

## Aperçu sur les systèmes juridiques dans le monde\*

### Contenu

1. Remarque préliminaire	142
2. Groupe des pays de la Common Law	144
3. Groupe de systèmes juridiques reposant sur le Code Napoléon	146
4. Famille juridique allemande	149
5. Etats (anciennement) communistes	150
6. D'autres ordres juridiques de la famille romano-germanique, notamment en Asie de l'Est	152
7. Système juridique nordique	153
8. Famille de droit islamique	154

### 1. Remarque préliminaire

#### 1.1 A quoi une classification des systèmes juridiques dans le monde sert-elle?

La classification des systèmes juridiques permet de **décrire et de caractériser** des ordres juridiques de différents Etats ayant des caractéristiques en commun. Les différents types de systèmes juridiques facilitent les études en matière de droit comparé et permettent avant tout de faire un aperçu sur certaines questions juridiques sans se perdre dans une énumération fastidieuse des différents pays. Contrairement aux caractéristiques d'environ 200 différents ordres juridiques dans le monde, celles **propres à un certain groupe de systèmes juridiques** sont plus faciles à retenir<sup>1</sup>.

Cette classification sommaire, ce quadrillage généralisé, a inévitablement pour conséquence la non-prise en considération de différents détails des systèmes juridiques. En d'autres termes: La classification en groupes de systèmes juridiques permet de poser plus vite les questions pertinentes. Cependant, elle ne donne pas toujours les réponses correctes. La connaissance des caractéristiques d'un groupe de systèmes juridiques ne peut donc pas remplacer la recherche d'informations sur un seul ordre juridique ; cependant, le notaire est averti au préalable et ne court pas aussi facilement les risques typiques.

Un exemple: Le notaire sait que les systèmes juridiques reposant sur le Code Napoléon et ceux des Etats (anciennement) communistes n'admettent en général pas la renonciation à la part successorale ou à la part réservataire. Si un ressortissant d'un Etat du Code Napoléon ou d'un Etat (anciennement) communiste ou une personne ayant son domicile dans l'un de ces pays s'adresse alors au notaire pour faire authentifier la renonciation à la part réservataire, le notaire s'informerait si une telle renonciation est reconnue dans l'Etat en question avant l'authentification de l'acte ; ou bien il informera les parties que l'acte ne sera probablement pas reconnu dans le pays d'origine ou dans le pays du domicile du de cujus.

#### 1.2. Quels groupes de systèmes juridiques existe-t-il?

Il n'existe pas de classification des systèmes juridiques "exacte" ou reconnue généralement. Un ordre juridique

peut par exemple être classifié dans un certain groupe par rapport au droit civil, mais dans un autre groupe en matière de droit commercial. Même le droit des sociétés peut avoir des caractéristiques tout à fait différentes par rapport au droit civil. La classification reportée ci-dessous s'inscrit dans la logique du droit civil, notamment du **droit de la famille et du droit successoral**.

Même en droit civil, il existe des essais de systématisation très différents<sup>2</sup>. Pour le travail pratique, une classification en **sept groupes** de systèmes juridiques me semble raisonnable, à savoir:

- Le groupe des pays de la **Common Law**,
- les sous-groupes de la famille romano-germanique, à savoir d'un côté celui basant sur le **Code Napoléon**,
- et de l'autre celui des systèmes juridiques **allemands** (ou de langue allemande),
- les Etats (anciennement ou encore) **communistes**,
- **d'autres** systèmes juridiques de la famille romano-germanique, notamment en **Asie de l'Est**,
- les systèmes juridiques **nordiques** (un groupe hybride se situant entre le groupe de la Common Law et le groupe romano-germanique)
- et finalement le groupe **islamique** (étant donné que le droit islamique, en tant que seul droit religieux, exerce une influence majeure sur un grand nombre d'Etats).

\* par CHRISTIAN HERTEL, directeur *Deutsches Notarinstitut* (DNotI – Institut Notarial Allemand), Würzburg.

<sup>1</sup> Parfois, la classification des systèmes juridiques est considérée comme inutile ou eurocentrique (voir P. GLENN, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, dans: M. REIMANN/R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, p. 422-440). Le présent rapport veut montrer qu'une typologie pour simplifier peut être très utile pour la pratique (voir p.e. H. KÖTZ, *Abschied von der Rechtskreislehre?*, ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht) 6 (1998), p. 493). Et ceux qui considèrent comme "eurocentrique" de mentionner le fait que les systèmes juridiques européens ont influencé également beaucoup d'ordres juridiques extraeuropéens devraient également critiquer l'eurocentrisme qui se reflète dans la constatation que les langues française, espagnole ou anglaise sont parlées dans un grand nombre de pays dans tout le monde.

<sup>2</sup> La classification utilisée dans le présent rapport ressemble largement à celles chez K. ZWIEGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3<sup>e</sup> éd. 1996 et chez R. DAVID/G. GRASSMANN, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 3<sup>e</sup> éd. allemande 1988.

ZWIEGERT/KÖTZ distinguent six groupes, à savoir (1) le groupe roman, (2) le groupe allemand, (3) le groupe anglo-américain, (4) le groupe nordique, (5) le groupe de l'Extrême Orient (Chine et Japon) ainsi que (6) le groupe du droit religieux (Islam, Hindou). Le groupe "socialiste" que l'on trouve encore dans la 2<sup>e</sup> éd. a, selon les auteurs, "quasiment disparu suite à la chute du communisme de l'Union soviétique" (préface, p. V), ce qui me semble comme un pronostic fait quelques décennies trop tôt. A disparu le système étatique soviétique et la domination communiste de l'Europe de l'Est par l'Union Soviétique. Cependant, un grand nombre de lois civiles ou au moins leurs principes sont toujours applicables.

DAVID/GRASSMANN distinguent sept groupes (ou familles juridiques), à savoir (1) la famille romano-germanique (avec les sous-groupes: Ouest, Europe centrale, Nord), (2) les ordres juridiques socialistes, (3) la Common Law (Angleterre et Etats-Unis), (4) les systèmes juridiques de l'Extrême Orient, (5) les systèmes religieux (Islamisme, Hindouisme, Judaïsme) et (6) les systèmes reposant sur la tradition des tribus (droit coutumier).

**Les systèmes mixtes** sont classifiés dans le groupe avec lequel ils ont le plus grand nombre de points en commun (en d'autres termes: il est vérifié si, en matière de droit civil, ils ont plus de points en commun avec les règles du droit anglais ou avec celles du droit français)<sup>3</sup>:

- Par exemple, l'Afrique du Sud ou l'Ecosse font partie du groupe de la **Common Law**, car les règles de la Common Law se sont superposées, par rapport à un grand nombre d'éléments caractéristiques, à celles d'origine romano-germanique.
- En revanche, Québec fait partie du groupe fondé sur le **Code Napoléon**, car il existe un Code Civil détaillé reposant largement sur le modèle français – malgré toutes les influences de la Common Law. Il en va apparemment de même pour le Porto Rico. La Louisiane constitue par contre un cas aux confins.

D'autres présentations en matière de droit comparé considèrent les systèmes juridiques reposant sur le **droit coutumier** comme un propre groupe<sup>4</sup> (ou bien le "droit africain"<sup>5</sup>). Une telle distinction est raisonnable si on systématisé les systèmes juridiques selon les sources juridiques. Pour la présente systématisation selon les règles du droit civil quant au fond, notamment du droit de la famille et du droit des successions, la classification d'un ordre juridique influencé par son droit coutumier ne donne pas de résultats significatifs quant au fond.

### 1.3. Dichotomie Common Law – Civil Law

On commence par les notions opposées classiques de "**Common Law**" (ou groupe de systèmes juridiques anglo-américains) d'une part et de "famille juridique romano-germanique" au sens large du terme (en termes anglais: groupe de systèmes juridiques de la "**Civil Law**" – notion que l'on pourrait traduire le mieux par "systèmes juridiques codifiés") d'autre part.

Notamment les auteurs anglo-saxons se servent de ces deux notions pour diviser les systèmes juridiques en deux groupes (parfois, ils distinguent encore les catégories supplémentaires de "droit coutumier" et/ou de "droit islamique")<sup>6</sup>.

Nous ne nous basons sur cette classification que partiellement: Certes, nous considérons les systèmes juridiques de la Common Law comme un propre groupe, car, entre eux, ils ont beaucoup de caractéristiques en commun. Cependant, en ce qui concerne le groupe de systèmes romano-germaniques, nous faisons la différence entre plusieurs sous-groupes. Car il serait peu utile, pour le gain de connaissances, de regrouper grossièrement presque deux tiers de tous les systèmes juridiques dans la catégorie des pays de la Civil Law – seulement en raison du fait qu'ils attachent une importance majeure aux codifications écrites (ce qui est d'ailleurs de nos jours également le cas pour les pays de la Common Law: la plupart des règles juridiques font l'objet de lois) – sans pour autant tenir compte des différences essentielles existant entre les différents sous-groupes des pays de la Civil Law quant au fond et sans prévoir des sous-groupes.

Outre la codification du droit civil, il existe naturellement également d'autres éléments que quasiment l'en-

semble des ordres juridiques de la famille romano-germanique ont en commun – p.e. le **notariat latin** et, en matière de droit de la famille et de droit des successions, notamment la forme du **testament notarié** (parmi d'autres formes de testaments) ainsi que le contrat de mariage notarié (si les contrats sur les régimes matrimoniaux ne sont pas généralement inadmissibles, comme dans quelques États anciennement communistes).

### 1.4. Famille de droit romano-germanique

Au sein de la famille de droit d'origine romano-germanique ou de la "Civil Law", on peut distinguer deux sous-groupes principaux. Ces groupes constituent, dans la présente présentation, des groupes individuels<sup>7</sup>.

- Premièrement, le groupe roman, que nous désignons dans la présente comme **groupe du Code Napoléon**, d'après son Code originaire.
- Deuxièmement, le **groupe allemand** (ou de l'Europe centrale) qui se compose de nos jours encore des pays de langue allemande (à l'époque précédant la guerre, ce groupe englobait en plus la plus grande partie des pays de l'Europe de l'Est). Les membres de ce groupe ont adopté soit le Code Civil général de l'Autriche (ABGB), soit le Code Civil allemand (BGB) soit le Code Civil Suisse (C.C.S.).
- D'autres pays qui font incontestablement partie du groupe romano-germanique mais qui ne peuvent pas être classifiés parmi l'un ou l'autre des deux sous-

3 Enfin, il s'agit d'une simple question de définition: On peut considérer les systèmes mixtes – comme dans ce rapport – comme sous-groupes au sein de la Common Law ou des systèmes juridiques romano-germaniques ou les définir comme propre groupe avec des sous-groupes ayant soit plus de caractéristiques en commun avec la Common Law soit avec les systèmes romano-germaniques. On peut avancer comme argument contre la distinction d'un propre groupe que ses systèmes ont peu en commun entre eux (à l'exception du fait qu'ils sont issus de deux parents tout à fait différents).

4 Voir p.e. la présentation des systèmes juridiques sur le site web de la faculté de droit de l'UNIVERSITE DE OTTAWA: [www.juriglobe.ca](http://www.juriglobe.ca) (en différentes langues).

5 R. DAVID/G. SAWER/I. SZABÓ/H. AFCHAR/J. D. M. DERRETT/T. K. K. IYER/Y. NODA/K. M'BAYE, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume II, *The Legal Systems of the World*, chapter 1, *The Different Conceptions of the Law*, 1975, distinguent p.e. six différentes conceptions du droit: (1) celle de l'Ouest, (2) la conception socialiste, (3) la conception musulmane, (4) la conception hindouiste, (5) celle de l'Extrême-Orient et (6) la conception africaine du droit. Cette approche est largement influencée par les époques de la guerre froide et du mouvement d'indépendance des années 60 et 70. Elle ne permet pourtant pas de gagner des connaissances pratiques sur les différents systèmes juridiques.

Est plus proche à la classification de ce rapport celle du chapitre 2, *Structure and the Divisions of the Law*: (1) Civil law System, (2) Common Law System, (3) système du droit socialiste, (3) système du droit islamique, (4) droit hindou et (5) droit africain (R. DAVID/C. SZLADITS/T. WEIR/V. M. TSCHCHIKVADZE/S. L. ZIVS/C. CHEHATA/J. D. M. DERRETT/T. K. K. IYER/E. COTRAN).

6 Voir p.e. la présentation des systèmes juridiques – informative avec différentes cartes – sur le site web de la Faculté de Droit de l'UNIVERSITE DE OTTAWA: [www.juriglobe.ca](http://www.juriglobe.ca) (dans différentes langues). La Dichotomie Civil Law/Common Law et la conception de la Civil Law comme une propre famille juridique se trouve p.e. également chez GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2000, ou dans la *International Encyclopedia of Comparative Law*.

7 Egalement p.e. ZWEIGERT/KÖTZ.

groupes sus-mentionnés sont désignés dans ce rapport comme “systèmes divers du groupe romano-germanique”. Appartiennent à ce groupe notamment des pays de **l’Asie orientale** (d’autres auteurs les considèrent parfois comme propre famille juridique, à savoir celle de l’Asie de l’Est ou de l’Extrême-Orient) – mais de nos jours également les Pays-Bas.

Les **pays (anciennement) communistes** pourront être regroupés dans la famille des systèmes romano-germaniques au sens large du terme. Car les Codes inspirés par celui de l’Union Soviétique constituaient également des Codes, c’est-à-dire des lois écrites – même si sous forme simplifiée. Et depuis le moment de la chute du communisme ou au moins de la perte de l’importance de l’idéologie communiste pour le droit civil également dans les pays communistes restants, il n’existe plus de vraie ligne de séparation à l’égard des (autres) ordres juridiques de tradition romano-germanique.

Par contre, le groupe des **pays nordiques** ne fait, à mon avis, pas partie de la famille des systèmes juridiques de tradition romano-germanique. Il constitue plutôt un propre groupe se situant entre la Common Law et la Civil Law.

## 2. Groupe des pays de la Common Law

### 2.1. Pays faisant partie du groupe de la Common Law et sous-groupes

Toutes les systématisations actuelles de droit comparé considèrent les pays de la Common Law comme l’un des grands groupes de systèmes juridiques<sup>8</sup>. Bien que la Common Law régisse **un quart de tous les pays du monde**, les dispositions juridiques au sein de ce groupe sont **largement similaires** par rapport aux aspects les plus importants.

Font partie du groupe de la Common Law tous les pays gouvernés par l’Angleterre dans le passé (un petit nombre de pays l’est toujours), donc notamment les pays du Commonwealth et les Etats-Unis (ou bref: les Etats dans lesquels l’anglais est une langue officielle). L’anglais comme langue officielle et la Common Law sont deux vestiges de l’ancien **Empire britannique**; la langue anglaise et le droit anglais ont suivi les soldats britanniques à la conquête du monde et sont restés dans les pays concernés bien que le drapeau de l’Empire ait été rentré.

Au sein du groupe de la Common Law, on peut distinguer différents **sous-groupes**:

- **L’Angleterre**<sup>9</sup> est la **mère patrie** de la Common Law et sert de modèle de référence encore de nos jours. La plupart des autres ordres juridiques peuvent être décrits sur la base de ce modèle. L’unité du droit au sein de la Common Law est également due au fait que beaucoup de pays de la Common Law ont partagé un tribunal supérieur avec le *House of Lords* ou le *Judicial Committee of the Privy Council* britanniques.
- Après que les **Etats-Unis**, la première des anciennes colonies anglaises, ont déclaré leur indépendance, le droit des Etats-Unis s’est développé indépendamment du droit anglais pendant une période de plus de 200 ans. Il s’ensuit que le système juridique des Etats-

Unis, parmi les autres systèmes juridiques de la Common Law, diverge le plus du système juridique anglais.

- Les **systèmes mixtes** dans lesquels la Common Law s’est superposée à l’ancien droit romano-germanique (qui, à l’époque, n’était pas codifié dans la plupart des cas) ont des caractéristiques spécifiques. C’est notamment le cas pour **l’Afrique du Sud** et **l’Ecosse**. Dans ces pays, la Common Law s’est superposée à l’ancien droit commun (le droit romain).
- Notamment en Asie du Sud et en Asie du Sud-Est, mais partiellement également en Afrique, la Common Law et le **droit islamique** – en Afrique également le droit coutumier (différent) – s’influencent réciproquement. Dans la plupart des cas, il existe dans ces pays des droits de la famille et des successions différents selon la confession (ou selon l’appartenance ethnique dans le cas du droit coutumier).
- **Israël** représente un cas particulier. Durant l’époque du mandat britannique, la Common Law s’est superposée à l’ancien droit osmane. Au fur et à mesure du temps, les règles de la Common Law<sup>10</sup> ont elles-mêmes été évincés par les règles plus récentes de modèles romano-germaniques de provenance différente. Israël se situe alors entre le groupe des pays de la Common Law et celui des pays-romano-germaniques. D’une part, le législateur a expressément mis fin à l’application supplétive de la Common Law; d’autre part, il n’existe pas de Code Civil complet. Israël fait donc partie du groupe de la Common Law sans pour autant reposer sur la Common Law; de même, il fait partie du groupe du droit codifié sans pour autant avoir de Code.

### 2.2. Rattachement du régime matrimonial au *matrimonial domicile*

Les Etats de la Common Law prévoient un rattachement mobile au **domicile** des époux pour déterminer le régime matrimonial applicable aux biens meubles. Par contre, les biens immeubles sont rattachés à la *lex rei sitae* (**scission du régime matrimonial**).

- La notion de **domicile** aux termes de la Common Law ne doit pas être confondue avec celle au sens des ordres juridiques romano-germaniques. L’établissement d’un nouveau *domicile of choice* ne requiert pas seulement que la résidence (*residence*) soit objectivement établie dans un autre pays, mais également l’intention d’y vouloir rester durablement et de ne pas retourner (*animus manendi et non revertendi*).

<sup>8</sup> Seulement du point de vue des années 60 ou 70, on pouvait rassembler les systèmes de la Common Law et ceux de la famille romano-germanique comme “systèmes occidentaux”.

<sup>9</sup> Voir A. CLAUDET, *Rapport national Angleterre*, Notarius International 2002, 39, 53.

<sup>10</sup> Le droit matrimonial applicable dépend encore de nos jours de la confession (une caractéristique qu’Israël a en commun avec les Etats de la Common Law de l’Asie du Sud et de l’Afrique de l’Est, mais également avec les pays islamiques); par contre, le droit successoral est indépendant de la religion.

- Notamment le droit anglais et les ordres juridiques proches du droit anglais sont très exigeants en ce qui concerne l'intention de rester dans le nouveau pays, de sorte que **la notion de domicile aux termes du droit anglais s'assimile à celle de la nationalité**.
- Par contre, aux **Etats-Unis**, même si la notion de domicile est définie comme en droit anglais, l'intention de rester n'est pas soumise aux mêmes exigences rigoureuses. La notion de domicile correspond donc plutôt à celle de **résidence habituelle** ou au **domicile** au sens des Etats de la Civil Law. Ces conceptions différentes de la notion de domicile peuvent être expliquées historiquement par le fait que l'Angleterre, en tant que pouvoir colonial, cherchait à appliquer le plus longtemps possible le droit anglais aux Anglais dans les colonies, tandis que les Etats-Unis voulaient appliquer le plus rapidement possible le droit des Etats-Unis également aux immigrés.

Si les époux ont un domicile différent, le régime matrimonial est rattaché au **domicile du mari** selon la conception juridique traditionnelle. (Ce principe continue à s'appliquer aux termes du droit anglais; par contre, les Etats-Unis retiennent le dernier domicile commun).

### 2.3. Régime matrimonial légal: séparation de biens

#### 2.3.1. L'attribution du patrimoine par décision discrétionnaire du tribunal

Dans quasiment tous les pays de la Common Law, le "régime matrimonial légal" est la **séparation de biens**. Conformément à la Common Law, la conclusion d'un mariage n'a pas d'influence sur la propriété et le droit des époux de disposer de leurs biens. Pour cette raison, la Common Law ne connaît même pas la notion de "régime matrimonial".

Cependant, en cas de **divorce**, le **tribunal** peut attribuer ex æquo et bono des biens appartenant à l'un des époux à l'autre. Cette règle constitue un droit du tribunal et fait partie des règles du droit de procédure. (Elles sont souvent intégrées dans le *Matrimonial Causes Act.*) Il ne s'agit donc pas d'une règle de droit matériel faisant partie des règles sur le régime matrimonial. Le tribunal peut décider discrétionnairement sur les questions liées au patrimoine ou celles liées à la pension alimentaire. Il est vrai que la loi fixe, dans la plupart des pays, les circonstances dont il faut tenir compte pour les décisions discrétionnaires. Cependant, elle ne règle pas l'étendue du transfert.

Pour cette raison, la notion souvent utilisée de "régime matrimonial" de la Common Law n'est pas appropriée. Il convient donc, à mon avis, de parler plutôt de "**séparation de biens avec attribution de patrimoine par le tribunal sur la base d'une décision ex æquo et bono**".

- La part octroyée par les tribunaux au conjoint qui gagne moins ou qui s'occupe du ménage est beaucoup plus large de nos jours que par rapport à jadis<sup>11</sup>. Parfois, le **partage se fait même par moitié**, car les tribunaux partent de l'idée de l'égalité (*equality*) des activités et affaires liées à la communauté de vie d'un

ménage et de l'éducation des enfants d'un côté et de l'activité professionnelle de l'autre<sup>12</sup>. Cette approche de la Common Law est donc comparable à la participation aux acquêts.

- Contrairement à la participation aux acquêts et à la communauté de biens réduite aux acquêts, l'attribution du patrimoine par le tribunal peut également concerner des **biens que l'un des époux a apportés au mariage** (à cet égard, elle peut même être comparée à la communauté de biens).
- Quant au rattachement en matière de droit international privé, le droit applicable n'est donc pas aussi important que la **compétence judiciaire** pour la procédure de divorce

#### 2.3.2. Communauté de biens en Afrique du Sud

En Afrique du Sud ainsi qu'en Namibie, au Lesotho et au Swaziland la tradition de l'ancien droit néerlandais, la communauté de biens, est toujours vivante. Elle s'applique au patrimoine existant au moment de la conclusion du mariage ainsi qu'au patrimoine acquis par donation ou pour cause de mort<sup>13</sup>.

#### 2.3.3. Communauté de biens réduite aux acquêts dans différents Etats des Etats-Unis

Dans 9 Etats des Etats-Unis, le régime matrimonial légal est la communauté de biens réduite aux acquêts et non pas la séparation de biens; parmi ses neuf Etats ne se trouvent pas seulement des Etats qui étaient des anciennes colonies espagnoles ou françaises: Arizonie, Californie, Louisiane, Nevada, Nouveau Mexique et Texas, mais également Idaho, Washington (Etat) et Wisconsin.

#### 2.3.4. Séparation de biens de droit islamique dans les Etats de la Common law de l'Asie du Sud

Notamment dans les Etats de la Common Law de l'Asie du Sud (Inde, Pakistan, Bangladesh), mais également p.e. en Malaisie, la séparation de biens de **droit islamique** et non pas de la Common Law est le régime applicable à la partie musulmane de la population La **séparation de biens** est donc très **stricte**. Le tribunal ne peut pas attribuer des biens à un époux par une décision fondée sur une simple appréciation.

### 2.4. Scission de la succession

En droit successoral, tous les Etats de la Common Law prévoient une **scission de la succession**: La dévolution successorale des biens meubles est rattachée au dernier **domicile du de cujus**, celle des biens immeubles à la loi de la situation des biens.

<sup>11</sup> Avant 2000, les conjoints riches qui voulaient divorcer et éviter des paiements compensatoires élevés en faveur du conjoint moins riche préféraient la compétence des tribunaux anglais.

<sup>12</sup> L'arrêt de principe anglais était la décision du HOUSE OF LORDS du 26 décembre 2000 – *White v. White* [2000] 2 FLR 981 (Internet: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199900/ldjudgmt/jd001026/white-1.htm>).

<sup>13</sup> D'autres exemples pour la communauté de biens: les Philippines, le Rwanda, apparemment également le Burundi.

Il faut faire attention: Egalement dans ce contexte, la notion de *domicile* au termes de la Common Law doit être différenciée de la notion de domicile aux termes du droit romain<sup>14</sup>.

## 2.5. Droit successoral matériel

### 2.5.1. Pas de part réservataire

Parmi toutes les familles juridiques, celle de la Common Law attribue la plus grande importance à la liberté de tester. En revanche, la protection des parents proches est garantie le moins par la Common Law. La plupart des ordres juridiques basant sur la Common Law ne **connaissent pas le droit à la part réservataire**. Il existe seulement des droits semblables à une pension alimentaire.

- En **Angleterre** et dans la plupart des Etats du Commonwealth, le tribunal peut pourtant attribuer, le cas échéant, aux parents les plus proches (en règle générale époux et enfants), sur leur demande, une **pension alimentaire équitable** (*reasonable financial provisions for dependants*), s'ils ne reçoivent pas une part suffisante du de cujus. Dans ce cas, le tribunal peut ordonner soit le versement unique d'une certaine somme d'argent soit le versement périodique d'une certaine somme ou le transfert de certains biens patrimoniaux. L'objectif est notamment de satisfaire les besoins alimentaires correspondant au statut social. Pour déterminer les besoins équitables, le tribunal ne tient pas compte d'une part successorale déterminée, mais du patrimoine et du revenu de l'ayant-droit. Il n'existe donc pas de quota fixe pour les pensions alimentaires "équitables". Les délais pour se prévaloir de son droit sont en règle générale seulement de plusieurs mois.
- Par contre, aux **Etats-Unis**, dans les Etats où règne le régime de la séparation de biens, le **conjoint survivant** a droit à une part réservataire entre un tiers et la moitié de la succession (*elective share*). De même, le conjoint a, dans la plupart des différents Etats des Etats-Unis également un droit viager d'usage du logement conjugal (*homestead*) pourvu que ce logement appartienne au de cujus. Par contre, les **enfants** n'ont **pas un droit à la part réservataire**. S'ils sont mineurs, ils ont un droit à une pension alimentaire à prélever de la masse successorale. Seulement si les enfants ne sont pas respectés dans le testament "par inadvertance" ils ont droit à une part successorale légale. La situation juridique en **Irlande** est comparable à celle des Etats-Unis depuis 1965.
- Les **systèmes mixtes** se situant entre ceux de la Common Law et ceux de la Civil Law garantissent en règle générale une **part réservataire** (*legal rights*) au **conjoint ainsi qu'aux enfants**. C'est le cas p.e. pour l'Ecosse, pour la Louisiane et Porto Rico. L'Afrique du Sud suit l'exemple du droit anglais et ne garantit une part réservataire ni au conjoint, ni aux enfants.

### 2.5.2. Testament en présence de deux témoins

En Common Law, la forme ordinaire de testaments est le **testament en présence de deux témoins** (testament privé).

Cependant, les testaments rédigés dans le respect de la **forme locale** sont reconnus comme valables dans presque tous les Etats de la Common Law. Seulement quelques Etats des Etats-Unis demandent la forme locale pour les testaments s'il s'agit d'une disposition d'immeubles y situés<sup>15</sup>.

Il est vrai que la Common Law ne connaît pas le testament conjonctif ou le **pacte successoral** auquel sont liés les testateurs. Cependant, elle admet les engagements sur la base de contrats générateur d'obligations, c'est-à-dire l'obligation de tester ou de ne pas tester d'une certaine manière (*contract to make a will or not to make a will*). Si un pacte successoral ou un contrat similaire est conclu à l'insu des règles susmentionnés et que le droit successoral de la Common Law est applicable, ce pacte ou contrat peut être converti en une disposition à cause de mort unilatérale contenant un engagement sur la base d'un contrat générateur d'obligations.

### 2.5.3. Liquidation de la succession par un *executor* ou *administrator*

En Common Law, la succession n'est pas directement dévolue aux héritiers; elle est plutôt considérée comme un sujet de droit pour lequel doit en général agir un *executor* (nommé par le de cujus) ou un *administrator* (nommé par le tribunal).

Si la succession ou une partie de celle-ci est située dans un Etat de la Common Law, il faut en règle générale nommer un *executor* ou *administrator* du point de vue du droit procédural – indépendamment de la question de savoir quel droit successoral est matériellement applicable! Dans ces cas, il est recommandé de nommer un *executor* déjà dans le testament – en prévoyant raisonnablement la réserve suivante: "pour autant que le **droit procédural applicable** requière l'intervention d'un *executor/administrator*" (cette disposition testamentaire met au clair qu'il ne s'agit pas d'une exécution testamentaire au sens des systèmes juridiques romano-germaniques).

## 3. Groupe de systèmes juridiques reposant sur le Code Napoléon

### 3.1. Etats faisant partie du groupe et sous-groupes

Le Code Civil de 1804 que je désigne comme **Code Napoléon** dans cette présentation pour le différencier par rapport à d'autres Codes Civils, était la Codification la plus couronnée de succès depuis le *Corpus Juris* de Justinien. Il s'est répandu d'une part en raison des conquêtes françaises – dans un premier temps en Europe par les sol-

<sup>14</sup> Voir ci-dessus paragraphe 2.2.

<sup>15</sup> Ainsi p.e., Caroline du Nord, Georgie et Texas.

Il est possible de faire authentifier, le cas échéant, un testament répondant aux exigences du testament en présence de deux témoins aux termes du droit de l'Etat en question et en même temps aux droit de l'authentification notariale en vigueur dans l'Etat de la rédaction de l'acte (voir HERTEL, dans: Walz, *Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht Deutsch-Englisch*, formule G. I. 4.; HERTEL, dans: LIMMER/HERTEL/FREZZ/MAYER, *Würzburger Notarhandbuch*, 2004, Partie 7 n° 879).

dates napoléoniens, plus tard dans les colonies françaises d'outre mer –, d'autre part suite à son adoption dans différentes parties du monde. Car, durant un siècle, le Code Napoléon était incontestablement considéré comme le Code le plus moderne.

### 3.1.1. Adoption du Code Napoléon

Dans quelques pays, le Code Napoléon a été adopté en tant que tel:

- Le Code Civil originaire de 1804 (naturellement dans les versions fréquemment modifiées) continue à s'appliquer non seulement en **France**, mais également en **Belgique** et au **Luxembourg**. Dans d'autres pays de l'Europe conquis auparavant par la France, il a été remplacé plus tard par d'autres Codes. (Sur les différents territoires de l'Italie, il était applicable seulement jusqu'en 1814, en Allemagne de la rive gauche du Rhin jusqu'en 1900, dans différents cantons francophones en Suisse jusqu'en 1912, dans des parties de la Pologne – l'ancien Royaume de Pologne – jusqu'à la fin de la deuxième guerre mondiale).
- Dans les anciennes colonies françaises de **l'Afrique de l'Ouest et de l'Afrique centrale**, le Code Civil français, dans sa version de 1958, continuait à s'appliquer suite aux déclarations d'indépendance pendant une certaine période. Cependant, les pays francophones de l'Afrique de l'Ouest, dans la plupart des cas des pays majoritairement islamiques, ont remplacé dans la plupart des cas les dispositions en matière de droit de la famille par un propre *Code des Personnes et de la Famille*; en particulier, la communauté de biens réduite aux acquêts a été remplacée par la séparation de biens de droit islamique. En matière de droit civil, le *Code des Obligations Civiles et Commerciales* (COCC) promulgué par étapes depuis 1963 par le **Sénégal** servait de modèle également à d'autres pays de l'Afrique francophone. En matière de droit commercial, l'**OHADA** (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*)<sup>16</sup> a édicté des lois uniformes en matière de droit des sociétés et de droit islamique pour ses actuellement 16 Etats membres.
- En 1895, la Belgique a promulgué un Code Civil pour le **Congo** (Zaïre) qui correspond dans ses grandes lignes au Code civil belge (c'est-à-dire français). Après la 1<sup>ère</sup> guerre mondiale, le Code Civil du Congo était également applicable au Burundi et au Rwanda (au Rwanda, il a été remplacé par un autre Code Civil en 1988).

### 3.1.2. Nouvelles Codifications sur la base du Code Napoléon

D'autres pays européens ont promulgué des **propres** Codes Civils. Cependant, ces Codes Civils suivent largement l'exemple du Code Civil français:

- Il en va notamment ainsi pour l'**Italie**<sup>17</sup> (Codice civile 1865, remplacé par le *Codice civile* de 1942), le **Portugal** (1867, remplacé par le Code Civil de 1966) et l'**Espagne**<sup>18</sup> (1889).

- Le premier Code Civil des **Pays-Bas**<sup>19</sup> de 1838 ressemble largement au Code Napoléon quant au fond. Par contre, l'actuel *Burgerlijk Wetboek* (BW), promulgué par étapes depuis 1991, constitue une synthèse totalement individuelle qui a repris des idées du droit nordique en ce qui concerne le régime matrimonial. Pour le reste, ce Code ne peut pas être classifié dans l'une des autres groupes de systèmes juridiques de tradition romano-germanique.
- Le droit **polonais** était également fortement marqué par le modèle français avant la deuxième guerre mondiale (cependant, dans quelques parties de la Pologne était applicable le droit allemand ou autrichien). Il en va de même pour le droit **roumain** et partiellement également pour le droit **tchécoslovaque** à l'époque entre les deux guerres.
- Par le Portugal, l'Espagne et les Pays-Bas, le Code Napoléon a également exercé une influence sur d'autres **Etats extra-européens**. Par exemple, un grand nombre de règles du Code Civil des Pays-Bas de 1838 sont entrées dans le Code Civil de l'Indonésie de 1847.
- Dans les **Etats de l'Afrique lusophone**, le Code Civil portugais de 1966 (dans des versions modifiées) continue à s'appliquer en Angola, au Guinée-Bissau et en Mozambique après les déclarations d'indépendance. Un propre Code Civil a pris le relais du Code Civil portugais au Cap-Vert en 1977.
- Outre en Espagne, le Code Civil espagnol s'applique seulement en **Guinée équatoriale**.

Les **Etats de l'Amérique latine** font également partie du groupe de systèmes juridiques reposant sur le Code Napoléon. A la recherche d'un modèle pour un **propre Code Civil** au moment de leur déclaration d'indépendance de l'Espagne et du Portugal, ils se sont avant tout fondés directement ou indirectement sur le modèle du Code Civil français. Car les métropoles de Portugal et d'Espagne n'avaient pas encore codifié leur droit civil au début du 19<sup>e</sup> siècle, au moment où les colonies de l'Amérique latine ont obtenu leur indépendance.

- Les Codes Civils du Haïti (1825), de **Bolivie** (1830, remplacé en 1898 – le Code Civil de Bolivie de son côté a influencé le *Código general* du Costa Rica de 1841, remplacé en 1888) et de la République Domini-

<sup>16</sup> Les Etats membres de l'OHADA sont: le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, République centrafricaine, les Comores, la République du Congo (Brazzaville), la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad et la Togo. La République démocratique de Congo (Zaïre) a déclaré vouloir adhérer; cependant, l'adhésion n'a pas encore eu lieu. Internet: [www.ohada.com](http://www.ohada.com)

voir également A. TOURÉ, *Regards croisés sur la notion de groupe de sociétés en Afrique francophone (OHADA)*, Notarius International 2005, 19.

<sup>17</sup> Voir E. CALÒ, *Rapport national Italie*, Notarius International 2001, 151.

<sup>18</sup> Voir C. PLANELL DEL POZO/S. TORRES ESCÁMEZ, *Rapport national Espagne*, Notarius International 2003, 232, 266.

<sup>19</sup> Voir K. M. M. DE WITT/A. A. TOMLOW, *Rapport National Pays-Bas*, Notarius International 2002, 8, 17.

caine (1845/1884) se sont inspirés globalement du Code Civil français en adoptant dans la plupart des cas même son **libellé**.

- Par rapport au **contenu**, il en va de même également pour les Codes Civils du **Pérou**<sup>20</sup> de 1852 (remplacé par de nouvelles codifications de 1936 et de 1984) et du **Mexique**<sup>21</sup> (1870/1884 et 1928/1932).
- Le Code Civil du **Chili** rédigé par ANDRÉS BELLO en 1855 constitue une création individuelle. Il forme un propre sous-groupe, car il a été adopté dans ses grandes lignes par l'**Equateur** (1860), la **Colombie** (1873) ainsi que par certains autres Etats de l'**Amérique centrale** (Le Salvador 1859, Honduras 1906). Par ailleurs, il a largement influencé les Codes Civils du **Vénézuela** (1862) et de l'Uruguay (1868).
- Le Code Civil de l'**Argentine** (1869, rédigé notamment par DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD) a été adopté dans ses grandes lignes par le **Paraguay** (1876, remplacé en 1985/1987) et – ensemble avec le droit du Chili – exercé une large influence sur le *Código Civil* du Costa Rica.
- Le **Brésil** a promulgué un propre Code Civil seulement en 1916. Il s'est inspiré des Codes Civils de la France, du Portugal, de l'Italie, de la Suisse et de l'Allemagne. Un nouveau Code Civil en a pris le relais en 2003<sup>22</sup>.

### 3.1.3. Systèmes mixtes dans lesquels le Code Napoléon est prédominant

Les **systèmes mixtes** avec une nette influence de la Common Law se trouvent notamment sur les territoires dominés originellement par la France, l'Espagne ou le Mexique et déclarés plus tard territoire britannique ou des Etats-Unis.

- Dans la **République de Maurice**, le Code Civil français a été introduit déjà en 1808. Comme la domination coloniale britannique (depuis 1814) ne l'a pas abrogé, il existe de nos jours un système mixte basant d'un côté sur le Code Napoléon et de l'autre sur la Common Law avec des influences du droit islamique.
- La **Lousiane** s'est donné un Code Civil largement inspiré par le Code Napoléon. Cependant, la technique législative ultérieure et les lois quant au fond ont été largement influencées par la Common Law. De nos jours, la question de savoir quel système prédomine peut faire l'objet de discussions controversées.
- Le **Québec**<sup>23</sup> a promulgué un Code Civil largement inspiré par le Code Napoléon (il a été remplacé par une nouvelle codification en 1994; cependant, il a été adopté à St. Lucia où il est toujours applicable tel quel, même si un amendement est en cours).
- Aux **Philippines**, a été mis en vigueur une large partie du *Código Civil* espagnol. Il est resté en vigueur même durant l'époque coloniale sous la domination des Etats-Unis. En 1950, il a été remplacé par un Code Civil en langue anglaise qui témoignait de la large influence de la Common Law en matière de droit des contrats et de droit des biens (notamment en

raison de l'introduction du trust). En 1988, le droit de la famille a été réglé dans un propre Code de la famille. Depuis 1977, un propre Code de droit musulman des personnes est applicable à la minorité musulmane (*Code of Muslim Personal Laws*).

- Le **Porto Rico** avait adopté le *Código Civil* espagnol dans ses grandes lignes (déjà après le transfert du Porto Rico aux Etats-Unis). En 1930, il a été remplacé par une nouvelle codification. Etant donné que le Porto Rico fait partie des Etats-Unis depuis 1898, la Common Law s'est superposée au droit civil dans beaucoup de domaines.

### 3.2. Régime matrimonial légal: Communauté de biens réduite aux acquêts

Dans quasiment tous les pays du Code Napoléon, la **communauté de biens réduite aux acquêts** est le régime matrimonial légal.

- En font exception à cette règle notamment les pays francophones de l'**Afrique** dont la majorité de la population sont musulmans: La séparation de biens a été adoptée comme régime matrimonial légal, notamment sous l'influence du **droit islamique**.
- Dans quelques **Etats du Mexique** et dans différents **Etats de l'Amérique centrale** reposant sur le Code Napoléon, le régime matrimonial légale est la **séparation de biens** (p.e. dans la République du Honduras, au Nicaragua, et au Costa Rica – dans ce dernier cas: séparation de biens et liquidation du patrimoine).
- Alors que les pays européens et africains du Code Napoléon admettent en général des régimes conventionnels, certains **Etats de l'Amérique latine** se basant sur le Code Napoléon **interdisent** toute dérogation au régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts par **contrat de mariage** (p.e. l'Argentine, la Bolivie, le Paraguay).
- D'autres Etats admettent le contrat de mariage stipulant le régime matrimonial **seulement avant la conclusion du mariage**, mais pas après (p.e. Côte d'Ivoire, Philippines) ou seulement suite à une décision judiciaire (p.e. Brésil, Pays-Bas, Portugal).

### 3.3. Loi successorale: Scission de la succession, domicile ou loi nationale

Il n'existe pas de règle uniforme pour la loi successorale applicable:

- En **France**, l'art. 3 C.C. prévoit une **scission de la succession**: Les biens meubles sont rattachés à la loi de l'Etat du dernier **domicile** du de cujus. Par contre, les biens immeubles sont rattachés à la loi de la situa-

<sup>20</sup> Voir Vgl. R. FERNANDINI BARREDA, *Rapport national Pérou*, Notarius International 2003, 6, 21.

<sup>21</sup> Voir J. A. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, *Rapport national Mexique*, Notarius International 2005, 183, 216.

<sup>22</sup> Voir J. FIGUEIREDO FERREIRA/L.C. WEINZENMANN, *Le notariat au Brésil*, Notarius International 2006, 59, 77.

<sup>23</sup> Voir Y. PEPIN/M. LACHANCE, *Rapport national Québec*, Notarius International 2003, 157.

tion des biens. En Europe, suivent ce principe la **Belgique** et le **Luxembourg**, en Afrique **quelques Etats francophones n'étant pas islamiques** et en Amérique latine notamment l'**Argentine** et la **Bolivie**.

- La plupart des autres Etats européens du groupe reposant sur le Code Napoléon retiennent la **loi nationale** du de cuius – également pour les immeubles, p.e. **l'Italie, le Portugal et l'Espagne**; de même en Afrique les pays francophones majoritairement **islamiques**, les pays lusophones ainsi que les anciennes colonies belges.
- La plupart des **Etats de l'Amérique latine** appliquent aux immeubles et aux meubles la loi du **dernier domicile** du de cuius (ainsi notamment le Brésil, le Chili<sup>24</sup>, la Colombie, le Pérou et le Venezuela). Par contre, l'Argentine et la Bolivie prévoient en outre une scission de la succession pour les biens immeubles.
- La plupart des Etats du **Mexique**, le **Panama** et l'**Uruguay** appliquent la **lex rei sitae** aux biens meubles et aux biens immeubles (également le Guatemala pour l'ensemble des biens situés au Guatemala).

### 3.4. Réserve légale et action en réduction

#### 3.4.1 Quotité disponible d'un tiers seulement

Aux termes du Code Napoléon, le droit à la part réservataire constitue un **droit réel à une réserve légale**, c'est à dire la participation à la succession en tant que cohéritier. Cependant, il faut se prévaloir de ce droit par une **action en réduction**.

- La réserve légale s'élève dans la plupart des cas à **deux tiers** de la succession, de sorte qu'il reste une quotité disponible d'un tiers de la succession.
- Les **délais** pour l'action de faire valoir son droit sont très variables: 2 ans aux termes du droit portugais, 10 ans aux termes du droit italien et 30 ans aux termes du droit français dans le passé (depuis 2007: également 10 ans).

En règle générale, le **certificat d'héritier** ou toute autre attestation comparable faisant preuve du droit successoral mentionne la décision de l'héritier de faire valoir son droit s'il existe la possibilité d'une action en réduction et que l'héritier réservataire ne s'est pas encore exprimé au sujet de son droit.

#### 3.4.2. Impossibilité de renoncer à la part successorale ou réservataire

La **renonciation** à la succession ou à la **part réservataire** du vivant du de cuius n'est en général **pas possible** aux termes du Code Napoléon.

### 3.5. Interdiction du testament conjointif et du pacte successoral

La plupart des ordres juridiques du Code Napoléon interdisent le testament conjointif et le pacte successoral. Cependant, ils reconnaissent parfois les pactes successoraux etc. conclus entre étrangers.

Si on n'est pas sûr que le testament conjointif ou le pacte successoral sont reconnus, on peut **en plus rédiger un testament individuel (par précaution)**.

## 4. Famille juridique allemande

### 4.1. Etats faisant partie de cette famille et sous-groupes

Les trois pays germanophones ont promulgué chacun un propre Code. Cependant, ces trois Codes ont les mêmes racines de sorte que je les regroupe tous les trois dans la **famille juridique allemande (ou germanophone)**<sup>25</sup> (parfois, cette famille est également désignée comme famille de l'Europe centrale).

Au sein de la famille allemande, on peut distinguer trois sous-groupes, représentés par les trois codifications principales.:

- La codification la plus ancienne toujours valable au sein de la famille juridique allemande et le **ABGB** (Code Civil général) de l'**Autriche**<sup>26</sup> (1811) qui était applicable dans la partie autrichienne de la monarchie austro-hongroise. Après la chute du communisme, l'influence de la tradition juridique commune se montre de nouveau et plus nettement en Slovaquie, en Tchéquie, mais partiellement également en Hongrie. Le Liechtenstein qui faisait d'abord partie du sous-groupe autrichien, s'est plutôt inspiré des modèles suisses pour les nouvelles lois des dernières décennies.
- Le **BGB** (Code Civil) d'**Allemagne**<sup>27</sup> (1900) a été adopté dans ses grandes lignes par la **Grèce**<sup>28</sup> (1940) et par la République de Chine (en 1929 – la version de l'époque est toujours applicable au **Taiwan** que l'on pourrait alors regrouper – par extension – dans la famille juridique allemande).

<sup>24</sup> Le DIP du Chili – et ceux de l'Equateur, du Honduras et de la Colombie qui le suivent – prévoit deux exceptions: Le droit successoral du Chili (ou de l'Equateur, du Honduras ou de la Colombie) est applicable lorsque le de cuius et son conjoint ainsi que les parents qui sont héritiers sont ressortissants du Chili (de l'Equateur etc.). Dans le cas où seuls les héritiers légaux – et non pas le de cuius – sont ressortissants du Chili (de l'Equateur etc.), les héritiers ont un droit de prélèvement sur les biens successoraux situés au Chili (en Equateur etc.); c'est-à-dire qu'ils reçoivent au moins la part qui leur incomberait si le droit du Chili (de l'Equateur etc.) était applicable). Le droit de prélèvement est également applicable au Salvador et au Nicaragua.

<sup>25</sup> De même ZWEIGERT/H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3<sup>e</sup> éd. 1996.

K. H. NEUMAYER, in: R. DAVID/G. GRASSMANN, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart*, 3<sup>e</sup> éd. allemande 1988, parle du "sous-groupe de l'Europe centrale" au sein de la famille juridique romano-germanique. Il y regroupe également les pays de l'Europe de l'Est et de l'Europe du Sud-Est (à l'exception de la Roumanie) qui font partie du groupe des pays (anciennement) communistes dans ce rapport.

<sup>26</sup> Voir T. ANTENREITER, *Rapport national Autriche*, Notarius International 2002, 119, 148.

<sup>27</sup> Voir C. HERTEL, *Rapport national Allemagne*, Notarius International 2001, 20, 31.

<sup>28</sup> Voir S. MOURATIDOU, *Rapport national Grèce*, Notarius International 2001, 94, 115.

- Le troisième sous-groupe est formé par la **Suisse** et la **Turquie**. La **Turquie** a adopté le Code Civil Suisse (**ZGB**) de 1907/1912 dans ses grandes lignes en 1926. Le droit suisse continue à être adopté en Turquie ce qui se montre p.e. dans le fait que la Turquie, dans la récente modification de son Code Civil, s'est inspirée par la législation suisse qui avait réformé le régime matrimonial (la participation aux acquêts).

#### 4.2. Rattachement du régime matrimonial à la loi nationale commune

La plupart des Etats de la famille allemande rattachent la loi applicable au régime matrimonial d'abord à la **loi nationale commune** des conjoints selon l'échelon de rattachement de KEGEL, à défaut à la loi de l'Etat du domicile commun (les deux rattachements s'effectuent au moment de la conclusion du mariage).

Seulement la **Suisse** procède inversement. En Suisse, le rattachement s'effectue d'abord au **domicile commun** des époux du moment, à défaut à la loi nationale commune.

#### 4.3. Séparation de biens et droit légal à la péréquation

Dans tous les Etats, le régime matrimonial légal est une forme de séparation de biens qui garantit un **droit légal à la péréquation** – même si la désignation de ce régime dans la loi peut tromper:

- En Allemagne, en Autriche<sup>29</sup>, en Grèce et à Taïwan, le régime matrimonial légal et la **participation aux acquêts**: Au moment de la dissolution du régime, chacun a le droit de participer pour la moitié (en Grèce pour un tiers) aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, c'est-à-dire à hauteur de la moitié (d'un tiers) en valeur de l'enrichissement. Ces acquêts nets sont déterminés par la différence entre le patrimoine final (montant possédé à la dissolution) et le patrimoine d'origine.
- Le régime matrimonial légal applicable en Suisse est la **participation aux acquêts** (depuis 1986); en Turquie ce régime s'applique depuis 2002. Il s'agit également d'une sous-forme de la séparation de biens garantissant un droit à la péréquation s'élevant à la moitié de la différence des acquêts. Contrairement à la participation aux acquêts, les augmentations de valeur du patrimoine initial ne font pas l'objet de la péréquation<sup>30</sup>.

#### 4.4. Rattachement de la loi successorale applicable à la loi nationale

La loi successorale applicable est également rattachée à la **loi nationale** dans la plupart des Etats de la famille juridique allemande – **sauf la Suisse** qui prévoit un rattachement au domicile.

#### 4.5. Possibilité de prendre des engagements par pacte successoral

##### 4.5.1. Pacte successoral et testament conjonctif

Les dispositions pour cause de mort dans lesquelles le de cujus assume un engagement n'existe quasiment que dans la famille juridique allemande – mais il existe des

ordres juridiques au sein de cette famille qui accordent ce droit seulement dans une mesure restreinte:

- Le droit allemand admet le pacte successoral (entre toute sorte de personnes) et le testament conjonctif (seulement entre époux). Les parties sont liées au pacte successoral; les testament conjonctif peut être révoqué uniquement du vivant de l'autre testateur.
- En Suisse et en Turquie, il n'existe que les pactes successoraux Le testament conjonctif n'est pas réglé dans ces pays.
- L'Autriche admet le pacte successoral, mais seulement entre époux. En plus, les époux ne peuvent disposer que de trois quarts du patrimoine (le "quart disponible" ne doit pas faire l'objet de dispositions) et seulement en faveur de l'autre époux (pas en faveur de tiers et même pas en faveur des enfants communs). Les testaments conjonctifs sont admissibles comme forme testamentaire, mais il peuvent être révoqués unilatéralement à tout moment.
- La Grèce interdit le pacte successoral ainsi que le testament conjonctif. Il en va de même pour le Taïwan.

#### 4.5.2. Renonciation à la part successorale et à la part réservataire

De même, la plupart des Etats de la famille juridique allemande admettent la renonciation à la part successorale ou réservataire du vivant du de cujus – avec de nouveau la seule **exception du droit en Grèce** (qui montre clairement l'influence du Code Napoléon) et à Taïwan.

### 5. Etats (anciennement) communistes

#### 5.1. Etats faisant partie de ce groupe et sous-groupes

Un autre groupe délimité clairement des autres groupes au moins avant 1990 se constitue des ordres juridiques communistes ou socialistes<sup>31</sup>. Pour la plupart de ces Etats (**anciennement ou encore**) **sous un régime communiste**, il est important de les regrouper dans une propre famille juridique également après l'introduction de l'économie de marché et de la démocratie – au moins jusqu'à plus ample informé<sup>32</sup>. Car un grand nombre des caractéristiques communes du droit de ces pays ne peuvent être comprises qu'à la lumière des presque 50 ans de règne communiste, au moins si on veut distinguer des propres sous-groupes au sein de la *Civil Law*.

<sup>29</sup> Il est vrai que le ABGB utilise la notion de "séparation de biens" (art. 1387 ABGB). Cependant, depuis 1978, les art. 81 ss. EheG (loi sur le mariage) prévoient une division en "*eheliches Gebrauchsvermögen*" (patrimoine utilisé durant le mariage) et "*eheliche Ersparnisse*" (épargnes durant le mariage): il en résulte, en fin de compte, une péréquation des acquêts.

<sup>30</sup> Il s'agit de l'augmentation réelle de la valeur, p.e. de la valeur d'un immeuble ou d'actions. Les augmentations de valeur nominales dues à l'inflation ne font partie des acquêts dans aucun des ordres juridiques.

<sup>31</sup> Ainsi p.e. DAVID/GRASSMANN ou l'*International Encyclopedia of Comparative Law*.

<sup>32</sup> Autrement l'UNIVERSITE OTTAWA, [www.juriglobe.ca](http://www.juriglobe.ca). ZWEIGERT/KÖTZ ne traitent pas du tout les Etats (anciennement) communistes, GLENN seulement marginalement.

Les Etats (anciennement) communistes peuvent être divisés en **trois sous-groupes**:

- En **Russie** et dans les autres **Etats de la CEI**, le droit de la famille, le droit des successions et les règles de DIP y relatives sont, en règle générale, régis par des dispositions similaires quant au fond. Ces dispositions remontent parfois à l'époque soviétique ou se basent au moins sur les règles de cette époque.
- Les autres **Etats de l'Europe de l'Est**<sup>33</sup> (y compris les Etats baltes) se différencient des Etats de la CEI notamment en matière de DIP, tendanciellement également par une plus large liberté contractuelle en matière de droit matrimonial et de droit des successions. Un grand nombre de pays fondent leur réformes sur le droit de l'époque avant la guerre. Dans quelques décennies, on pourra donc éventuellement les regrouper parmi les systèmes juridiques de tradition romano-germanique (notamment parmi les systèmes de la famille juridique du Code Napoléon ou parmi ceux de la famille allemande).
- Le troisième groupe est formé par les **Etats de l'Asie de l'Est et de l'Asie du Sud-Est**. Le droit civil de la **République populaire de Chine**<sup>34</sup> se différencie depuis toujours nettement du droit soviétique, alors que le (ancien) droit civil de la Mongolie<sup>35</sup> ou du Viêt Nam suivent le modèle de l'Union Soviétique.
- **Cuba** représente un cas particulier étant le seul Etat latino-américain dans la famille juridique communiste (constituant actuellement encore une famille juridique). Les règles matérielles du droit matrimonial et du droit des successions à Cuba s'assimilent à celles de l'ancienne Union Soviétique, alors que le DIP est fondé sur la tradition latino-américaine.

## 5.2. Rattachement du régime matrimonial

En matière de DIP, les Etats de la CEI et les autres Etats de l'Europe de l'Est se distinguent nettement. Car, en matière de régime matrimonial et de droit des successions, les **Etats de la CEI** préfèrent un rattachement à la **loi du domicile du moment** alors que les Etats de l'Europe de l'Est rattachent ces questions à la loi nationale.

- Le régime matrimonial est rattaché au **domicile commun des époux du moment** dans les **Etats de la CEI**.
- La plupart des **ordres juridiques de l'Europe de l'Est** prévoient un rattachement "échelonné": Le rattachement se fait d'abord à la **loi nationale commune** des époux; à défaut, (c'est-à-dire dans le cas d'époux de nationalités différentes) à la loi du domicile commun et subsidiairement (en général) à la loi à laquelle les époux sont autrement le plus fortement liés. En règle générale, le rattachement est **mobile**, cela veut dire que la loi applicable au régime matrimonial change au moment où les époux changent de domicile (dans le cas d'époux de nationalités différentes) – à cet égard, le droit des ordres juridiques de l'Europe de l'Est s'assimile à celui de la CEI – ou, le cas échéant, si l'un des époux change de nationalité.

## 5.3. Communauté de biens réduite aux acquêts en tant que régime matrimonial légal

La **communauté de biens réduite aux acquêts** est le régime matrimonial dans tous les Etats (anciennement) communistes – à cet égard, leurs systèmes juridiques ressemblent à ceux du Code Napoléon. Pour cette raison, la communauté de biens réduite aux acquêts constitue de loi le régime matrimonial légal de la plupart des pays dans le monde.

Cependant, la **liberté de contracter par contrat de mariage** n'est **pas aussi large** que dans la plupart des pays du Code Napoléon. Un grand nombre d'Etats (anciennement communistes) n'admettent ni le choix d'un régime conventionnel, ni la modification du régime matrimonial légal.

## 5.4. Loi successorale applicable: Scission de la succession en Russie et dans la CEI – loi nationale en Europe de l'Est

Le rattachement de la loi successorale applicable lui-même est réglé différemment dans les Etats de la CEI et dans les autres Etats de l'Europe de l'Est.:

- En Russie et dans les autres **Etats de la CEI**, on assiste à une **scission de la succession** (comme c'est p.e. également le cas en Belgique ou en France): La dévolution successorale des biens meubles est régie par la loi du dernier domicile du de cujus, celle des biens immeubles par la *lex rei sitae*. Il en va de même en Asie de l'Est pour la Chine, la Mongolie, le Cambodge et le Viêt Nam.
- Dans la plupart des **ordres juridiques de l'Europe de l'Est** la dévolution successorale des biens meubles et immeubles est par contre rattachée à la **loi nationale** du de cujus<sup>36</sup>.

## 5.5. Liberté de tester limitée

Le droit successoral soviétique était très rigide et a largement limité la liberté de tester. Toutes les systèmes juridiques communistes ont fait pareil. Depuis 1990, différents Etats ont réformé le droit successoral et élargi la possibilité du testateur de créer la situation juridique. Cependant, la **liberté de tester reste toujours largement limitée** dans les Etats (anciennement) communistes.

<sup>33</sup> Voir E. BRANISELJ, *Rapport National Slovénie*, Notarius International 2004, 153, 185.

<sup>34</sup> Voir WANG JIAN, *Le système notarial de Chine*, Notarius International 2003, 149, 153.

<sup>35</sup> Voir DAMBADARJAA YANJIKHORLOO, *Rapport national Mongolie*, Notarius International 2004, 17, 39.

<sup>36</sup> En font exception les Etats baltiques et la Bulgarie. La Bulgarie et la Lituanie prévoient – comme les Etats de la CEI – une scission de la succession: La loi du domicile s'applique aux meubles. En Estonie, la loi du domicile est applicable aux biens meubles et immeubles. En Lettonie la *lex rei sitae* est apparemment applicable aux biens meubles et immeubles.

### 5.5.1. Réserve légale

Dans les Etats (anciennement) communistes, le droit à la part réservataire existe sous forme de **réserve légale**, c'est-à-dire sous forme d'une participation réelle à la succession en tant que cohéritier.

- Dans la plupart des **Etats de l'Europe** de l'Est, l'ayant-droit doit faire valoir son droit à la réserve légale en introduisant une **action en réduction** au cours d'un certain délai<sup>37</sup>.
- En Russie et dans les autres Etats de la CEI ainsi qu'en Chine, la personne ayant droit à une réserve légale devient cohéritier sans devoir se prévaloir de son droit.

**L'insuffisance des moyens d'existence de l'ayant-droit** (donc l'incapacité de pourvoir à ses propres besoins moyennant son travail ou son propre patrimoine) est, dans un grand nombre d'Etats, la condition pour la réserve légale en général ou pour la réserve légale de certaines catégories d'ayants-droits (p.e. des parents du de cujus).

Le **montant** de la réserve légale est variable. Cependant, dans la plupart des cas, les descendants reçoivent au moins la moitié de leur part successorale légale, parfois même beaucoup plus<sup>38</sup>. D'autres Etats, comme p.e. la Chine, ne prévoient pas de quote-part fixe. Ils déterminent la hauteur du droit selon le degré de l'insuffisance des moyens d'existence.

### 5.5.2. Interdiction de la renonciation à la part successorale ou réservataire

En règle générale, les Etats (anciennement) communistes **interdisent** la renonciation à la part successorale ou réservataire du vivant du de cujus. Les héritiers peuvent renoncer à la part réservataire seulement après son décès (ou renoncer à s'en prévaloir durant le délai prévu pour introduire l'action).

### 5.5.3. Interdiction du testament conjonctif et du pacte successoral

Le pacte successoral et le testament conjonctif sont généralement interdits et invalides dans les Etats (anciennement) communistes. En font exception les Etats baltiques et l'Hongrie qui témoignent à cet égard de l'influence du droit germanique (ou leur appartenance à la famille de l'Europe centrale avant la deuxième guerre mondiale).

### 5.5.4. Contenu du testament

Dans la plupart des Etats (anciennement) communistes, la **substitution fidéicommissaire** n'est **pas possible non plus**.

La tendance restrictive du droit civil (anciennement) communiste se montre clairement p.e. en matière de droit successoral tchèque ou slovaque: L'héritier a la possibilité d'instituer les héritiers, mais il ne peut pas prévoir de legs ou d'**exécution testamentaire**. Un grand nombre des autres Etats n'admettent l'exécution que dans le cadre de la liquidation, mais pas dans le cadre de l'administration de la succession.

## 6. D'autres ordres juridiques de la famille romano-germanique, notamment en Asie de l'Est

Quelques pays font partie de la famille juridique romano-germanique, mais ne peuvent pas clairement être regroupés parmi les trois sous-groupes principaux susmentionnés (Code Napoléon, famille allemande, famille des anciens Etats communistes) puisque leur droit se base sur différentes traditions du droit civil.

### 6.1. Asie de l'Est

Il en va ainsi notamment pour les Etats non-communistes en Asie de l'Est et en Asie du Sud-Est:

- Le **Japon**<sup>39</sup> s'est p.e. inspiré d'un côté du droit français, de l'autre du droit allemand. Car, au moment où le Japon a codifié son droit en 1900, il existait un Code moderne faisant concurrence: le Code Civil allemand (BGB – Bürgerliches Gesetzbuch). Les Etats de l'Asie de l'Est pouvaient alors se servir des deux sources principales de la famille romano-germanique.
- L'attrait du BGB allemand vers 1900 se reflète également dans l'adoption de la plupart des articles du BGB par la **Chine** en 1929. A **Taiwan**, ce Code est toujours applicable (dans une version modifiée).
- Le droit japonais a de son côté – ensemble avec le droit allemand – exercé une influence sur les systèmes juridiques de la **Corée** (Corée du Sud) et de la **Thaïlande**.
- Les systèmes juridiques de l'Indonésie et des Philippines sont plus influencés par le **Code Napoléon**. Dans ce rapport, ils font donc partie de la famille juridique du Code Napoléon au sens large du terme. En **Indonésie**, le législateur du Code Civil de 1847 a adopté le Code Civil néerlandais de 1838; même le droit islamique joue un rôle crucial. Le Código Civil espagnol a été introduit aux **Philippines** en 1889; depuis l'époque coloniale américaine, le droit des Philippines a également été influencé par la Common Law.

### 6.2. Afrique

En Afrique, l'**Ethiopie** et l'**Erythrée** ne peuvent pas être classés dans un sous-groupe juridique spécial de la famille juridique romano-germanique. Le Code Civil de l'Ethiopie de 1960 a été influencé dans une large mesure non seulement par le Code Civil français, mais également par le Code Civil Suisse.

<sup>37</sup> Cependant, on peut prétendre à la réserve légale sans l'obligation d'introduire une action en Bulgarie, Lituanie, en Slovaquie et dans la République tchèque.

<sup>38</sup> Ainsi, la réserve légale peut s'élever jusqu'à 5/6 de la succession en Bulgarie, lorsque le de cujus laisse un conjoint et trois enfants ou plus (art. 29 loi successorale). En Slovaquie et en Tchéquie, la réserve légale peut même s'élever à 100% de la succession, lorsque le de cujus laisse seulement des enfants mineurs mais pas de conjoint. (art. 479 C.C.).

<sup>39</sup> voir. K. YAMAMOTO, *Rapport national Japon*, Notarius International 2003, 37, 52.

### 6.3. Pays-Bas

Les Pays-Bas<sup>40</sup> eux non plus ne peuvent pas être classés dans la famille juridique du Code Napoléon à laquelle appartenait encore le Code Civil de 1838.

## 7. Système juridique nordique

### 7.1. Position intermédiaire entre la Common Law et la Civil Law

Les **pays nordiques**<sup>41</sup> sont souvent qualifiés seulement de sous-groupe au sein de la famille juridique romano-germanique<sup>42</sup>, car ils ont plus de caractéristiques en commun avec les systèmes basant sur le Code Napoléon qu'avec ceux de la Common Law. Le droit de ces pays est codifié, même si ce n'est pas sous forme d'un vaste Code Civil<sup>43</sup>.

Pour ma part, je les classerais plutôt comme un propre groupe en dehors de la famille romano-germanique<sup>44</sup>, car ils n'ont pas adopté le droit romain – contrairement à la famille juridique du Code Napoléon et à la famille juridique allemande et les droits de l'Europe de l'Est et de l'Asie de l'Est influencés par ces dernières. Ainsi est-il que les pays nordiques forment un propre groupe juridique avec des caractéristiques propres.

### 7.2. Etats faisant partie de ce groupe et sous-groupes

Font partie du groupe nordique le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède.

L'homogénéité au sein de ce groupe juridique repose également sur les **multiples accords entre les pays nordiques**<sup>45</sup> qui s'expriment tant dans les traités conclus entre ces Etats que dans les législations parallèles<sup>46</sup>.

On peut tout de même distinguer **deux sous-groupes** – reposant sur l'unité étatique au cours de certaines époques historiques:

- d'un côté le **Danemark**, la Norvège et l'Islande,
- et de l'autre la **Suède** et la Finlande.

### 7.3. Régime matrimonial rattaché au domicile

Dans les pays nordiques, le régime matrimonial est rattaché au **domicile** des conjoints directement après la conclusion du mariage (au Danemark et en Islande au domicile du mari au moment de la conclusion du mariage).

### 7.4. Communauté de biens différée

Dans les pays nordiques, le régime matrimonial légal est la "**communauté de biens différée**", une séparation de biens durant le mariage avec des effets de la communauté de biens au moment de la dissolution du mariage:

- Durant le mariage, **les biens** des époux sont **séparés**. Chaque époux peut disposer seul de son patrimoine. Seulement les dispositions du logement conjugal (ou parfois également d'autres immeubles) requièrent le consentement de l'autre époux.
- Les biens forment une masse commune (biens communs) seulement au moment de la **dissolution** du régime matrimonial (suite au divorce ou au décès de l'un des époux); il y a alors lieu d'une péréquation des biens.

- Fait en général l'objet de la péréquation également le patrimoine **existant déjà au moment de la conclusion du mariage** ainsi que le **patrimoine acquis par donation ou pour cause de mort** durant le mariage. (A cet égard, ce régime est comparable à la communauté de biens, mais également à la péréquation réalisée par le tribunal aux termes de la Common Law), pourvu que, au moment de la donation, ce patrimoine ne soit pas expressément exclu des biens communs ou que les époux n'aient pas disposé autrement dans un contrat de mariage<sup>47</sup>.

Le régime matrimonial légal des **Pays-Bas** est comparable à la communauté de biens différée.

Etant donnée que la communauté de biens différée comporte des éléments de la séparation de biens et de la communauté de biens – un fait très particulier – les questions de savoir quels effets cette communauté produit sur le patrimoine et comment un conjoint vivant sous ce régime doit être inscrit en tant que propriétaire dans le **livre foncier** sont très controversées.

### 7.5. Loi successorale applicable

Les deux sous-groupes de la famille nordiques prévoient un rattachement différent pour déterminer la loi successorale applicable:

- Le Danemark et la Norvège rattachent la loi successorale au dernier domicile du de cujus,
- la Suède à sa nationalité.
- En Finlande, est applicable la loi du domicile pourvu que ce domicile existe déjà depuis au moins cinq ans; à défaut, est applicable la loi nationale du de cujus.

### 7.6. Dévolution successorale légale et réserve légale

#### 7.6.1. Droit d'utilisation global du conjoint survivant

Dans les pays nordiques, le **conjoint survivant** a, dans un premier temps, le droit d'utiliser l'ensemble de la succession.

<sup>40</sup> Voir paragraphe 3.1.2.

<sup>41</sup> La notion de "nordique" est plus précise que celle de "scandinave", car la famille juridique englobe, outre la Norvège et la Suède, également le Danemark, la Finlande et l'Islande.

<sup>42</sup> Ainsi p.e. DAVID/GRASSMANN.

<sup>43</sup> Certes, aux 17<sup>e</sup> et 18<sup>e</sup> siècles, il existait des Codes plus globaux (au Danemark en 1683 le *Danske Lov*, en Norvège en 1687 das *Norske Lov*, en Suède en 1734 le *Sveriges Rikes Lag*). Cependant, ces Codes ne jouent quasiment plus aucun rôle de nos jours. Il continuent à s'appliquer formellement, mais leurs dispositions ont été remplacées par d'autres dispositions plus nouvelles.

<sup>44</sup> Ainsi p.e. ZWEIFERT/KÖTZ.

<sup>45</sup> Ainsi p.e. la Convention nordique en matière de droit de la famille du 6 février 1931 et la Convention nordique en matière de successions du 19 novembre 1934.

<sup>46</sup> Le droit matrimonial et successoral applicable repose p.e. sur une codification harmonisée des années 1920. Les règles dans les différents pays nordiques sont donc quasiment identiques quant au fond.

<sup>47</sup> En Norvège, le patrimoine initial ainsi que les biens acquis par donation ou pour cause de mort sont exclus de la péréquation en cas de divorce. Cependant, ce patrimoine fait l'objet de la péréquation en cas de décès.

- En **Suède**, le conjoint devient héritier unique. Cependant, les descendants ont un “droit à la succession différé”. (Le nouveau droit successoral des Pays-Bas prévoit des dispositions comparables.)
- Dans les autres pays nordiques, le conjoint survivant peut opter pour la **continuation de la communauté de biens**. Il conserve alors le droit d'utiliser la succession – et, dans une large mesure, d'en disposer.

### 7.6.2. Réserve légale limitée à un montant maximal

Dans les pays nordiques, le droit à la part réservataire existe sous forme d'une **réserve légale**. En règle générale, elle s'élève à la moitié de la part successorale légale – mais elle est limitée à un **montant maximal**. Est admissible la renonciation à la part successorale et à la part réservataire, mais parfois seulement contre une contre-prestation adéquate<sup>48</sup>.

### 7.7. Testament par devant deux témoins et contrat de tester

Dans les pays nordiques, la forme ordinaire de testaments est le **testament** (sous seing privé) **par devant deux témoins**. A cet égard, le droit nordique est comparable à la Common Law.

Comme la Common Law, le Danemark et la Norvège ont réglé le **contrat de tester** (c'est-à-dire l'engagement contractuel de rédiger ou de ne pas rédiger un testament d'un certain contenu). Comme le droit allemand, ils connaissent le testament conjonctif de deux conjoints. Ce testament ne peut pas être révoqué après le décès de l'un des époux.

La Suède et la Finlande connaissent le testament conjonctif, mais celui-ci ne produit pas d'effets obligatoires.

### 7.8. Part réservataire en tant que réserve légale

Les Etats nordiques, comme les Etats de la famille romano-germanique garantissent une part réservataire aux parents proches – même une **réserve légale** (parfois les ayants-droits sont obligés d'intenter une action en réduction). Cependant, la part réservataire est **limitée à un certain montant maximal**, ce qui l'assimile à une pension alimentaire (à cet égard, les règles ressemblent à celles de la Common Law).

Est possible la renonciation à la part successorale et réservataire du vivant du de cujus (comme c'est le cas dans les systèmes juridiques de la famille germanique).

## 8. Famille de droit islamique

### 8.1. En général

#### 8.1.1. Pourquoi ne considère-t-on que le droit islamique parmi les droits religieux?

Les **droits religieux** font exception à la dichotomie Common Law – Civil Law. Pour cette raison, quelques rapports de droit comparé les considèrent comme le groupe des droits religieux, d'autres traitent chacun de ces droits en spécifiant les caractéristiques propres<sup>49</sup>.

Cela est raisonnable si on s'intéresse à la base philosophique du droit. Mais cela ne permet pas de gagner des connaissances utiles pour l'application d'un droit étranger. **Du point de vue de la pratique**, le droit religieux nous intéresse seulement si les Etats reconnaissent son application. Dans ce cas, il peut jouer un rôle concret.

- Eu égard à nos objectifs, nous nous limitons ici à la présentation du **droit islamique** puisqu'il forme une propre famille juridique englobant un grand nombre d'Etats.
- S'applique également (en matière de droit de la famille et de droit des successions) le **droit hindou** (en Inde, parfois également aux hindous en Asie du Sud et en Asie du Sud-Est) ainsi que le **droit juif** (aux juifs en Israël et dans les pays de la famille islamique). Pour le reste, le droit en Inde ou en Israël – dans le droit de mariage – n'est pas imprégné par le droit religieux. Ces droits religieux ne forment pas non plus une propre famille juridique.

### 8.1.2. Etats faisant partie de la famille islamique et délimitations

Je compte parmi le groupe islamique tous les Etats du Proche et du Moyen Orient, à commencer par le **Maroc**<sup>50</sup> **jusqu'en Afghanistan**, c'est-à-dire tous les Etats arabes, y compris l'Iran et l'Afghanistan.

**Je ne compte pas** parmi ce groupe les Etats, dans lesquels le droit islamique n'exerce une influence que sur le droit de la famille et le droit des successions et qui, pour le reste, suivent les principes de la Common Law ou du droit romano-germanique:

- Les **Etats majoritairement musulmans en Asie du Sud et en Asie du Sud-Est (Pakistan, Bangladesh et Malaisie)** unissent des éléments de la Common Law avec des éléments du droit islamique. A mon avis, ils forment un propre sous-groupe au sein de la Common Law, car cette dernière est prédominante: La Common Law ne régit pas seulement le droit des contrats et le DIP, mais également beaucoup d'éléments du droit matériel de la famille et des successions.
- **L'Indonésie** fait partie de la famille romano-germanique et ressemble le plus aux systèmes juridiques ayant adopté le Code Napoléon (notamment en raison de l'adoption d'un grand nombre de règles du Code Civil néerlandais en 1847).
- On peut constater l'influence islamique également dans différents Etats de **l'Afrique noire** (en matière de droit de la famille et de droit des successions). Cela explique p.e. pourquoi le droit civil de quelques Etats francophones de l'Afrique de l'Ouest, reposant

<sup>48</sup> Ainsi en Finlande.

<sup>49</sup> P. GLENN, *Legal Traditions of the World*, 2000, examine p.e. différentes traditions juridiques, à savoir la tradition juridique (1) du droit coutumier, (2) du Talmud (judaïsme), (3) de la *Civil Law*, (4) de l'Islamisme, (5) de la *Common Law*, (6) de l'Hindouisme, (7) de l'Asie. A son avis, ces traditions juridiques reposent, en fin de compte, sur une philosophie (juridique) particulière.

<sup>50</sup> voir H. SEFRIOUL, *Rapport national Maroc*, Notarius International 2005, 33.

sur le Code Napoléon, prévoit la **séparation de biens islamique** et non pas la communauté de biens réduite aux acquêts en tant que régime matrimonial légal.

- Les **Etats de la CEI en Asie centrale**, qui sont majoritairement islamiques, font partie de la famille des pays (anciennement) communistes. Le droit islamique ne joue (quasiment) aucun rôle dans ces pays.

### 8.1.3. Sous-groupes

Le droit de la famille et des successions islamique a pour seule base le **Coran**, même s'il a été codifié dans la plupart des Etats. Cela explique pourquoi le droit de la famille et des successions est largement identique dans les différents Etats du groupe islamique.

Cependant, la conception de la religion varie d'un Etat à l'autre:

- **Les sunnites et les chiïtes** ont quelques conceptions différentes en matière de droit de la famille et de droit des successions.
- Historiquement, on peut distinguer quatre **écoles juridiques** différentes au sein de la sunna (**hanéfite, malékite, chaféite et hanbalite**); l'une ou l'autre est prédominante dans chacun des pays.

D'autres différences sont dues aux **codifications**. La codification permettait les **réformes voulues** et des modifications du droit traditionnel. Dans un grand nombre de pays, la polygamie a été limitée, le divorce par répudiation limité et la situation juridique de la femme amélioré dans certains points.

Le droit des contrats et le DIP des Etats musulmans repose notamment sur le **Code Civil égyptien de 1948**, conçu avant tout par AL-SANHURI (qui s'était de son côté largement inspiré du Code Napoléon).

- Le Code Civil égyptien de 1948 était, de son côté, la base principale de nouvelles codifications dans beaucoup d'Etats (avant tout) arabes, p.e. pour les Codes Civils de l'**Iraq** (1951), de la Libye (1953), du Qatar (1971 – entre-temps remplacé par une nouvelle codification de l'année 2004), du Soudan (1971), de la Somalie (1973), de l'**Algérie** (1975), de la Jordanie (1976) et du Koweït (1980).
- Le Code Napoléon a également largement influencé le droit dans les Etats du **Maghreb**: L'Algérie a adopté le Code Civil français en 1834 (en 1975: nouvelle codification sur la base du modèle égyptien). La **Tunisie** (1906) et le **Maroc** (1913) ont adopté, dans ses grandes lignes, le droit des contrats français en rédigeant les *Codes des obligations* (le droit de la famille et le droit des successions religieux ont été codifiés postérieurement).

## 8.2. Scission en matière de droit de la famille et des successions selon la confession

Les systèmes juridiques du groupe islamique appliquent le droit de la famille et des successions religieux. Cela veut dire le droit applicable dépend de la **religion**: Est applicable soit le droit musulman, soit le droit de la confession chrétienne concernée soit le droit juif<sup>51</sup>.

Une telle scission du droit selon la religion se trouve de nos jours notamment dans les pays de la Common Law de l'Asie du Sud et de l'Asie du Sud-Est ainsi qu'en Afrique de l'Est; de même en Israël en matière de droit du mariage.

Si les intéressés à un acte proviennent de ces pays, il faut alors connaître leur religion pour déterminer la loi applicable en matière de régime matrimonial ou de droit successoral (outre leur nationalité et, le cas échéant, leur domicile ou résidence habituelle).

## 8.3. Rattachement du régime matrimonial à la loi nationale du mari

Les Etats islamiques rattachent le régime matrimonial généralement à la **loi nationale du mari**.

Cependant, un grand nombre de pays appliquent leur droit national lorsque seulement l'un des époux est ressortissant du pays en question<sup>52</sup>. (Cela veut p.e. dire que les tribunaux égyptiens ou syriens appliquent le droit égyptien ou syrien lorsque la seule épouse est ressortissante de l'Egypte ou de la Syrie).

## 8.4. Séparation de biens comme régime matrimonial légal

Le régime matrimonial légale dans les Etats islamique est la **séparation de biens** (complète). Au moment de la dissolution du mariage, le patrimoine n'est pas divisé entre les époux. La femme peut seulement prétendre à la **dot** (*mahr*).

La stipulation de la dot est très souvent la condition indispensable de la conclusion du mariage. A défaut, le mariage est nul. Les époux stipulent souvent que la moitié de la dot doit être acquittée au moment de la conclusion du mariage, l'autre moitié en cas de divorce.

De même, la femme n'a un droit à une **pension alimentaire** seulement durant la **période de viduité** (*idda*) correspondant à trois périodes de menstruation. Pendant ce délai, la femme n'a pas le droit de conclure un autre mariage.

## 8.5. Rattachement de la loi successorale à la nationalité ou à la religion

Les Etats islamiques rattachent la loi successorale généralement à la **loi nationale du de cujus**. Cependant, ils appliquent parfois la loi successorale islamique aux de cujus islamiques – indépendamment de la nationalité et du domicile.

## 8.6. Droit successoral matériel

### 8.6.1. Dévolution successorale légale

De nos jours, la dévolution successorale légale est réglée dans la plupart des Etats. Cependant, elle repose sur le droit successoral islamique. Différentes dispositions se trouvent déjà dans le Coran. La doctrine islamique a, au fur et à mesure du temps, conçu tout un sys-

<sup>51</sup> voir H. SEFRIQUI, *Rapport national Maroc*, Notarius International 2005, 33, 38.

<sup>52</sup> Notamment Afghanistan, Algérie, Egypte, Iraq, Jordanie, Syrie.

tème. Pour cette raison, le droit successoral est largement comparable dans les différents Etats.

Le droit islamique distingue **au moins deux types d'héritiers légaux**<sup>53</sup>:

- Les héritiers **ayant droit à une part fixe de la succession** (*héritiers à fardh*) (cette part peut pourtant varier en fonction du nombre et de la qualité des héritiers venant en concurrence).
- Les **héritiers aceb** qui ont droit au reste de la succession déduction faite des parts des héritiers à fardh. (Il s'agit de parents en ligne masculine du de cujus; ils sont également désignés comme "héritiers agnats")
- Quelques héritiers peuvent être des héritiers à fardh ou des héritiers aceb (ou même avoir les deux qualités en même temps). Les filles sont p.e. des héritiers à fardh si le de cujus ne laisse pas de fils; elles sont des héritiers aceb si elles viennent en concurrence avec les fils du de cujus.
- Parfois, on distingue comme un propre groupe d'héritiers également les **héritiers substitués**, c'est-à-dire des parents en ligne féminine qui sont appelés à la succession à défaut d'héritiers à fardh ou d'héritiers aceb.

D'autres particularités du droit successoral islamique:

- **Les ascendants et les frères et soeurs** du de cujus héritent même si le de cujus laisse des descendants. Le père et la mère du de cujus, en tant qu'héritiers à fardh, héritent p.e. chacun 1/6 s'ils viennent en concurrence avec les enfants.
- Il n'y a **pas de représentation** des héritiers prédécédés par les descendants.
- Les **héritiers féminins** reçoivent en général **seulement la moitié** de ce qui reçoit un héritier masculin du même degré de parenté. Les filles héritent donc la moitié de la part des fils etc.<sup>54</sup>.

- **La différence de la religion** constitue un empêchement à la succession. Parfois, les musulmans peuvent hériter de personnes non-musulmans, mais pas inversement. Parfois, les musulmans ne peuvent pas non plus hériter des non-musulmans<sup>55</sup>.

Pour la constatation de la dévolution successorale aux termes d'un droit islamique, il faut vérifier si les frères et soeurs et les ascendants du de cujus sont encore vivants. Par ailleurs, il faut connaître leur confession.

### 8.6.2. Quotité disponible d'un tiers

Pour la rédaction des testaments, il est important de savoir que, aux termes du droit musulman, le de cujus ne peut disposer librement que d'un tiers de la succession. **Deux tiers** de la succession sont obligatoirement soumis à la **dévolution successorale légale**. Si les dispositions excèdent la quotité disponible d'un tiers, elles sont invalides.

Toutefois, les héritiers légaux peuvent **consentir** aux dispositions du de cujus excédant le tiers.

- Selon l'opinion sunnite, cette renonciation ne peut être déclarée qu'après l'ouverture de la succession.
- Selon l'opinion chiite, (et aux termes p.e. du droit irakien), les héritiers peuvent y consentir déjà du vivant du de cujus.

53 Voir p.e. les exemples chez: H. SEFRIQUI, *Rapport national Maroc*, Notarius International 2005, 33, 40 ss.

54 S'il faut appliquer le droit successoral musulman dans les pays de l'Ouest (en cas d'un lien avec ces pays), ce principe est considéré comme contraire à l'ordre public: La part de la femme est alors augmentée.

55 Dans les pays de l'Ouest, ces règles sont en général également considérées comme contraires à l'ordre public. Si le cas en question présente un lien avec un pays de l'Ouest, elles ne sont donc en général pas respectées.