

LA SITUATION DU DROIT COMPARE ET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE EN ALLEMAGNE FEDERALE (*)

Professeur Dr. Murad FERID

A l'ouverture de l'Assemblée Générale annuelle, selon la tradition, un membre de la section d'accueil doit faire un rapport sur une question qui présente un certain intérêt général. C'est pourquoi vous devez supporter maintenant cet exposé sur

la situation du Droit comparé et du Droit
International Privé en Allemagne Fédérale.

Il n'est point agréable de devoir proclamer une vérité trop évidente, une vérité pénible cependant, dont on ne parle presque jamais ouvertement dans ce pays, une vérité qui est à la fois inquiétante et paradoxale.

Car il est vraiment paradoxal et inquiétant qu'à l'époque de l'interpénétration sans cesse croissante des relations internationales économiques et personnelles, le Droit Comparé ainsi que le Droit International Privé soient négligés dans ce pays

par le législateur
par la jurisprudence
et dans la formation juridique.

Tout en faisant cette constatation alarmante mais irréfutable, je dois me restreindre à esquisser une vue d'ensemble puisqu'il est

(*) Procès-verbal de la réunion de l'Assemblée Générale de la **Commission Internationale de L'Etat Civil (CIEC)** tenue à Munich du 2 au 6 septembre 1980. Séance d'Ouverture.

impossible de déployer dans ce bref rapport toute la documentation, basée entre autre sur plus de cinq mille dossiers judiciaires qui me furent soumis pendant une trentaine d'années en ma qualité de directeur de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Munich qui, en toute modestie, a pendant plus d'un quart de siècle dû porter le fardeau principal de l'application du droit étranger en Bavière.

AI 1) Si tout d'abord nous examinons la législation, nous pouvons nous demander, si notre législateur a compris qu'aujourd'hui on ne peut plus légiférer comme à l'époque d'une isolation nationale. Car aujourd'hui le Droit Comparé impose au législateur deux devoirs principaux:

- a) avant toute réforme en matière de droit privé, il est indispensable de dresser un inventaire comparé des solutions du problème en question offertes par les principales législations présentant de l'intérêt. Pour un tel inventaire comparé il ne suffit pas de faire venir des expertises pour enrichir le dossier. Il faut encore se familiariser avec les droits en question et, le cas échéant, se mettre encore en contact avec les organes législatifs nationaux des pays dont les solutions paraissent les plus importantes. Le temps et la peine investis seront plus que récompensés par un enrichissement du stock des solutions et des arguments.
- b) L'autre devoir pour le législateur, qui découle de la méthode comparative, exige qu'une nouvelle règle de droit, même destinée à priori à l'usage purement interne, doit être également praticable sur le plan international.

2) A une analyse sous l'angle comparatif indiqué, se prêtent en République Fédérale surtout les actes législatifs réformateurs.

a. la première des grandes réformes en matière de droit privé a été la loi de 1957 qui a profondément réformé les régimes matrimoniaux. A cette époque, en 1957, il était déjà bien connu dans les milieux informés que presque partout en Europe on était en train de refaire les effets patrimoniaux du mariage.

C'était aussi le temps où le monde juridique retentissait des exhortations aux législateurs d'utiliser la méthode comparative,

émises par les représentants les plus célèbres du droit comparé - je ne mentionnerai que René David, Arminjon, le Baron Nolde, Martin Wolff, Ernst Rabel, ainsi que le regretté Max Rheinstein.

Mais nos architectes de la réforme des régimes matrimoniaux ne furent point touchés par tout ce mouvement de portée mondiale. Si par hasard leur regard se dirigeait au delà des frontières, leur attention était attirée seulement par les solutions, sans doute très instructives et intéressantes des pays scandinaves et de la Suisse. C'était plutôt pour faire l'apparence d'un tour d'horizon que l'on a aussi mentionné la législation de certains états-membres des Etats-Unis, mais toujours en puisant les informations de sources secondaires. Loin d'établir un inventaire comparé systématique, on a fait du droit comparé purement occasionnel. La meilleure preuve en est l'omission totale de la famille latino-romaine du droit. On n'a même pas pris connaissance du fait bien connu qu'en France, par exemple, on avait déjà lutté depuis plus d'une trentaine d'années pour une réforme des régimes matrimoniaux. La raison de cette omission totale des droits latino-romains était très banale: loin d'une intention mauvaise, il existait une barrière de langues. Il manquait évidemment et tout simplement la connaissance surtout de la langue française dans les milieux ministériels et dans les organismes législatifs. Cela nous rappelle qu'à une certaine époque du droit romain il s'est formé l'adage: *Graeca non leguntur*. Adaptons cet adage à notre époque avec une petite modification: *Gallica non leguntur*. Si l'on se rappelle qu'ensuite presque tous les pays voisins de l'Allemagne ont réformé leurs droits concernant les régimes matrimoniaux, on comprendra aisément quelle grande chance a été manquée d'apporter l'unification ou au moins l'harmonisation dans cette matière tellement importante.

b. C'est à titre d'exemple que nous avons choisi pour notre analyse la réforme des régimes matrimoniaux de 1957. Mais la situation pour les deux autres grandes réformes est à peu près la même. Il s'agit de la réforme de la filiation naturelle de 1969 et du remaniement du divorce en 1976.

C'est justement pour cette dernière que l'on n'a pas pris suffisamment en considération la réforme française de 1975 dont on a formulé le bon mot du divorce à la carte à cause de ses solutions va-

riées. Mais justement en matière de divorce un plat unique ne semble pas opportun. Je ne crois pas trop généraliser quand je dis que le législateur fédéral, en matière de droit privé, ne se sert pas suffisamment de la méthode comparative. On a même parfois l'impression que, dans certains des organismes qui devraient s'en occuper, on ne comprend bien ni les possibilités ni les frontières de la méthode comparative. Il m'est par exemple arrivé, il ya quelques années, qu'au nom de la commission juridique du Parlement Fédéral on ait demandé, avec un délai de quinze jours, une explication des différences entre les droits d'obligation allemand et français. Cela aurait été du pur journalisme.

c. On est désolé de constater qu'une telle méthode de travail est très répandue en matière de droit civil: en 1976 par exemple fut introduite une loi sur les contrats d'adhésion. Si l'on examine avec attention les travaux préparatoires de cette loi, on verra qu'on n'a pas attribué assez d'attention au célèbre article 1341 du Code Civil italien, qui est la première disposition codifiée à régler le problème. De même, les efforts remontant à Raymond Saleilles, faits par la jurisprudence et la doctrine françaises pour trouver des solutions raisonnables au problème, ne jouent pas un grand rôle dans les procès-verbaux. Ceci est d'autant plus étonnant que le travail-pilote de Ludwig Raiser en 1935, qui a ouvert la discussion sur les contrats d'adhésion, était une oeuvre magistrale aussi d'un point de vue comparatif.

3. On doit ajouter que le législateur fédéral néglige aussi le second devoir imposé par la méthode comparative, à savoir de tenir compte d'une praticabilité des dispositions légales nationales sur le plan international. Nos réformes ont introduit un nombre d'innovations absolument originales et inconnues jusqu'à présent, dont on a pu dire à juste titre de quelques-unes qu'un malheureux juge étranger perdra la tête s'il doit les appliquer selon son droit international privé. Permettez-moi de citer quelques exemples: la prétendue solution successorale de l'article 1371 conduit à un pêle-mêle presque inextricable du droit successoral et du droit des biens matrimoniaux après la dissolution du régime légal. Et puis il faut noter sous ce rapport la manière extrêmement compliquée que l'on a choisie pour régler le droit successoral de l'enfant naturel qui, dans le cas d'une

certaine constellation des successibles, reçoit une somme d'argent au lieu d'une quotité de la succession (Erbersatzanspruch). Pire encore sera la situation d'un juge étranger appelé à une application du "vorzeitiger Erbausgleich", à savoir du droit de l'enfant naturel à une indemnisation anticipée du vivant du de cujus.

Mais le point culminant du manque de praticabilité sur le plan international semble être le fameux "Versorgungsausgleich", à savoir la péréquation des pensions après divorce par décision judiciaire.

On pourrait encore citer un nombre considérable de nouvelles institutions construites seulement pour usage interne, puisque l'idée d'une application sur le plan international est restée étrangère à notre législateur.

A II — Pour passer à la situation en matière de Droit International Privé, on doit être plus exigeant envers le législateur. Car on peut à la rigueur comprendre que l'on ait des difficultés avec le droit étranger, mais les règles nationales de conflit de lois font partie du droit interne, et, malgré leur insignifiance du point de vue politique, elles ne devraient pas être traitées en quantité négligeable. D'autre part, nous devons admettre en faveur de législateur fédéral qu'il n'a pu se rattacher à une grande tradition législative, vu que les règles de conflit contenues dans la loi d'introduction au Code Civil allemand de 1900 (Eg BGB) avaient déjà été à juste titre qualifiées de monument de maladresse législative.

1) Mais hélas, le législateur fédéral a persisté dans cette maladresse dès les premières années de la République Fédérale. Les migrations involontaires d'après-guerre ont causé l'afflux en Allemagne de plusieurs millions de ressortissants étrangers. Il va de soi qu'une telle immigration en masse de ressortissants étrangers doit engendrer des problèmes très brûlants de conflit de lois. Mais le législateur, au lieu de trancher ces conflits de lois, s'est borné à prendre des mesures concernant la condition des étrangers et des apatrides. La raison en était simplement l'ignorance de la différence entre la condition des étrangers et le conflit de lois.

C'est avec une persévérance sans égale qu'on est resté sur cette erreur fondamentale pendant de longues années. Ce voile féérique fut déchiré en 1956 par une décision très claire de la Cour Fédérale.

Il y fut mis en relief que tous les actes législatifs en cause et surtout l'article 116 de la Constitution Fédérale n'envisageaient que la condition des étrangers. Au lieu de régler alors sans tarder le statut personnel des réfugiés accueillis en Allemagne, on hésita encore pendant cinq ans avant de produire, en 1961, la disposition suivante dont le libellé me paraît important. Je vous en donne lecture:

En tant que selon le droit civil allemand
on est renvoyé à la nationalité...

et ainsi de suite.

L'inexactitude de ce langage saute aux yeux. Il devient péniblement évident que le législateur ne connaît même pas la distinction entre règle de conflit et règle de fond. Cette inexactitude dans les concepts fondamentaux du Droit International Privé est d'autant plus pénible que le législateur d'occupation alliée dans la loi No 23 de la Haute Commission Alliée a employé une terminologie absolument correcte en établissant la règle de conflits suivante:

"En tant que la *loi d'introduction* au Code Civil déclare applicable le droit de l'état dont une personne est ressortissante..."

Une terminologie correcte n'est pas de la pure pédanterie, il ne s'agit pas de questions de faculté. Au contraire une terminologie exacte est d'une grande importance pratique, car c'est de la terminologie que dépend la qualification d'une institution juridique et par conséquent l'application de tel ou tel ensemble de règles de droit.

Pour une situation particulièrement brûlante, à savoir l'assouplissement de l'immutabilité des régimes matrimoniaux des réfugiés, le législateur fédéral, jusqu'en 1969, n'a pas mis en oeuvre de règle de conflits même défectueuse. Il est facile d'imaginer combien d'incertitudes, de soucis superflus et aussi de pertes matérielles furent imposées à des dizaines de milliers de ménages de réfugiés par cette indifférence et cette inertie du législateur.

Aussi, dans la loi de 1953 concernant la réparation des dommages infligés aux victimes des persécutions nazies, on a omis d'insérer une règle de conflits sur le droit successoral applicable en cas de mort de la victime. Comme il était à prévoir, beaucoup de victimes n'étaient plus en vie, de sorte qu'on a dû payer les dommages-

intérêts à leurs successeurs. Il aurait été indispensable d'établir une règle de conflits selon laquelle, indépendamment du statut successoral, l'attribution des dommages-intérêts devrait être soumise à la loi allemande, afin d'accélérer et de faciliter la liquidation. L'omission d'une règle de conflits dans ce sens a eu pour conséquence des retards très durs pour les ayant-droits, car comme les victimes des persécutions étaient dispersées dans le monde entier, on a dû appliquer pratiquement tous les droits du monde pour déterminer les ayant-droits.

2) La réticence du législateur fédéral en matière de droit international privé continue. Ni à l'occasion de la réforme de la filiation naturelle en 1969, ni en 1976 quand on a remanié le divorce on n'a tranché les conflits de lois vraiment très épineux auxquels ont donné naissance ces réformes.

Cette abstention très opiniâtre démontre une fois de plus très clairement la réserve du législateur fédéral envers le droit international privé.

3) Et si jamais notre législateur parvient à formuler une règle de conflits, elle est en général tellement mal réussie qu'on perd tout courage à animer le législateur à se désister de sa réserve envers le Droit International Privé. Prenons pour exemple encore une fois la loi sur les contrats d'adhésion (AGB Gesetz). Les restrictions —d'ailleurs très douteuses— de l'autonomie des parties quant au choix de la loi applicable manquent tellement de clarté et contiennent des antinomies telles que le rapport explicatif se perd dans des contradictions et parvient à des résultats incompatibles avec le texte de la loi.

Par dessus le marché, dans cette loi le législateur s'est de nouveau éloigné de la technique et de la terminologie traditionnelles, car tout en voulant retrancher l'application du droit étranger, il a perdu le courage de son opinion, de sorte qu'au lieu de déclarer simplement applicable sa propre loi sur les contrats d'adhésion il s'est servi de l'expression plus qu'énigmatique que cette loi devrait être prise en considération.

4) Il est douteux que, sous de tels auspices pas trop favorables, il faille attendre beaucoup de la législation à venir, surtout du projet

de codification du droit international privé dont on débat actuellement. Comme le résultat de ces efforts est encore voilé dans les ténèbres bienfaisantes de l'avenir, on ne peut pas se permettre d'opinion définitive.

B Pour passer à la situation en jurisprudence, il faut admettre que l'accumulation inouïe des affaires à caractère international fait naître un fardeau additionnel très lourd pour notre magistrature.

I. Evidemment il faut se demander ce qu'on pourrait entreprendre pour aider la magistrature à se tirer de cet embarras.

Il y a plus d'une dizaine d'années que le Comité Allemand de Droit International Privé a soumis aux organes compétents la proposition de réunir la juridiction des affaires à caractère international dans certaines chambres ou sections spécialisées. Il est extrêmement regrettable que l'administration n'ait même pas daigné entrer dans les détails de cette proposition qui était pourvue d'une note explicative très détaillée et substantielle.

II. Il est vraiment touchant de voir combien de mal doivent se donner les magistrats dont la plupart sont vraiment surchargés, pour se procurer la documentation nécessaire — et tout cela à cause de la pauvreté excessive des bibliothèques des tribunaux, dont les budgets sont si maigres qu'ils ne suffisent pas à l'achat de la documentation nécessaire en matière de Droit International Privé. Pour ne citer qu'un exemple: depuis 1965, sous les auspices du Comité allemand du Droit International Privé, paraît une collection annuelle d'expertises rendues par les instituts allemands en question. Il s'agit d'une aide très importante pour nos juges. Dans la préface du premier volume le président du Comité allemand du Droit International Privé, l'éminent professeur Kegal, a imploré l'administration: Remettez ces volumes aux juges d'instance. Cette prière pressante est restée sans le moindre effet. Vous trouverez ces volumes à la rigueur dans les bibliothèques de certaines Cours d'Appel.

Malgré ces difficultés, on trouvera toujours des arrêts tranchant des problèmes en cause qui témoignent d'une grande profondeur. Mais, hélas, ce n'est pas la règle.

III. Ce qui doit vraiment nous inquiéter, c'est une certaine attitude de réserve envers l'application de la loi étrangère et le

conflit de lois. Dans les innombrables entretiens pendant plus de trente ans avec mes anciens collègues de la magistrature nous avons toujours dû entendre: que voulez-vous avec votre jungle obscure et impénétrable du conflit de lois. Au sujet du droit étranger on vous dit souvent: Cette question ne pourrait être réglée ailleurs très différemment de chez nous. Chez les jeunes juges qui sont engagés dans le progrès, c'est pire encore: on vous fait remarquer: à l'étranger cela ne doit pas être réglé autrement. Et si une disposition étrangère se heurte à une de nos lois de réforme, nous ferons valoir notre ordre public. C'est vraiment étrange: au nom du progrès c'est l'intolérance qui se répand.

On doit constater encore un manque de souplesse: on ne parvient pas à faire abstraction des perspectives juridiques dont on s'est imbibé avec le lait maternel juridique.

Ainsi plusieurs facteurs contribuent à ce qu'on ne peut pas considérer notre jurisprudence en matière de Droit International Privé comme satisfaisante.

IV. Cela vaut aussi pour les arrêts de la Cour Fédérale. Permettez-moi de vous citer parmi un grand nombre, seulement quelques décisions vraiment déplorables. Un importateur allemand avait acheté du vin en France. Le contrat, comme souvent, était muet en matière de droit applicable. Selon une règle bien établie en jurisprudence ainsi qu'en doctrine allemande, on aurait dû trancher le litige qui résultait du contrat selon la loi du vendeur. Néanmoins, la Cour Fédérale a appliqué la loi de l'acheteur en faisant valoir que les parties avaient stipulé que le vin devrait correspondre aux exigences de la loi allemande relative à la vinification. C'est absolument insensé, car les dispositions touchant la qualité du vin relèvent du droit public, à savoir du contrôle des produits alimentaires et n'ont rien à voir avec la loi applicable selon les règles de conflit de lois. Il est bien compréhensible que cet arrêt fut très sévèrement critiqué.

Dans un autre genre: après l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye concernant la protection des mineurs, la Cour Fédérale a dû se prononcer sur l'interprétation de l'article 3 de cette convention. La Cour n'a même daigné consulter ni les procès-verbaux de La Haye, ni l'excellent rapport explicatif du rapporteur. C'est ainsi

que la Cour s'est barrée à elle-même la voie à une interprétation raisonnable de l'article en question. Les conséquences de ce jugement ont été très néfastes et il a fallu des années pour commencer à corriger l'erreur fondamentale de cet arrêt; celui-ci résultait d'une interprétation à la lettre sans prendre en considération les sous-entendus évidents de la Convention et en faisant la sourde oreille à l'argument qu'avec une telle interprétation on retomberait dans un état de choses déjà dépassé par des arrêts de la jurisprudence avant la Convention.

Permettez-moi encore d'ajouter qu'il n'est pas invraisemblable qu'une barrière de langues ait empêché la Cour de prendre connaissance des matériaux de La Haye. On pourrait et on devrait même présenter un grand nombre de décisions de même caractère.

V. En tout cas on peut exprimer un vœu: sans méconnaître les grandes difficultés pratiques, il serait souhaitable que notre jurisprudence en tranchant les affaires à caractère international se laisse inspirer par une attitude un peu plus ouverte envers les idées et les méthodes bien établies en Droit International Privé, non seulement en Allemagne.

C. Pour finir, jetons encore un coup d'oeil sur la situation des matières en cause dans la formation juridique en Allemagne.

Depuis une réforme de 1969, le droit international privé a été abaissé à une simple matière facultative aux examens. Du fait de ces règlements d'examens, mais aussi de la disparition presque totale de la connaissance des langues parmi les étudiants à la suite d'une réforme des écoles secondaires, le nombre d'étudiants s'intéressant aux branches internationales du droit a incroyablement diminué.

Comme à l'étranger ces études continuent de fleurir, il ne résulte le danger que les juristes allemands soient éclipsés par leurs collègues européens et américains. A quel point ceci est vrai, on peut en faire la douloureuse constatation quand on donne des cours à l'Académie de Droit International de La Haye. Là on est vraiment honteux que les auditeurs allemands soient ceux qui contribuent le moins, voire absolument en rien aux discussions. Ils se trouvent en face d'une barrière absolue de langues qui les empêche de suivre les cours et d'exprimer leurs idées.

Ce ne sont pas seulement les études, mais encore l'organisation même des recherches, à savoir les instituts qui sont menacés par la réforme universitaire. Les Ministères de l'Education des Etats Fédérés en belle alliance avec les étudiants les plus radicaux et écervelés s'efforcent de briser ce qu'ils appellent de "pouvoir professoral". Dans cet ordre d'idées on attaque l'indépendance des instituts et surtout de leurs budgets, sans oublier les bibliothèques des instituts qui ont été déclarées partie des bibliothèques centrales. Ceci est inquiétant, d'autant plus qu'un plan pour remédier à la situation précaire des instituts a pu être développé qui tend à détacher des universités les études et les recherches en question pour les attribuer à des institutions extra-universitaires. La conséquence en serait un appauvrissement très regrettable des universités.

D. Pour résumer le tout, il faut admettre franchement qu'en Allemagne le Droit Comparé et surtout le Droit International Privé sont négligés par le législateur, par la jurisprudence et dans la formation juridique. Mais ce qui est étonnant, c'est qu'on ne parle presque jamais ouvertement de tous ces problèmes.

Il est évident que celui qui donne l'alerte ne se fera pas des amis. Mais cela n'a pas d'importance.

Ce qui importe uniquement dans l'intérêt commun, dans l'intérêt du droit et dans l'intérêt de notre prestige serait un changement profond d'attitude envers les branches internationales du droit privé.