, ces deux auteurs ne se seraient-ils pas laissés guider par des idées préconçues, en posant à la base de leur classification un critère jugé par eux essentiel, mais dont le caractère scientifique n'est

³⁰ Cette structure est à peine plus élaborée que la structure imaginée par le jurisconsulte romain *Gaius* lorsqu'il rédigea ses *Institutes*... au deuxième siècle de notre ère !

³¹ K.ZWEIGERT & H.KÖTZ, *op.cit.*, 71.

³² René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950, 223.

en aucune façon établi ? D'autre part, la classification par eux proposée n'a pas pour fondement un critère unique ; dès lors, ne pêche-t-elle pas par son assise ?

Nous répondrons d'abord que la classification proposée se fonde sur des critères objectifs ; ensuite qu'en l'absence d'un critère unique et uniforme satisfaisant, le comparatiste doit faire preuve de pragmatisme pour effectuer une classification utile des systèmes juridiques en familles, l'essentiel étant « de posséder une classification qui serve dans la pratique courante sans nuire à l'interprétation des phénomènes³³ ». Pour le surplus, nous citons René David lui-même : « toute classification (...) est nécessairement arbitraire, et la meilleure n'est pas à l'abri de certains reproches³⁴ ».

C. La limite de la classification de Zweigert et Kötz.

1. L'impossibilité d'appliquer ce critère aux systèmes juridiques « hybrides ».

La théorie de Konrad Zweigert et Hein Kötz a cependant ses limites : de nombreux systèmes juridiques demeurent inclassables et doivent être considérés comme « hybrides³⁵ », malgré l'application successive des cinq critères énoncés. C'est le cas de la Grèce, de la Louisiane, du Québec, de l'Écosse, de l'Afrique du Sud, d'Israël, des Philippines, de Puerto Rico, de la Chine et... des Pays-Bas.

2. Le palliatif à appliquer à ces systèmes juridiques « hybrides ».

A l'égard des systèmes juridiques de ces pays, il convient de rechercher la famille juridique à laquelle ils s'apparentent principalement. Une telle tâche est très délicate ; la constatation que ces systèmes se rapprochent de plusieurs familles juridiques, selon le domaine juridique considéré, est en outre probable. Partant, l'établissement d'une classification exclusive de ces systèmes est impossible et une classification de ceux-ci en familles n'est dès lors concevable qu'à l'égard de certains domaines juridiques déterminés, tels que le droit commercial, le droit des personnes, le droit des biens, le droit des successions, etc. Enfin, il est encore possible que le système juridique considéré soit en pleine mutation, qu'il évolue et se meuve d'une famille juridique à une autre ; dans de telles hypothèses, la détermination du moment auquel le changement est réellement acquis sera extrêmement malaisée.

III. L'indispensable circonspection du comparatiste.

Les exemples de droits « hybrides » ont le mérite d'attirer l'attention du comparatiste sur le caractère empirique et provisoire des familles juridiques. En outre, la classification des systèmes juridiques en familles est dans une large mesure tributaire du de l'objectif poursuivi par le comparatiste proposant la classification. Une circonspection constante du comparatiste sera, pour ces deux motifs, indispensable.

³³ Etienne RABAUD, *Introduction aux sciences biologiques*, Paris 1941, 9-11, cité par P.ARMENJON, B.NOLDE & M.WOLFF, *Traité de droit comparé*, Paris 1950, Tome I, 52-53.

³⁴ R.DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950, 225.

³⁵ Quant à l'existence inéluctable de systèmes « hybrides » en raison du caractère arbitraire de toute classification, voyez René DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950, 222-223.