

Les Cahiers de droit



INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE DIJON ET STRASBOURG, *Les systèmes de droit contemporain - Introduction au droit allemand*, tome II, sous la direction de M. Fromont et A. Rieg, Paris, Cujas, 1984, 428 p. [ISBN 2-254-84030-8]

Antoine Manganas

Volume 26, Number 3, 1985

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042689ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042689ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Manganas, A. (1985). Review of [INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE DIJON ET STRASBOURG, *Les systèmes de droit contemporain - Introduction au droit allemand*, tome II, sous la direction de M. Fromont et A. Rieg, Paris, Cujas, 1984, 428 p. [ISBN 2-254-84030-8]]. *Les Cahiers de droit*, 26(3), 799–802.
<https://doi.org/10.7202/042689ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1985

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Chronique bibliographique

INSTITUT DE DROIT COMPARÉ DE DIJON ET STRASBOURG, **Les systèmes de droit contemporain — Introduction au droit allemand**, tome II, sous la direction de M. Fromont et A. Rieg, Paris, Cujas, 1984, 428 p. [ISBN 2-254-84030-8]

« La comparaison » disait Constantinesco, « est une opération de l'esprit par laquelle sont réunis dans une confrontation méthodique les objets à comparer, afin que leurs rapports soient précisés »¹. Et H. Gutteridge précisait :

« Non seulement le droit comparé procure des résultats importants au sens matériel, mais il peut aussi révéler le fondement du droit considéré dans son ensemble, lequel n'apparaît pas lorsque l'on considère isolément les systèmes variés de droit. Le droit comparé peut faire la lumière sur des règles obscures ou sur des institutions dont on n'aperçoit plus la justification traditionnelle ou logique ; il peut fournir le moyen de juger si une règle de droit donnée constitue la solution la meilleure du problème particulier qu'elle est destinée à résoudre [...]. Quelles raisons font obstacle à ce que l'on s'informe des solutions qui sont appliquées en d'autres pays pour des problèmes qui se posent dans tous les systèmes de droit ? »²

Cet ouvrage collectif remarquable, le 25^e d'une collection comprenant plusieurs monographies touchant le droit de divers pays, s'inscrit certainement dans cette vision comparative du droit. Il faut cependant préciser que, malgré les références fréquentes aux solutions apportées par le droit français, il s'agit essentiellement d'une étude

de droit étranger (le droit de la R.F.A.) et non d'une étude de droit comparé. En effet, une étude de droit étranger se limite à exposer la réglementation précise d'un problème juridique dans un pays différent de celui où l'étude est publiée, tandis que l'étude de droit comparé cherche à tirer des conclusions en mettant en rapport étroit les solutions apportées au même problème juridique par deux ou plusieurs pays. Le juriste dans ce dernier cas ne se limite pas à transposer les deux corps de droit l'un à côté de l'autre, mais, suite à un effort de comparaison constant, fait sa propre synthèse sur les rapports de ces ordres juridiques.

Malgré ces dernières constatations, les études de droit étranger sont parfois utiles et nécessaires surtout lorsque l'ordre juridique est inaccessible à cause de différents facteurs tels que la langue. C'est dans ce sens qu'il faut se réjouir de telles initiatives.

Le droit allemand constitue une des sources fondamentales du droit occidental. Sa structure cohérente et logique, résultat de plusieurs facteurs dont les traits de personnalité du peuple germanique, est une source d'inspiration pour la doctrine juridique des différents pays. Son approche doctrinale est certes différente du pragmatisme du droit anglo-saxon et c'est précisément pour cette raison que les juristes des pays du common law ont intérêt à se familiariser avec le droit allemand³.

L'ouvrage se divise en deux grandes parties. La première traite du droit public

1. L.J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé, La méthode comparative*, tome II, Paris, L.G.D.J. 1974, p. 22.

2. H.C. GUTTERIDGE, *Le droit comparé. Introduction à la méthode comparative dans la recherche juridique et l'étude du droit*, Paris, L.G.D.J. 1953, p. 28 et 45.

3. Voir en ce sens l'enthousiasme qu'a soulevé l'ouvrage de G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1978, fondé souvent sur des analyses du droit allemand.

tandis que la seconde traite du droit pénal⁴. Le droit public de la R.F.A. n'est pas seulement l'héritier d'une riche tradition scientifique, mais également le fruit de la volonté de reconstruire l'État allemand sur des bases nouvelles. L'étude porte successivement sur le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit fiscal et le droit social.

Dans le droit constitutionnel, les auteurs abordent en premier lieu les principes fondamentaux relatifs à l'organisation de l'État. Les fondateurs du nouveau régime ont considéré en effet que la démocratie n'était pas viable dans un État de droit, de même qu'un État de droit digne de ce nom ne peut être que démocratique. Ce principe démocratique signifie que la démocratie doit pouvoir se défendre contre des individus ou des groupes qui lui sont hostiles. Ces mesures de défense sont par ailleurs expressément prévues par la loi fondamentale.

Quant à l'État de droit, il comporte trois éléments : la séparation des pouvoirs, la soumission de l'État au droit et la mission sociale de l'État. L'État avait en effet l'obligation d'agir en vue d'une plus grande justice sociale et d'un minimum de sécurité sociale. Le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire sont donc tenus d'interpréter les règles de droit dans un sens social.

Pour ce qui concerne les droits fondamentaux, considérés comme source d'un droit subjectif, ils se classent principalement en deux catégories : les droits de l'homme et les droits du citoyen qui ne sont reconnus qu'aux nationaux ; sont reconnus à tous les hommes le droit au développement de la personnalité humaine, à l'égalité de traitement, à avoir et exprimer les croyances ou les opinions de son choix, à élever ses enfants comme on l'entend, au secret de la

correspondance et à l'inviolabilité du domicile. Mais que se passe-t-il en cas de conflit entre un droit fondamental et une règle constitutionnelle étrangère à la matière des droits fondamentaux comme dans le cas de l'objecteur de conscience ? La Cour allemande a décidé que le conflit se résoud en faveur de la règle constitutionnelle qui a le plus de poids. Ainsi elle a jugé qu'un appelé peut être contraint à faire son service armé pendant la brève période qui va de la formulation de l'objection de conscience à sa reconnaissance par les autorités compétentes.

Par ailleurs, le législateur a le devoir de promouvoir les droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle s'est chargée à quelques reprises de lui rappeler ce devoir. C'est ainsi que la Cour a annulé la loi restreignant la répression pénale de l'avortement parce que le législateur avait, de ce fait, manqué à son devoir de protéger pénalement un bien aussi précieux que la vie d'un enfant conçu.

En second lieu, nous trouvons une analyse des pouvoirs publics de la Fédération allemande. Les « pères fondateurs », instruits par les déboires de Weimar, voulaient une démocratie qui fût à la fois forte et efficace, et ils ont cherché les ressorts du futur système politique dans certains mécanismes susceptibles d'assurer un fonctionnement efficace des institutions. La structure fédérative de l'État allemand ainsi que la répartition des tâches entre la Fédération et les Länder présentent beaucoup d'intérêt pour le lecteur canadien. Le droit fédéral l'emporte sur le droit des Länder. Un équilibre fragile semble être installé en R.F.A. et ceci a conduit à une extraordinaire imbrication des pouvoirs. Cet équilibre oblige d'ailleurs les hommes politiques de la Fédération et des Länder à s'entendre pour ne pas paralyser toute la machine législative et administrative.

Le deuxième titre est consacré au droit administratif. Le droit administratif allemand, en tant que système de principes

4. Le droit allemand est divisé traditionnellement en trois branches : le droit public, le droit pénal et le droit privé. Le tome I était consacré aux fondements de droit allemand, tandis que le tome III sera réservé à la présentation du droit privé.

généraux régissant l'administration publique, entre dans sa troisième époque qui est caractérisée par la prédominance de l'art d'interpréter les dispositions législatives, tandis que la première était marquée par la formation d'un grand système théorique et la deuxième par le perfectionnement de ce système par une jurisprudence abondante. Pour ce qui concerne l'organisation administrative, il faut préciser que, traditionnellement, le personnel administratif est réparti en deux grandes catégories, les fonctionnaires et les employés. Enfin, il faut souligner ici que la protection de l'individu contre l'administration est au cœur du droit administratif. Cette protection est directe et indirecte.

Le droit fiscal allemand n'est pas codifié comme le droit français. La codification ne porte pas sur l'ensemble des impôts. Presque chacun des cinquante impôts existant en Allemagne fait l'objet d'une loi distincte, de règlements et de circulaires particuliers. Il existe peu de lois communes à tous les impôts. La plus importante est le *Code de l'administration fiscale* qui définit un certain nombre de notions communes à tous les impôts.

Quant à l'unité du droit social, elle s'est développée sous l'impulsion de la pratique et de la doctrine qui ont pris conscience progressivement de la nécessité de réunir dans une même branche du droit toutes les règles juridiques relatives aux prestations sociales. Dans cet esprit, le législateur a rassemblé dans un monument législatif unique (*Code social*) les règles applicables aux parties les plus importantes du droit social et dégagé celles qui leur sont communes. Le droit social se définit par son but de politique sociale. Il tend, en effet, à assurer à tous une situation conforme à la dignité humaine, une égalisation des niveaux de vie et la suppression ou la surveillance des rapports de dépendance économique.

La deuxième partie de l'ouvrage est consacrée au droit pénal⁵. La législation

pénale de la République fédérale s'est efforcée, depuis la création de la République en 1949, de rétablir l'État de droit et de préparer une grande réforme pénale selon les principes d'une politique criminelle moderne, fondée sur les résultats de la criminologie. La grande réforme du droit pénal en Allemagne constitue l'aboutissement d'une longue évolution, qui a débuté avec ce siècle et a conduit à un droit pénal « moderne » selon les conceptions actuelles.

Au centre du droit pénal allemand se trouve placé le principe de culpabilité. Ceci a une triple conséquence : d'abord, celui qui agit sans faute ne peut être sanctionné ; ensuite, la peine ne peut excéder la mesure de la faute ; enfin, la peine ne peut être inférieure à celle que l'auteur mérite d'après l'étendue de sa faute. Par ailleurs, législation et jurisprudence sont dans toutes leurs branches déterminées par le principe de la conformité à l'État de droit. Enfin, un autre fondement du droit pénal allemand est le principe d'humanité. La réadaptation du condamné à une peine privative de liberté constitue le but reconnu de l'exécution de la peine.

Le droit pénal au sens large se subdivise en trois grandes matières : le droit pénal matériel, la procédure pénale et le droit de l'exécution des peines. Au centre du droit pénal général se trouve l'infraction pénale. L'infraction est une action illicite, fautive et réunissant les faits constitutifs. C'est dans ce domaine par excellence qu'on trouve les grandes qualités de conceptualisation de la doctrine allemande. L'analyse de notions telles que le dol, l'illicéité, la punissabilité ou l'imputabilité nous prouve jusqu'à quel point la science pénale allemande a pu avancer pour mieux caractériser les différentes nuances du comportement criminel et fautif.

L'ouvrage se termine avec un exposé des diverses infractions ainsi qu'une présentation de la procédure pénale.

L'utilité de cet ouvrage collectif est grande. D'une part, il constitue un apport

5. Cette partie est rédigée par H.H. JESCHECK.

considérable au droit comparé. D'autre part, il offre l'occasion aux lecteurs francophones de se familiariser avec le droit allemand. Nous ne pouvons donc que souscrire aux vœux exprimés par M. Fromont et A. Rieg dans leur Avant-propos :

« Puisse cette collaboration franco-allemande susciter des vocations comparatistes parmi les jeunes juristes de nos deux pays ».

Antoine MANGANAS
Université Laval