

**LES DROITS  
DE TRADITION CIVILISTE  
EN QUESTION**

**À propos des Rapports  
*Doing Business* de la Banque Mondiale**

**CONTRIBUTIONS DES GROUPES AUTRES  
QUE LE GROUPE FRANÇAIS DE L'ASSOCIATION  
HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE  
FRANÇAISE**



# **LES DROITS DE TRADITION CIVILISTE EN QUESTION**

**À propos des Rapports**  
*Doing Business de la Banque Mondiale*

**CONTRIBUTIONS DES GROUPES AUTRES  
QUE LE GROUPE FRANÇAIS DE L'ASSOCIATION  
HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE  
FRANÇAISE**

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE  
28, rue Saint-Guillaume, 75007 Paris, France  
tel : 33 (0) 1 44 39 86 23  
fax : 33 (0) 1 44 39 86 28  
e-mail : [slc@legiscompare.com](mailto:slc@legiscompare.com)  
[www.legiscompare.com](http://www.legiscompare.com)

Le Code de propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

# Table des matières

<b>BELGIQUE, Yvette Merchiers, Nadine Watte, Pascale Lecocq et Christine Biquet-Mathieu</b> .....	7
<b>BRÉSIL, Arnaldo Wald</b> .....	9
<b>BULGARIE, Emil Gueorguiev et Tsanka Tsankova</b> .....	15
<b>CHILI, Ramon Dominguez</b> .....	17
<b>COLOMBIE, Fernando Hinestrosa et Felipe Navia</b> .....	23
<b>ESPAGNE, Elena Lauroba</b> .....	29
<b>GRÈCE, Nicolaos Angélis</b> .....	39
<b>GUATEMALA, Eduardo Mayora Alvarado</b> .....	45
<b>INDE, David Annoussamy</b> .....	55
<b>ITALIE, Anna de Vita</b> .....	65
<b>LIBAN, Pierre Gannagé</b> .....	73
<b>LOUISIANE, Alain A. Levasseur</b> .....	77
<b>MAROC, Azzedine Kettani</b> .....	85
<b>MEXIQUE, Jorge A. Sanchez Cordero</b> .....	93
<b>PANAMA, Gilberto Boutin Icaza</b> .....	10
<b>PAYS-BAS, Diana Dankers-Hagenaars et Wil Wedekind</b> .....	111
<b>PORTO RICO, Luis Muniz-Arguelles</b> .....	117
<b>QUÉBEC, Jean-Louis Baudouin</b> .....	121
<b>ROUMANIE, Mircea Dan Bocşan</b> .....	125

SUISSE, <b>Christophe Rapin et Pierre Wessner</b> .....	127
SYRIE, <b>Jacques El-Hakim</b> .....	135
TUNISIE, <b>Nadhir Ben Ammou</b> .....	139
VIETNAM, <b>Nguyen Ngoc Dien</b> .....	149
Groupes autres que les Groupes français de l'Association Henri Capitant .....	155

## BELGIQUE

Yvette MERCHIEERS\*, Nadine WATTE\*\*, Pascale LECOCQ\*\*\*,  
Christine BIQUET-MATHIEU\*\*\*\*

Après avoir pris connaissance de la réponse (ci-après *la Réponse*) faite par l'Association Henri Capitant aux Rapports *Doing Business* 2004 et 2005 de la Banque Mondiale (ci-après *les Rapports*), la section belge de l'Association tient à faire quelques remarques destinées à conforter, si besoin en est, le rapport principal.

Nous souhaitons émettre une observation liminaire. Comme il apparaît très clairement de la lecture combinée de l'introduction et de la finale de *la Réponse*, il s'agit de replacer *les Rapports* dans leur contexte, limité bien qu'important : l'on prétend étudier dans ces *Rapports* au moyen d'un seul outil, à savoir l'analyse économique du droit, l'impact d'un système juridique sur le seul développement économique, délaissant par-là tous les autres impératifs de la vie en société. *La Réponse* met en outre l'accent tant sur le biais de la méthode employée que sur le caractère erroné d'un certain nombre de données factuelles.

Nous relevons ensuite que le but même des *Rapports*, qui est d'opposer deux systèmes juridiques dans la perspective d'en promouvoir un seul, nous paraît à l'heure actuelle dépassé par l'évolution sociologique, économique et, spécialement, juridique. En effet, certains systèmes dits de *common law* légifèrent tous les jours davantage pour introduire les règles d'harmonisation européenne – harmonisation qui ne pourrait d'ailleurs pas rapidement progresser sans le secours du droit écrit – tandis que les pays de droit civil auxquels la Belgique participe intègrent de plus en plus une casuistique née d'une jurisprudence nécessairement évolutive, qu'il s'agisse de

---

\* Président du Groupe belge de l'association Henri Capitant.

\*\* Vice-Président du Groupe belge de l'association Henri Capitant.

\*\*\* Secrétaire général du Groupe belge de l'Association Henri Capitant.

\*\*\*\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Liège.

l'interprétation des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire belge mais aussi et surtout de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ou de la Cour de justice européenne.

Quoi qu'il en soit, le système romano-germanique caractérisé par un raisonnement déductif, partant des grands principes pour aboutir à la résolution des cas particuliers, est, nous semble-t-il, le garant d'une méthode rationnelle de construction et d'application du droit. S'y ajoute un traitement plus cohérent des relations sociales. Même nuancé par l'interprétation jurisprudentielle, il n'en demeure pas moins qu'un tel système présente l'avantage de l'accessibilité mais surtout celui d'une plus grande prévisibilité de la règle de droit. Ces deux aspects sont, à notre sens, le gage de la sécurité juridique, elle-même facteur essentiel de démocratie.

# BRÉSIL

Arnoldo WALD\*

## I. INTRODUCTION

1. La critique faite aux pays de droit écrit, à la culture juridique française et aux législations de la famille romano-germanique que l'on retrouve, avec un certain acharnement, dans la publication *Doing Business* (2004 et 2005) ne peut pas laisser indifférent le Brésil et même les autres pays de l'Amérique Latine, qui appartiennent à ce système et occupent une place importante parmi les nations en développement qui se rattachent à cette tradition.

2. Que leurs droits soient considérés comme totalement intégrés dans cette famille ou comme des droits mixtes<sup>1</sup>, il est certain que, tant par leur esprit que par leurs techniques, ils ont des liens très étroits avec la culture juridique française, qui a modelé leurs institutions. D'autre part, ils ont souffert l'influence d'autres droits européens dont ils se sont inspirés au moment de codifier leur législation. Si, comme l'avait déjà signalé René David, les citoyens de l'Amérique Latine sont simultanément des latins et des américains<sup>2</sup>, leur formation juridique, spécialement en ce qui concerne le droit privé, est liée à la latinité, sans préjudice de certains aspects de leur droit qui les rapprochent du système en vigueur aux États-Unis.

---

\* Avocat, Docteur en droit, Professeur titulaire de droit à l'Université de l'État de Rio de Janeiro, Docteur Honoris Causa de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Membre de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), Président du Groupe brésilien de l'Association Henri Capitant.

<sup>1</sup> C. JAUFFRET-SPINOSI, « L'Évolution des droits mixtes », in *Regards Critiques et Perspectives sur le droit et la fiscalité, Liber Amicorum Cyrille David*, Paris, LGDJ, 2005, p. 335 ; et A. WALD, « Doit-on repenser les familles juridiques », in *De tous horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de Législation Comparée, 2005, p. 187 et s.

<sup>2</sup> R. DAVID, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, Paris, LGDJ, 1950, p. 259.

3. Vu l'espace réduit dont nous disposons, nous examinerons successivement, de façon succincte, les rapports de *Doing Business* (2004 et 2005), pour, ensuite, rappeler les atouts du droit civil et redéfinir le rôle de l'analyse économique, pour conclure en plaidant pour le maintien des techniques et des valeurs considérées essentielles par la culture juridique française, qui sont celles de la civilisation occidentale.

## II. UN RAPPORT INEXACT ET INJUSTE

4. Dans les chapitres antérieurs, l'examen complet des inexactitudes et même de la mauvaise foi des rapports *Doing Business* a été fait, en indiquant qu'ils ont méprisé toute l'importance et les bienfaits de la codification, en s'appuyant sur des liens entre des statistiques peu fiables et qui n'avaient aucune relation évidente les unes avec les autres.

5. Ces rapports, voulant orienter le droit des pays en développement, ont, en premier lieu, établi un modèle unique, en oubliant les particularités de chaque région et les diverses phases historiques vécues par les différents pays, ayant donc des traditions et des besoins particuliers. C'est grave pour un rapport qui ne devrait pas imposer une vision juridique unilatérale au reste du monde.

6. À ce sujet, il est intéressant de remarquer que l'uniformité des solutions, que ce soit sur le plan juridique ou économique, n'est plus acceptable au XXI<sup>ème</sup> siècle, comme il l'aurait été cent ou deux cents ans plus tôt. Actuellement, le choix d'une école d'économistes ne devrait pas être considéré impératif. En ce sens, le consensus de Washington d'il y a une quinzaine d'années a été dépassé, en vertu de la prédominance qu'il a donné aux facteurs économiques, et même ceux qui l'ont conçu viennent d'évoluer en tentant de construire un post-consensus et en complétant leur programme économique par des mesures d'ordre social et par le renforcement des institutions, ce qui présume une évolution du droit écrit<sup>3</sup>. D'ailleurs, même aux Etats Unis, les grandes crises comme celles de 1929 ont été résolues par des textes législatifs comme ceux du *New Deal*. Et, plus récemment, c'est aussi par l'intervention de l'Etat et par un texte de loi, et non par des décisions judiciaires, que l'Amérique a réagi dans le cas du

---

<sup>3</sup> P.-P. KUCZYNSKI et J. WILLIAMSON, *After the Washington Consensus :restarting growth and reform in Latin America*, traduit en portugais en 2004 sous le titre de *Depois do Consenso de Washington*, São Paulo, Saraiva, 2004, *passim* ; spécialement le chapitre 11, dont J. WILLIAMSON est l'auteur. Déjà, auparavant, il y a eu une réaction contre ce que J. A. GARDNER a appelé *Legal Imperialism*, The University of Wisconsin Press, 1980.

scandale des fraudes des plus grandes sociétés américaines<sup>4</sup>. Il paraît donc tout à fait injuste d'attribuer au système de droit écrit la pauvreté des pays en développement ou l'échec de leur lutte contre la misère.

### III. CONVERGENCE ET HARMONISATION DES DROITS AU LIEU DE L'HÉGÉMONIE DE L'UN D'EUX

7. En vertu de la mondialisation, de l'accélération du progrès des technologies et de la croissance du commerce international, les divers systèmes juridiques se rapprochent, chaque fois plus, les uns des autres.

8. Au Brésil, le Congrès National a approuvé, en 2002, un nouveau Code Civil, qui s'est inspiré tant du *Codice Civile* italien que du BGB germanique, ainsi que de la doctrine et de la jurisprudence françaises<sup>5</sup>. Suivant le modèle du Code Napoléon et les enseignements de Portalis, le législateur brésilien a maintenu toutes les règles qui ne devaient pas nécessairement être changées, conservant les traditions, avec un minimum de rupture, et tâchant de ne pas modifier la terminologie juridique elle-même. Ce Code se veut moderne, opérationnel mais aussi, et surtout, éthique<sup>6</sup>. Ne pouvant pas prévoir toutes les hypothèses, qui pourraient surgir dans la vie quotidienne, il a mis en relief les principes généraux, les clauses « ouvertes » et, s'est préoccupé de trouver des solutions adéquates aux problèmes locaux, au lieu d'adopter toutes les solutions des législations des pays développés, comme cela se faisait antérieurement<sup>7</sup>.

9. Par ailleurs, notre législation des sociétés anonymes et celle de la concurrence ont pris comme modèle le droit américain. Cette complémentarité, que nous retrouvons, surtout dans les pays en développement qui ont cessé d'être des colonies depuis longtemps, est certainement féconde<sup>8</sup>.

10. Notre droit écrit se veut clair, flexible et accessible à tous, à la portée de tous les Brésiliens. En vertu d'une certaine inflation législative, que nous avons eu à un certain moment, un effort de réorganisation de la

---

<sup>4</sup> A.-M. FRISON-ROCHE signale « La remise en cause du marché financier américain », *Les leçons d'Enron*, Paris, Editions Autrement Frontières, 2003, p. 17.

<sup>5</sup> M. REALE, *Historia do Novo Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2005, p.35 et s. V. aussi A. WALD, « L'influence du Code Civil en Amérique Latine », in *Le Code Civil – Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004 ; et « Les nouveaux codes de l'Amérique Latine », in *L'Avenir de la Codification*, Paris, publication du Sénat et de l'Association André Bello, 2004, p. 125.

<sup>6</sup> M. REALE, *op. cit.*, p. 37.

<sup>7</sup> R. DAVID, cours de Doctorat publié dans le livre *Le Droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Paris, Société de législation Comparée, 2005, p. 159.

<sup>8</sup> C. JAUFFRET-SPINOSI, article cité et *Rapport de Synthèse des Journées Brésiliennes de l'Association Capitant* de 2005.

législation en vigueur est en train d'être réalisé. D'autre part, compte tenu de la difficulté d'uniformiser la jurisprudence dans un pays continental, qui a des régions de niveau très différent de civilisation, la Cour Suprême a été autorisée, par un Amendement Constitutionnel récent<sup>9</sup>, à consolider sa jurisprudence en certaines matières, de façon à obliger les tribunaux inférieurs à suivre son orientation.

11. Il faut ajouter que le Brésil, comme la France, reconnaît aujourd'hui que la sécurité juridique a une valeur constitutionnelle et que la construction jurisprudentielle doit garantir l'efficacité du droit.

12. En matière de droit des contrats, la bonne foi, l'équité, l'intérêt social et l'équilibre complètent et limitent la liberté contractuelle, donnant un nouveau sens au principe *pacta sunt servanda*. Le Code a même admis la théorie de l'imprévision, qui avait été consacrée antérieurement par notre droit administratif, pour assurer le maintien de l'équation financière de la structure contractuelle, en s'inspirant de la doctrine française et de la jurisprudence du Conseil d'État<sup>10</sup>.

#### IV. L'ANALYSE ÉCONOMIQUE, OUTIL DU DROIT

13. Ce n'est que récemment que les juristes brésiliens ont reconnu l'importance de l'analyse économique, tandis que les économistes ont fini par accepter que le législateur utilise exclusivement des instruments juridiques. L'inflation galopante dont nous avons souffert et l'indexation à laquelle nous avons eu recours ont été, pendant longtemps, simultanément le champ de bataille et le laboratoire de collaboration entre les économistes et les juristes. Sous le régime militaire (1963-1985), les économistes ont voulu juguler l'inflation par des plans monétaires sans base juridique, qui ont fini par multiplier les procédures judiciaires et par congestionner les tribunaux, créant un vrai chaos. Après le rétablissement de l'État de droit, les juristes brésiliens, de la même façon que les magistrats et les avocats français, ont compris l'importance de l'analyse économique, pour rendre plus efficace les décisions judiciaires. L'idée de diminuer le coût des transactions, par une protection adéquate des droits de propriété et de ceux des créanciers, a été admise par l'état et le monde juridique, mais seulement dans la mesure où l'efficacité pouvait se concilier à l'éthique.

14. Ainsi, des mesures récentes ont réduit le formalisme, facilité la circulation des biens et des services, réorganisé le droit des faillites et

<sup>9</sup> Amendement Constitutionnel n° 45, qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janv. 2005.

<sup>10</sup> C. TÁCITO, *Temas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, vol. 1, p. 199 ; A. WALD, « O equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro », in *Estudo em Homenagem ao Professor Caio Tácito*, Rio, Renovar, 1997, p. 75 et s.; et *Le Droit Brésilien*, déjà cité, p. 397.

accéléral les procès judiciaires et administratifs. Gagner du temps est devenu important pour le Pouvoir Judiciaire, sans qu'il y ait toutefois sacrifice de la qualité de la distribution de la justice.

15. Il y a eu également une modernisation de la profession juridique, le Conseil Fédéral du Barreau veillant toutefois à ce qu'il n'y ait pas de commercialisation de l'activité des avocats qui, par leur activité, assurent le bon fonctionnement du service public de la Justice. Ils ne peuvent donc pas devenir simplement des « marchands du droit »<sup>11</sup>.

## V. LE DROIT COMME VALEUR DE LA CIVILISATION OCCIDENTALE

16. Si l'efficacité est importante, la fonction principale du droit consiste à distribuer la Justice et à assurer la sécurité juridique, en s'inspirant des principes qui nous viennent de la philosophie grecque, du droit romain et de la Déclaration des droits de l'homme. La tradition humaniste qui est au cœur de la civilisation occidentale se préoccupe non seulement de la croissance de l'économie, mais aussi du développement qui doit être global, endogène et intégré<sup>12</sup>, pour tous les hommes et pour tout homme. Tandis que la croissance se mesure par des statistiques, le développement est qualitatif et présuppose, comme le signalait Raymond Aron, « une Administration et une législation rationalisées et la diffusion d'un enseignement inspiré de l'Occident »<sup>13</sup>. Ainsi, faut-il reconnaître que dans la hiérarchie des valeurs, la Justice doit précéder l'efficacité.

17. La dignité humaine, la loyauté, l'équité, l'indépendance du Pouvoir Judiciaire, la liberté, l'égalité et la solidarité sont des valeurs sociales que le droit brésilien et celui de l'Amérique Latine doivent assurer tant en vertu des textes constitutionnels des pays de formation romano-germanique que des traités internationaux. Le droit ne peut donc pas se transformer en marchandise, en *commodity*, obéissant exclusivement aux lois économiques. L'État de Droit et la société ne peuvent se transformer en « société des marchandises ».

18. Comme l'a conclu l'étude de l'Association Henri Capitant, le droit doit continuer à être un droit humaniste pour assurer l'existence et le développement d'une société durable. En ce sens, les économistes ont fini par reconnaître que, comme l'affirmait Maurice Allais :

---

<sup>11</sup> Y. DEZALAY fait allusion à « la découverte du prétoire par les marchands », in *Marchands de droit*, Paris, Fayard, 1992, p. 206.

<sup>12</sup> F. PERROUX, *Pour une philosophie du nouveau développement*, Paris, Aubier, 1981, p. 237.

<sup>13</sup> R. ARON, *Trois Essais sur l'Âge industriel*, Paris, Plon, 1966, p. 54.

« Une économie de marché ne peut fonctionner correctement que dans un cadre institutionnel, politique et éthique qui en assure la stabilité et la régulation »<sup>14</sup>.

19. C'est ce que *Doing Business* a oublié et que ce rapport de l'Association Henri Capitant veut lui rappeler.

---

<sup>14</sup> M. ALLAIX in M. ALBERT, J. BOISSONNAT et M. CAMDESSUS, *Notre foi dans ce siècle*, Paris, Arléa, 2002, p. 120.

## BULGARIE

Emil GUEORGUIEV\*, Tsanka TSANKOVA\*\*

Le groupe bulgare de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française approuve la réponse de l'Association aux critiques de la Banque Mondiale à propos du Rapport *Doing business* concernant les traditions de la régularisation juridique et de l'effet de la culture juridique romane.

Le groupe exprime sa reconnaissance envers le rôle extrêmement positif du système roman pour la naissance et le développement du droit d'affaire continental, et pour la mise en place et le développement du système de droit bulgare et de ses institutions. Ce système montre de hauts résultats y compris dans le domaine du droit de commerce et dans les relations d'affaires ainsi que dans le développement de nouveaux aspects de droit - droit d'auteur, droit de l'espace cybernétique etc. Ce système est basé sur de profondes recherches théorétiques des processus économiques et sociaux et a toujours contribué au développement de la législation nationale et à l'essor économique de la Bulgarie.

Le droit français, dès la parution des sociétés bulgares, et même pendant le totalitarisme, a toujours été la base de solutions juridiques contemporaines. Le système continental et le droit français ont formé la conscience juridique des gens du continent européen et pas seulement.

La solide base philosophique et juridique est aussi l'un des facteurs du développement du Droit européen et représente un succès dans les sphères économiques, un apport et une garantie pour le progrès de l'Humanité.

Les positions du droit continental et les traditions de la régularisation juridique du modèle français doivent être conservées et protégées au nom de l'humanisme et de la prospérité.

---

\* Professeur de droit, Président du Groupe bulgare de l'Association Henri Capitant.

\*\* Professeur de droit, correspondant du Groupe bulgare de l'Association Henri Capitant.



# CHILI

Ramon DOMINGUEZ\*

## I. HISTOIRE

Le système de droit chilien, par ses origines appartient à la famille du droit civil ou du droit romaniste. Et cela non seulement parce que le principal corps de droit privé, le Code Civil de 1855 fut rédigé à l'image du Code Napoléon, mais aussi parce que pendant trois siècles, à partir de 1536, le Chili fit partie de l'empire espagnol et donc, toutes ses traditions sociales ont cette origine.

Cependant, l'idée que ce système de droit est un obstacle au développement, n'est pas récente. Vers le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, lors des efforts du gouvernement Kennedy aux États-Unis pour arrêter les avances de l'idéologie communiste en Amérique Latine, une série de mesures économiques et sociales furent prises par les États-Unis pour consolider des régimes démocratiques en Amérique Latine. Ce fut une des raisons pour entreprendre le programme de la « Alianza para el Progreso » qui dirigea l'aide économique des États-Unis au Chili pour que notre pays puisse entreprendre des réformes économiques et sociales qui, selon les idéologues du plan, devraient conduire la société chilienne à approfondir l'attachement à un système démocratique occidental. Parmi ces mesures, un mouvement de réformes juridiques fut entrepris et connu comme « law and development movement » et fut traduit par un programme d'aide aux réformes juridiques : le « Chile Law Program », appuyé par la Food Foundation et dont les directeurs furent les professeurs américains John Howard et Milton Katz. Le chef direct du programme pour le Chili fut le professeur de l'Université de Stanford John Henri Merryman.

---

\* Professeur de droit civil à l'Université de Concepción, Président du Groupe chilien de l'Association Henri Capitant.

D'après ce programme, le droit est essentiel dans le développement économique et c'est à lui qu'il appartient d'appréhender les critiques aux institutions existantes et d'adapter celles-ci aux mouvements économiques et aux changements sociaux. Or un droit codifié n'est pas doté des moyens nécessaires pour cette rapide adaptation et pour la création de nouvelles institutions ou des nouveaux instruments techniques que le développement économique exige. Il faut commencer la réforme par l'enseignement du droit, car l'enseignement traditionnel dans un pays de droit civil comme le Chili ne prépare pas les juristes à la critique sociale et à la formation d'une mentalité créatrice. Il fallait donc modifier les méthodes d'enseignement pour adapter au Chili les méthodes d'enseignement du droit des facultés des États-Unis et surtout le « case method ». Pendant dix ans ce programme fut entrepris, sans résultat évident<sup>1</sup>. Comme le dit le professeur Merryman « Le Chile Law Program fut construit sur la base des mêmes fondements idéologiques que l'Alliance for Progress... Ce fut un programme d'action de support des efforts des facultés de droit chiliennes pour transformer (moderniser) l'éducation et la recherche juridique, pour créer un corps de professionnels du droit et une tradition d'enseignement qui pourrait aider à produire une infrastructure juridique désirée par les chiliens comme nécessaire pour que la nation puisse atteindre ses ambitions économiques et sociales ».

Les efforts du programme n'aboutirent pas à obtenir des résultats mesurables et utiles. Les manières de penser le droit, de l'enseigner et de l'appliquer furent trop différentes entre les juristes du *common law* américain et nous, les Chiliens.

Et je me permets de revenir à cet exemple du Chile Law Program pour montrer que les formes du droit ne peuvent pas se détacher des traditions de chaque peuple et sont une part essentielle de sa culture.

## II. LE DROIT CHILIEN ET SON ATTACHEMENT AU SYSTÈME DE DROIT CIVIL

En dépit de l'idée selon laquelle les pays de l'Amérique Latine sont encore jeunes, du point de vue de l'histoire, ce n'est qu'une idée reçue, mais non exacte. Le Chili est un pays jeune si l'on compte son histoire à partir de l'Indépendance, vers le début du XIX<sup>ème</sup> siècle. Mais son histoire commence

---

<sup>1</sup> Sur le Chile Law Program on peut lire avec intérêt, John Henri MERRYMAN, « Law and development memoirs I: The Chile Law Program », *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLVIII, n° 3, 2000, p. 481 et s. Un « Instituto de Docencia e Investigaciones Jurídicas » fut créé au Chili et financé par la Ford Foundation pour entreprendre le programme. Les multiples publications de cet institut donnent raison des idées à la base du programme.

au XVI<sup>ème</sup> siècle, sous l'Empire espagnol. La grande majorité des institutions juridiques républicaines, ont leur origine dans les institutions établies par l'Empire espagnol. C'est le cas du droit privé, car les Espagnols introduisirent au Chili (comme dans les autres pays) leur droit, surtout le droit castillan et la base de notre droit privé fut, pendant plus de trois siècles, la codification du roi Alphonse le Sage, connue comme *Las Siete Partidas* (XIII<sup>ème</sup> siècle). Même après l'entrée en vigueur du Code civil de 1855 et jusqu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle, les arrêts des tribunaux font encore appel aux principes et aux normes des *Siete Partidas*. Or cette codification n'était qu'une adaptation de la codification de Justinien.

Comme dans les autres pays de l'Amérique Latine, le régime républicain après l'Indépendance, voulut dicter ses propres lois de droit privé et à l'image de la France, ces lois devaient être dictées sous la forme d'un Code civil, comme le Code Napoléon. Mais si ce Code Napoléon fut une des sources les plus importantes du Code civil chilien de 1855, son auteur, le grand juriste Andrés Bello utilisa d'autres sources non moins importantes : les ouvrages des grands juristes français antérieurs au Code civil (Pothier surtout) et les auteurs qui avaient commenté le Code Napoléon. Bello aurait bien voulu adopter au Chili les formes et le contenu du droit anglais. Il avait vécu en Angleterre et il admirait ses Institutions. Il fut même tenté de le faire, mais étant un homme savant et surtout intelligent, il comprit vite que le droit n'est pas une simple imposition de la raison et que pour être utile, comme instrument de civilisation et de paix, ainsi que de sûreté, il doit être en relation avec l'histoire et les traditions de chaque peuple. Il fonda donc le Code civil dans nos traditions juridiques, qui venaient, comme on l'a dit, du droit romain à travers le droit castillan en utilisant aussi les institutions du Code Napoléon qui pouvaient s'adapter vite à la manière de concevoir le droit qui existait au Chili.

Notre attachement au droit civil n'est donc pas un simple choix de la volonté des gouvernants qui pourrait être changé par une autre volonté raisonnable. Il faudrait changer notre culture et abandonner nos traditions et donc, cesser d'être nous-mêmes ?

Il n'est pas vrai que l'existence d'un Code et de règles abstraites fixées dans des lois écrites soient des obstacles au progrès économique et social. C'est une idée très répandue chez quelques juristes de *common law*, mais aussi discutée par les comparatistes américains. Ce ne sont ni l'existence des codes, ni les modèles des règles abstraites, ni aucun des caractères qui distinguent le système de droit civil qui forment des obstacles au développement. Tout dépend de la forme d'application de ces règles, des pouvoirs donnés aux juges, des systèmes d'interprétation, de la formation des juristes.

Nous pouvons donner des exemples très clairs, dans le cas du Chili. Au cours de ces vingt dernières années, le pays a connu un développement économique extraordinaire qui permet de penser que dans les dix prochaines années, le pays abandonnera le qualificatif d'« en voie de développement », pour atteindre le développement tout court. Et cette transformation économique s'est faite dans le plein usage des formes juridiques traditionnelles, avec des réformes de lois pensées, rédigées et appliquées en rapport avec notre tradition de droit civil. Les types de contrats nécessaires à l'économie libre ont été adoptés suivant les mêmes procédés techniques et législatifs que commande notre tradition juridique, ainsi que les réformes au droit des sociétés, au droit bancaire et des opérations de crédit. Et, ce droit privé chilien a été capable de concevoir des institutions originales, comme par exemple dans le système de garanties, qui s'adaptent parfaitement aux besoins de l'économie libre ; et bien plus loin du droit civil, le droit pénal a été complètement rénové, avec une véritable révolution dans la procédure, pour ne signaler que quelques exemples. Ce même droit a supporté sans faille les conséquences de l'ouverture des marchés et les effets des traités de libre échange avec les États-Unis, la Communauté européenne, la Corée, la Chine et dans quelques mois, le Japon et l'Inde.

Si le système de droit civil avait été un obstacle au développement économique, l'économie du Chili, qui reçoit tous les jours des éloges des institutions économiques internationales, (comme la Banque Mondiale et d'autres), et qui est montrée aux autres pays de l'Amérique Latine comme un exemple (jusqu'au point de produire parfois de mauvais effets chez nos voisins), n'aurait pas pu avoir de succès. Or, on ne peut pas dire que ce progrès s'est produit malgré le droit civil, car toutes les réformes juridiques urgentes ont respecté la tradition juridique. Notre droit a pu recevoir les bienfaits de quelques institutions en provenance d'autres systèmes, mais en leur donnant les formes et l'intelligence qui s'adapte au reste de l'ordre juridique.

Il est certain que nos juges n'ont pas la créativité des juges français laquelle a permis l'évolution, par exemple, de la responsabilité civile sans modifier les textes du Code Napoléon. Mais cela ne tient pas aux particularités du modèle de droit civil, mais plutôt à l'enseignement dans les facultés de droit et à la formation des juges. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence montre qu'ils savent se servir des institutions existantes pour produire des transformations internes lorsque la société les demande. C'est ainsi, par exemple, qu'un mouvement de constitutionnalisation du droit privé s'est produit dans les dernières années et que les juges ont adopté, sans que des réformes législatives aient été nécessaires, le principe de l'application directe de la constitution par le juge civil.

Pourquoi devrions nous alors abandonner notre tradition juridique au motif qu'elle est un obstacle au développement ? Notre développement est en train de se produire par l'adoption d'un système économique de liberté et d'ouverture des marchés après avoir fait l'expérience d'un système de contrôle de l'économie par l'État. Mais cette adoption a pu se faire sans problème tout en conservant les formes juridiques de notre tradition qui commande un certain rôle des juges et un autre pour les législateurs. Nous n'accepterions jamais un « gouvernement des juges », contraire à notre système.

Cela n'empêche pas, bien sûr, de connaître – mais non de copier - des institutions juridiques de *common law*, dans la mesure où elles proposent des outils que nous pouvons adapter au reste de notre système. C'est justement l'utilité du droit comparé. Mais notre droit contient lui aussi, des institutions anciennes qui ont pu répondre jusqu'à nos jours sans difficulté aux besoins sociaux. Ainsi, par exemple, bien avant que la *Common Law* des États-Unis puisse concevoir la « *contributory negligence* » dans la loi des « *torts* », notre Code civil avait déjà l'article 2330 qui oblige le juge à tenir compte de la faute de la victime.

Comme le dit un grand comparatiste des États-Unis « la tradition légale est une partie de la culture, une partie très ancienne, profondément placée dans son centre et fermement ancrée. Les relations entre les idées juridiques fondamentales et les attitudes politiques, économiques et sociales sont très serrées et trop complexes. Le droit donne un sens au reste de la culture et est inséparable de celle-ci » (J. Marrayman, *The Civil Law Tradition*, p. 152). Comment concevoir donc qu'un pays ancré dans un système de droit civil, par son histoire et son entourage, puisse adopter un autre système étranger à son âme ? Il lui faudrait oublier sa culture et donc, perdre son identité. Le droit civil contient des forces créatrices suffisantes pour aider au développement économique, ce qui est démontré d'ailleurs avec l'exemple de pays comme la France, l'Italie, l'Espagne et, des pays comme le Chili qui peuvent suivre la même direction.



## COLOMBIE

Fernando HINESTROSA\*, Felipe NAVIA\*\*

Bien qu'il soit difficile d'ajouter quoi que ce soit à l'écrit que l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française a rédigé pour répondre aux Rapports de la Banque Mondiale des années 2004 et 2005 (*Doing Business in 2004 : Understanding regulation*, et *Doing Business in 2005 : Removing obstacles to growth*), au sujet de la meilleure manière de développer l'économie d'un pays à partir de la mise en place d'un système juridique adéquat, tant il nous semble complet et bien argumenté, en profondeur et hauteur de vue, le Groupe colombien de ladite Association veut exprimer en quelques lignes, non seulement sa totale identification avec les raisons d'ordre économique, juridique et philosophique que l'on y trouve pour conclure, en parfaite logique, non à la supériorité intrinsèque du système de la *common law* face au système de la *civil law*, mais contribuer, si possible, au débat, en faisant quelques remarques, très brèves, dont peut-être la seule justification est celle de parvenir d'un pays sous-développé qui, de surcroît, appartient à la famille de droit romano germanique.

Tout d'abord, il faut le dire avec netteté, l'affirmation selon laquelle l'environnement juridique, c'est-à-dire la législation et la procédure, conditionnent le développement économique d'un pays n'est rien d'autre qu'une pétition de principe. En tout cas, il s'agit d'un postulat dont la preuve de sa vraisemblance ne se trouve pas dans les Rapports *Doing Business*. Mais il s'inscrit dans la politique de la mondialisation, c'est-à-dire du règne promis du Marché, lequel doit mener, pour reprendre les paroles de l'historien français Guy Bois, « à l'établissement d'un ensemble capitaliste

---

\* Président de l'Université Externado de Colombia, Professeur de droit civil, Président du groupe colombien de l'Association Henri Capitant.

\*\* Professeur de droit civil à l'Université Externado de Colombia, membre du Groupe colombien de l'Association Henri Capitant.

mondial, au sein duquel les États ne sont plus en mesure d'orienter efficacement les économies nationales, et qui se dote de sa propre « régulation » interne au profit de son « centre » auquel est conféré le pouvoir de décider où il convient d'investir, de produire, ou inversement de fermer des entreprises »<sup>1</sup>. Tout naturellement, cela doit conduire à la modernisation, à rejeter tout ce que pourrait faire obstacle ou retarder l'avènement du monde nouveau<sup>2</sup>. L'interventionnisme de l'État gêne-t-il le libre jeu des forces économiques, de l'offre et de la demande ? Supprimez-le ! Les législations qui s'inspirent du modèle romano-germanique et tout particulièrement du droit civil français, sont-elles, même en apparence, trop complexes, trop soucieuses de protéger le droit des faibles, voire, de garantir autant que possible les idéaux d'égalité et d'équité, en entravant le monde des affaires, comme semblent le dire les Rapports de la Banque Mondiale ? N'en doutez pas ! Il faut faire table rase, évoluer vers un système de *common law*, moins complexe, plus agile, en faveur des entrepreneurs et investisseurs. Ainsi prendra-t-on le bon chemin, celui du développement économique et de l'élimination de la pauvreté. Enfin, un monde de songes dont la réalité, après vingt ans de mondialisation, est plus proche du cauchemar.

Non à l'intervention de l'État ; oui au changement du système de droit, voilà donc, *grosso modo*, les grandes conclusions qu'on peut tirer des Rapports de la Banque Mondiale. Et pourtant ni l'une ni l'autre s'imposent avec la force de l'évidence ; c'est plutôt le contraire...

Commençons par l'interventionnisme d'État.

L'État doit intervenir dans l'économie. Il s'agit, comme tout le monde le sait, et cela est surtout vrai pour les pays en voie de développement, de corriger les défaillances du marché. C'est une activité à laquelle l'État ne peut renoncer sous peine de perdre toute légitimité et même sa raison d'être. Depuis les années 30, tout en s'inspirant des mesures mises en place par les gouvernements des pays parties prenantes à la première guerre mondiale et de la politique du *New Deal*, qui permit aux États-Unis de surmonter la dépression de 1929, presque tous les pays sud-américains ont réformé leurs constitutions pour consacrer, en même temps que les droits économiques individuels fondamentaux (propriété privée, libre concurrence, liberté d'entreprise, etc.), le devoir de l'État d'intervenir (bien entendu au moyen de règlements) dans la production, l'utilisation, la distribution et la consommation des biens ainsi que les services publics. Les buts : la rationalisation de l'économie, assurer à tous les citoyens une meilleure

---

<sup>1</sup>, G. BOIS, *Une nouvelle servitude - Essai sur la mondialisation*, Paris, François-Xavier de Guibert 2003, p. 29.

<sup>2</sup> Cf. G. BOIS, *op. cit.*, p. 53.

qualité de vie ainsi qu'une équitable distribution des opportunités et des bénéfiques. Donc pleine liberté économique mais dans les limites du bien commun. À titre d'exemples, c'est là que l'on trouve les bases sur lesquelles s'est développé un droit du travail qui se veut protecteur des droits des travailleurs au prix d'une réglementation qui peut paraître lourde et pleine d'obstacles aux yeux des entrepreneurs ; d'un droit des affaires qui se soucie des débiteurs malchanceux ; qui ne privilégie pas les créances des Banques sur celles des travailleurs ; enfin d'un droit des affaires qui, en matière de faillites, voudrait, autant que possible, sauver l'entreprise, source de travail, dans des pays où le taux du chômage atteint des niveaux parfois explosifs. En ce qui concerne le droit financier, les interventions de l'État sont multiples (taux d'intérêt, *habeas data*, etc.). Et comme dans presque tous les pays de la famille de la *civil law*, on compte avec un système de publicité foncière et un service public du notariat. Les obstacles qui peuvent en résulter pour les hommes d'affaires, en termes de vitesse et d'efficacité économique, sont, comme en France, largement compensés, par la sécurité qu'ils en obtiennent.

En tout cas, du point de vue de l'intérêt collectif, l'abandon du principe de l'interventionnisme d'État semble impossible. Bien entendu, les interventions peuvent parfois être excessives ou ne pas se justifier sur quelques points concrets. Évidemment, dans ces cas, les Rapports *Doing Business* peuvent se montrer utiles pour identifier les démarches et les formalités qui ne sont pas indispensables, et même servir comme source d'inspiration pour faire les correctifs nécessaires.

Le postulat selon lequel le système romano-germanique, et tout particulièrement les législations issues du modèle français, sont inférieures au système de la *common law*, est lié étroitement avec la convenance de supprimer ou d'alléger les interventions législatives. Une fois accomplie la condition de l'élimination de toute forme d'intervention, la pleine expansion du Marché exige de passer du droit écrit à un droit d'origine jurisprudentielle, car, dit-on, celui-ci « se prête mieux aux évolutions sociales ». D'ailleurs, un système unique convient à tous (« *One size fits all* »). Il semble qu'aux yeux des rédacteurs des Rapports de la Banque Mondiale la *common law*, par sa souplesse, par sa simplicité, par son contact avec le monde réel, enfin par son accessibilité et la sécurité qu'elle apporte aux plaideurs, est appelée, tôt ou tard, à l'emporter. Le système de la *civil law* et, en tout cas, le droit français, doivent disparaître par la force même des choses. Pourtant, rien n'est plus faux, car les avantages de la *common law* se retrouvent, un à un et mieux caractérisés, dans le système de la *civil law*. Cela revient à dire qu'un système de droit n'est pas, par lui-même, supérieur à l'autre ; que le droit, en tant qu'expression culturelle d'un peuple, est héritier d'une conception particulière du monde qui remonte très

loin dans l'histoire ; qu'il exprime l'aspiration à la justice de chacun, quelquefois entendue comme la recherche du résultat le plus utile du point de vue social, d'autres comme *ars boni et aequi* ; et qu'il reflète la façon particulière de penser de chaque peuple, en ce sens que le monde anglo-saxon se veut tributaire de la méthode inductive et d'une perception surtout pratique des choses, tandis que l'Europe continentale, la France en tête, plus idéaliste, puisant ses racines dans la pensée grecque, la Scolastique du Moyen-âge et les écoles de droit, Bologne en particulier, se veut tributaire de la méthode déductive et de la logique d'Aristote et de Saint-Thomas. Cette approche différente n'a eu aucune incidence sur les performances économiques. Le succès et la dynamique du capitalisme trouvent leurs causes ailleurs. L'Histoire, du XV<sup>ème</sup> siècle à nos jours, est là pour le prouver<sup>3</sup>. Et aujourd'hui, l'Allemagne, l'Italie et la France figurent parmi les membres du G7. L'Espagne ne fait pas, non plus, mauvaise figure. Pourquoi donc, nous posons la question en tant que juristes d'Amérique latine, renoncer à une tradition qui s'accommode bien à notre être et à laquelle on se sent si fier ? Cela nous amène à faire quelques remarques sur les principaux atouts du système de la *civil law*, tels qu'on les voit dans notre partie du monde.

Le droit écrit ou codifié est plus accessible aux agents de la vie juridique et économique que celui issu du *case law*. Pour ce faire, c'est-à-dire pour permettre une lecture aisée et intelligible des textes aux non initiés, les rédacteurs du Code Napoléon, et après eux M. Andrés Bello pour le Code civil chilien de 1855, puis adopté par la Colombie (1873) et d'autres pays d'Amérique Latine, ont voulu que le texte de Loi soit simple et clair. Ils ont réussi. Les codes qui se sont inspirés du Code civil français sont des modèles de syntaxe et de simplicité du langage. Et on trouve ces mêmes qualités dans les codes modernes, par exemple le Code de commerce colombien, largement inspiré du Code civil italien de 1942, qui appartient également à la famille de droit romano-germanique. De cela, découle un autre atout fondamental, celui de la sécurité, car les agents économiques peuvent calculer par avance les conséquences de leurs actes. Ce n'est pas le cas d'un droit à caractère jurisprudentiel. La lecture des arrêts ainsi que l'identification du précédent applicable au cas concret exigent une connaissance approfondie du droit, une *full immersion* dans un océan d'informations. De plus, et par la force même des choses, le droit de la *common law* évolue à pas lent. La dynamique des affaires, la vitesse à laquelle évolue le monde contemporain, exigent une réponse appropriée. Telle est, peut être, la raison pour laquelle, de nos jours, les lois (droit écrit) se multiplient en Angleterre et aux États-Unis. Malheureusement, cette

---

<sup>3</sup> V. F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Paris, Flammarion, 2001.

prolifération législative ne se traduit pas toujours par des textes simples et clairs : articles trop longs, parfois mal rédigés, souvent contradictoires. On détecte ce style improvisé de légiférer, dont la paternité n'est pas forcément revendiquée par des juristes, dans la législation d'occasion qui se multiplie de nos jours en Amérique Latine, surtout en ce qui concerne le droit monétaire, le droit de la concurrence, la réglementation du crédit et le droit de la faillite. Le besoin de sécurité conseille de revenir aux vertus de la codification à la française : simplicité, clarté et prévisibilité.

Contrairement à ce qui est affirmé fréquemment, les droits codifiés ne sont pas rigides. Leur flexibilité, c'est-à-dire leur aptitude à s'adapter aux besoins changeants de la société et du monde des affaires, n'exige pas qu'une nouvelle loi vienne déroger à la loi ancienne lorsque celle-ci est déjà dépassée par les faits. Comme il est souligné par le Rapport français, « un droit codifié peut évoluer, et fort bien, grâce à trois facteurs principaux, qui tiennent à la vitalité de ses sources, ainsi qu'à la généralité de ses règles et à leur caractère supplétif ». Il va de soi que quelques modifications majeures ne peuvent pas se faire qu'au seul moyen de lois abrogeant les textes mêmes du Code (filiation, divorce, régimes matrimoniaux, droit successoral). Les pays d'Amérique du Sud l'ont fait tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle. Des réformes ont été décidées en Colombie dès 1936 et on peut dire, d'une manière semblable à ce qui s'est passé en France, que le *corpus* a survécu, « remanié, mais non détruit »<sup>4</sup>.

Toutefois, la vitalité des sources n'est pas seulement due au législateur. Elle provient aussi de la jurisprudence, qui a fait preuve, maintes fois, de sa capacité à répondre aux besoins du monde moderne et en particulier à l'*homo economicus*. Pour ne citer que quelques exemples, en Colombie la responsabilité extra-contractuelle a été entièrement remaniée par la Cour Suprême de Justice à partir des vieux textes du Code de Bello (art. 2341 à 2360 du Code civil colombien) ; le principe général de la bonne foi informe les périodes de conclusion et d'exécution du contrat, exigeant aux parties de se comporter loyalement sous peine d'indemniser les dommages-intérêts ; la révision judiciaire du contrat par modification des circonstances économiques existantes au moment de la conclusion du contrat a été admise par la jurisprudence dès 1936, avant que le législateur (art. 868 du Code de commerce) ne lui ait donné charte de citoyenneté ; les droits de la personnalité sont protégés, grâce à l'imagination des juges, qui, très tôt, dès 1922, ont su trouver, dans la généralité des articles du Code civil, l'assise nécessaire pour condamner les auteurs du dommage à réparer le préjudice

---

<sup>4</sup> J.L. HALPERIN, « Le regard de l'historien », in *Le Code civil 1804 - 2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, Litec, 2004, p. 43 et s., cité par le Rapport Français, *Les droits de tradition civiliste en question ; À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, vol. 1, Paris, Société de législation comparée, 2006.

moral et celui lié au changement de train de vie (culturelle, sociale et familiale, indépendamment de toute incidence pécuniaire) de la victime ; et enfin, la jurisprudence n'a pas hésité à faire renforcer les termes du contrat, en mettant à la charge de certains débiteurs une obligation de sécurité.

Il y a aussi le principe général du caractère supplétif des règles de droit privé. Donc, une grande marge d'action pour la liberté contractuelle qui désormais n'a d'autres limites que celles de l'ordre public politique, à détermination judiciaire, et de l'ordre public économique, à détermination nécessairement législative, encore pour des raisons de sécurité, car le juge, qui ne peut pas décider par voie générale, n'est pas en position « d'apprécier les avantages et les inconvénients économiques de tel contrat ou de telle clause - leurs incidences - qu'en raisonnant sur des ensembles, non sur des cas d'espèce »<sup>5</sup>. L'exercice de la liberté contractuelle - et cela prouve qu'il ne s'agit pas de systèmes fermés, mais ouverts à l'influence étrangère lorsqu'elle est bénéfique - a permis d'introduire des nouveaux types contractuels : fiducie, *leasing*, *franchising*, *factoring*, carte de crédit, etc. Donc, perméabilité salutaire.

Pour finir : *common law*, *civil law*, deux systèmes qui sont, à parts égales, valides et efficaces. Chacun a ses propres avantages et ses propres défauts ; les deux permettent le développement de l'économie. Et les deux, par des moyens différents, par exemple, *consideration* et notion de cause, *remedies for a breach of contract* et sanctions pour inexécution du contrat, arrivent à peu près aux mêmes solutions de fond<sup>6</sup>. Pourquoi, donc, renoncer à une tradition bien ancrée ? Et pourquoi laisser le sort de la justice distributive entre les mains du juge, incapable de mesurer les incidences de sa décision sur le plan général ?

---

<sup>5</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations 1. L'acte juridique*, Paris, Armand Colin, 2004, p. 216.

<sup>6</sup> V. D. TALLON « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* n°2, avr.-juin 1994, p. 223 et s.

## ESPAGNE

Elena LAUROBA \*

L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique Française a estimé nécessaire, après avoir pris connaissance des Rapports *Doing Business* 2004 et 2005 établis à la demande du Groupe de la Banque Mondiale<sup>1</sup>, d'élaborer une analyse méticuleuse afin de spécifier les inexactitudes et les lacunes contenues dans ces rapports. Nous réfutons fondamentalement un de ses principaux arguments qui est que les pays avec une législation plus détaillée ou, en d'autres termes, réglementaire, subissent un développement économique inférieur, ce qui serait alors lié à l'infériorité des pays qui s'inscrivent dans un système de *civil law*, où la transcription des lois en textes écrits et codes est un des éléments paradigmatiques, face à ceux de *common law*, qui dépendent des juges<sup>2</sup>. Ce postulat est à la fois le point de départ (« Heavier regulation is generally associated with more inefficiency in public institutions », p. XIV) et la conclusion la plus significative (CAP 7, pp. 83-95) des rapports *Doing Business*, mais aussi une donnée récurrente de toute l'analyse. Le recours au règlement, qui se manifeste par une intervention de l'État, représente, selon les responsables du rapport, un obstacle déterminant pour l'économie des États, mais aussi un jugement qui s'avère spécialement onéreux dans les pays sous-développés qui ont maintenu la « dépendance juridique » avec leur pays colonisateurs, ce qui n'est au fond qu'un héritage empoisonné.

Certaines caractéristiques des rapports *Doing Business* pourraient être réfutables, simplement en constatant les préjugés de leurs auteurs, qui conditionnent de manière déterminante les conclusions du texte. Il s'avère évident que, à partir de la méthodologie employée, seule la main invisible du

---

\* Professeur à la Faculté de droit civil de l'Université de Barcelone, Secrétaire général du Groupe espagnol de l'Association Henri Capitant.

<sup>1</sup> Consultables sur : [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org). Les pages citées dans le texte datent de 2004.

<sup>2</sup> Le système *civil law* est méprisé de façon répétitive ; ainsi, p. 89 : « Common-law countries (...) and Nordic countries (...) offer the best practices in business regulation ».

marché sert à fixer le droit patrimonial optimal pour le trafic juridique (il suffit d'ailleurs de rappeler que, en situant « les Principles of Good Regulation », p. 92, le premier indice est « Simplify and Deregulate in Competitive markets »). Cette prémisse fixée, la reproduction pourrait paraître superflue, non pas parce que le rapport n'est pas de caractère académique ou privé, mais plutôt parce qu'il s'inscrit dans les tâches institutionnelles que développe la Banque Mondiale. D'où la nécessité d'un prononcé express.

Le Groupe français de l'Association H. Capitant a élaboré un travail rigoureux et détaillé de réfutation qui fut diffusé sur différents circuits<sup>3</sup>. Ses conclusions sont parfaitement acceptables pour les juristes de la tradition du *civil law*. Nous pourrions d'ailleurs nous contenter d'adhérer aux conclusions de l'étude étant donné qu'elles ne se limitent pas au droit français (on remarque en effet plusieurs connexions évidentes). Un texte spécifique a cependant été choisi et cela sur plusieurs aspects, tant par rapport au droit espagnol qu'à certains des concepts maniés. Il a été parallèlement omis de rédiger un texte s'arrêtant sur chacune des références au cas espagnol, et cela étant donné qu'elles méritent souvent la même réponse, c'est-à-dire par l'assignation au même système juridique. Concrètement, nous souhaitons nous arrêter sur cinq points : les sources maniées (1) ; le rôle attribué au marché et la méthode d'analyse (2) ; l'attention zéro au droit européen (3) ; la conception « imperméable » des systèmes du *civil law* et du *common law* (4) et la codification (5).

1. Malgré le travail apparemment exhaustif sur le terrain, c'est-à-dire, de recueil de données - exposé par les auteurs - et de la présentation des indicateurs quantitatifs qui garantissent les hypothèses développées - il est confirmé que pour plus de cent trente pays (p. VIII), les sources sont toujours obtenues par la collaboration des bureaux d'avocats. Pour cela, bien qu'il ait été confirmé (p. IX) que les indicateurs (en révision permanente) aient été choisis « by the academic community, government official, and local professionals », à la page , il est fait allusion à des juges et aux « local experts ». En examinant les remerciements (p. 191) on constate que, au moins dans le cas espagnol, les interlocuteurs ont été d'importants cabinets d'avocats, et cela sans que soient intervenus d'autres acteurs juridiques, comme par exemple, des magistrats, des membres de la Communauté universitaire, des notaires ou inspecteurs de la propriété - qui pourraient donner une vision moins complaisante des postulats qui depuis le début tient

---

<sup>3</sup> V. Association Henri Capitant, *Les droits de traditions civiliste en question – À propos des Rapports Doing Business*, Paris, Société de législation comparée, 2006, 143 p. La relation entre les auteurs se retrouve dans la note 1.

le *Doing Business* en éveil (la seule exception sont les deux représentants de la Banque d'Espagne mais nous ne savons pas vraiment s'il faut les considérer strictement comme des acteurs juridiques). De même, il est assez surprenant que certaines des données soient traitées de manière abstraite, sans rappeler la façon dont elles ont été produites. Un exemple significatif : en abordant le droit du travail espagnol, on oublie que notre pays a été doté de normes pendant les années quatre-vingt qui étaient déterminées, pour la plupart, par l'avènement du système démocratique en Espagne et la nécessité de changer le régime précédent. Il est également surprenant qu'on élude des aspects historiques, ou encore qu'on mentionne parfois des données historiques comme support extérieur à certaines affirmations, comme quand il est fait allusion aux tribunaux spéciaux marchands, concrètement au *Consulat del Mar*, qui en général n'est pas mentionné, étant donné qu'on renvoie normalement à d'autres consulats (p. 46, et en cas d'actes consécutifs, on renvoie à l'Amérique du Sud). L'institution du *Consulat* est une référence, mais aussi une marque relative d'érudition qui, pour ce qui est réellement important - la spécificité d'une juridiction -, réside dans le fait que dans notre pays, depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2004, les tribunaux marchands sont entrés en fonctionnement<sup>4</sup>. Il doit être pris en compte que le texte inclut, comme traits importants, des allusions historiques qui lui servent à renforcer des affirmations désajustées et y compris pittoresques par exemple son jugement surprenant sur les notaires. Il paraît évident que les auteurs ne comprennent pas la portée de leur tâche - cause déterminante - dans le trafic juridique, et donc sont amenés, sans justification, à plaider pour sa suppression, les considérant comme un obstacle. Et ils se permettent la réflexion suivante : « Why do some countries still have notaries involved in business registration? It is hard to tell, but history is repelte with examples of institutions that have outlived their usefulness. Notaries were a large part of Italian tradition... », (p. 27). En résumé, il s'agit d'une construction apparemment érudite, mais au fond superficielle tant dans la vision historique que dans les problèmes actuels<sup>5</sup>.

2. L'affirmation que le meilleur stimulant pour les affaires est la loi du marché et cela face aux politiques législatives n'est pas bien pensé. Il est évident que, pour les auteurs : hors du marché, point de salut ! Toutefois, le fait qu'il n'y ait pas de règlement n'est pas la meilleure garantie pour la création et le développement des entreprises - et, par conséquent pour la prospérité -, et il convient donc plutôt de créer un règlement adéquat.

---

<sup>4</sup> Créés par la loi n° 8/2003, du 9 juill. 2003, qui a modifié la loi n° 6/1985 du 1<sup>er</sup> juill. 1985, sur le pouvoir judiciaire (v. art. 86 bis).

<sup>5</sup> V. La réfutation dans le rapport de l'association Henri Capitant, p. 77, où on se souvient que certains États de l'EEUU avaient créé les notaires civils, en imitant les notaires latins.

Pour l'instant, nous pourrions donner une autre lecture au rôle du marché par rapport aux normes, qui ne se réfère pas à l'absence - ou la *jibarización* - des législations, mais à la concurrence des différentes législations entre elles : « le shopping du droit », permettant le choix de l'utilisateur - une question ayant également été abordée spécifiquement par les partisans de l'analyse économique du droit <sup>6</sup>.

Les conclusions qui se dégagent des rapports *Doing Business* sont liées à la méthodologie qui est employée, cause déterminante de toute conclusion de fond. Nous sommes face à un exercice s'inscrivant dans les manifestations les plus récentes du courant de *Law and Economics*, une perspective honorée par quelques acteurs juridiques et objet de méfiance notoire des autres. Sans que cela paraisse la réduction en miettes des vertus et un manque de méthode, il convient de rappeler à ses protecteurs que le droit a toujours prêté attention à l'économie. Il suffit de mentionner l'œuvre de Rossi <sup>7</sup>, dans laquelle il affirmait que « la loi civile aurait dû réfléchir avec une exactitude scrupuleuse l'image mobile des faits économiques de la société » pour déplorer certains contenus du code <sup>8</sup> ou le texte avec lequel, cent ans plus tard, en 1937, Josserand honorait Henri Capitant : « Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques » <sup>9</sup>.

Or - et les deux textes ci dessus sont là pour en témoigner -, en général, le lien étroit entre ces deux disciplines se montre dans la « phase créative » du droit, s'avérant évident que le législateur avait bien en tête certaines conditions et situations ; toutefois, la particularité maximale de la méthode mentionnée se projette dans la « phase exécutive », c'est-à-dire, non plus comme instrument juridique législatif, mais comme un instrument produisant des effets : quels sont ses coûts pour la collectivité et pour ses usagers ?.

À ce niveau, il est indiscutable que l'économie constitue un instrument précieux pour une meilleure création, intelligence et interprétation du droit, mais il conviendrait de la situer dans ses termes justes, sans conversion enthousiaste avec des postulats qui ne sont pas toujours en accord avec les

---

<sup>6</sup> V. S. CAMARA LAPUENTE, « Un droit privé ou un code civil pour l'Europe : introduction, nœud et dénouement », in S. CAMARA LAPUENTE, *Droit privé européen*, Colex, 2003, p. 72 (et dans le même volume, ALFARO AGUILA – REAL, « L'unification du Droit privé dans l'Union Européenne : une perspective », p.107 et s., pour une analyse économique de la question). Ainsi même, preuve de l'intérêt dans différents États, nous voulons mentionner A. ZOPPINI (éd.), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, éd. Laterza, 2004, avec la collaboration de G. ALPA, qui oppose cette hypothèse, qu'il juge irréaliste, à un futur code civil européen. On note pour compenser que les rédacteurs de DB ignorent, simplement, le futur Européen.

<sup>7</sup> *Observations sur le droit civil français considéré dans ses rapports avec l'État économique de la société*, Paris, 1837.

<sup>8</sup> Cité par A. BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTDC*, 2000-1, p. 16, note 81.

<sup>9</sup> L. JOSSERAND, in *Etudes de Droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz 1939 (éd. anast. 1977), p. 369 et s.

postulats juridiques. L'économie devrait être un outil utile et en aucun cas impliquer la subordination de la discipline juridique à une autre matière, ni l'abandon des concepts et procédures spécifiques du droit. Toutefois, les défenseurs de l'analyse économique du droit plaident pour l'interprétation et l'analyse du droit à partir (ou mieux, exclusivement) des concepts et instruments techniques que procurent les sciences économiques : ils emploient un nouveau vocabulaire et apportent une structure analytique particulière. Les économistes assument le rôle caractéristique du juriste<sup>10</sup>. L'analyse économique du droit implique que toutes les évaluations juridiques peuvent, en dernier ressort, (et même doivent) être reconstruites et interprétées conformément aux catégories que nous fournit la pensée économique (...) son dernier objectif sera l'explication complète du monde juridique (dans son double aspect, institutionnel et conducteur) et cela par un recours aux catégories, à des méthodes et techniques, en un mot, à des instruments, propres à l'économiste<sup>11</sup>. En gros, bien qu'il n'existe qu'un seul courant, cette méthode cristallise de façon nostalgique « l'habilitation de la théorie microéconomique néoclassique comme théorie du droit ou (ce qui revient au même) *l'économie politique comme jurisprudence rationnelle*<sup>12</sup>, ou plus synthétiquement, l'éternel retour du '*laissez-faire laissez passer*' ».

Depuis cette perspective, les normes se justifient dans la mesure où elles produisent des résultats efficaces depuis un point de vue strictement économique. Dans le cas contraire, sa suppression ou son réajustement apparaîtrait comme nécessaire. L'« efficacité » devient un paramètre fondamental pour analyser les conséquences des préceptes juridiques. Mais pour parler d'efficacité il faut situer la relation déterminante à qui et à quoi elle se consacre : quels intérêts elle protège. Les rapports *Doing Business* s'occupent, en biais, de l'intérêt des possibles chefs d'entreprise/entrepreneurs/employés, sans s'arrêter sur les autres acteurs impliqués (seulement parfois, sans grande profondeur, on se souvient des consommateurs, p. 91). On constatera alors ce point, de manière spécialement dissimulée, quand ils examineront le droit de travail et l'obtention de crédits. Par rapport au premier, il permet des affirmations comme celle-ci : « In Bolivia, one of the most regulated economies, an estimated 82 % of the business activity takes place in the informal sector. There, workers enjoy no paid vacations or maternity leave » (p. 87), qui

---

<sup>10</sup> Cela est significatif d'un des principaux diffuseurs de cette méthode Richard Posner, à côté d'autres méthodes, in R. POSNER, « The decline of law as an autonomous discipline :1962-1987 », *Harvard Law Review*, 1987, vol. 100, un article dont le titre est déjà très révélateur.

<sup>11</sup> C. PAZ-ARES, « L'économie politique comme jurisprudence rationnelle (Approximation à la théorie économique du droit) », *Annuaire de Droit civil*, 1981, p. 603. Cet article, paru en 1981, constitue probablement le point de départ pour donner sa place à la méthode en Espagne.

<sup>12</sup> PAZ-ARES, « L'économie politique... », précit., p. 612.

liées à d'autres expositions, permettraient de conclure que les auteurs défendent un système de droit du travail « quasiment esclavagiste ». Nous devons rappeler que le culte de l'efficacité peut dégénérer dans ce qui a été nommé la « falacia eficientista » (la tromperie efficace).

Comme il a été fait remarquer, « la main invisible d'Adam Smith ne recourt, n'incite presque jamais aux droits fondamentaux »<sup>13</sup>. Il s'ensuit que même dans la pratique, quelques partisans de cette méthode - et non les auteurs du travail examiné - nuancent les effets du marché et réclament une intervention plus active de l'État, non seulement dans la compensation des failles du marché, mais aussi comme promoteur de certaines politiques.

En ce qui concerne l'Espagne, on remarque que dans la décennie des années quatre-vingt (p. 37) une législation plus flexible en ce qui concerne les contrats temporaires a été introduite, et s'est durcie à la fin de la décennie. (p. 31). Il a été souligné préalablement et de manière concise que les modalités du contrat à temps partiel et temporaire furent introduites et que « by 1999, almost 30 % of workers, primarily first-time entrants in the labor market, had such contracts ». Pour les auteurs ceci paraît prouver le succès de ces dites modalités contractuelles, mais cela est facilement réfutable. Certainement, sur un marché de travail « plus flexible » (contrats temporaires, etc.), les jeunes et les femmes pourront peut-être avoir un meilleur accès à un poste de travail, mais cela va de pair avec une situation de précarité en rien désirable d'un point de vue social et qui se répercute de façon négative sur l'évolution des économies nationales. De ce fait, de telles formulations s'avèrent inconcevables dans le cadre dans lequel agissent les juristes européens... (Une réalité que le rapport doit reconnaître, bien que ce soit avec une réticence marquée). Une conception presque identique concerne le chapitre consacré à l'obtention des crédits, qui se préoccupe seulement des créanciers, et ne s'avère pas non plus très convaincant.

3. On ignore que l'incorporation des pays à l'Union européenne a entraîné d'importantes transformations de leurs droits nationaux. Actuellement, la transposition des Directives et l'approbation des Règlements a entraîné une relative homogénéisation normative. Concrètement, en matière de sociétés anonymes, le législateur européen a été particulièrement actif<sup>14</sup>, ce que le rapport *Doing Business* passe sous silence.

---

<sup>13</sup> PECES-BARBA, *Cours de Droits fondamentaux. Théorie générale*. Université Carlos III, BOE, 1999, p. 172.

<sup>14</sup> V. A. L. CALVO CARAVACA et J. CARRASCOSA GONZALEZ, « Droit européen des sociétés » in S. CAMARA LAPUENTE, *Droit privé européen*, Colex, 2003, p. 316 et s.

4. Nous avons fait remarquer que l'harmonisation du droit européen atténuée dans divers domaines la dichotomie entre les systèmes de *civil* et *common law*. Ceci est un phénomène qui s'observe en analysant les deux systèmes, au-delà même du cadre européen. L'analyse ignore que de nos jours chaque système juridique est perméable à l'évolution et aux caractères de l'autre et qu'il existe une convergence progressive de solutions et procédures (une greffe de modèles). L'association Henri Capitant estime que « la présentation trop schématique du Rapport ne tient en effet absolument pas compte des phénomènes de métissage et d'hybridation qui rendent possible la coexistence de deux traditions au sein d'un même système juridique »<sup>15</sup>, est définitif. À notre avis, celle-ci représente un des principaux manques des rapports *Doing Business*<sup>16</sup>.

La preuve de cette approximation s'observe dans différents textes, et nous voulons souligner celui de la Convention des Nations Unies sur les contrats d'achat et de vente internationale adoptés en 1980 (la Convention de Vienne), ratifiée par de nombreux pays du *civil* et du *common law*, et qui représente une « synthèse »<sup>17</sup> des deux systèmes. La convention a inspiré autant la réforme du BGB comme celle du Code civil du Québec<sup>18</sup> et a influencé l'importante Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, sur la vente et les garanties des biens de consommation (avec l'introduction, par exemple, du principe de conformité), laquelle emploie des concepts assimilables par les pays de *common law*<sup>19</sup>. En « sens contraire », l'importante Directive 85/375/CE, du 25 juillet 1985, sur la responsabilité pour les dommages causés par des produits défectueux, a influencé aussi plusieurs lois à ce

---

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 77.

<sup>16</sup> Il convient de rappeler le cas de la Louisiane, mais il existe d'autres hypothèses. Une référence maximale est la monographie de la *Louisiana Law Review*, vol 63, 2003-4 : « Louisiana Bicentenary : A fusion of Legal Cultures » avec et entre autres, les articles de G. CANIVET, « Influence croisée de la Common Law et du droit civil » et J.-L. BAUDOUIN, « Mixed Jurisdictions : A model for the XXIst Century ? ».

<sup>17</sup> Cf. MORALES MORENO, « La conformité de la chose vendue selon la directive 1999/44/CE », in LETE ACHIRICA (ed.) *Garanties dans la vente de biens de consommation*, Université de Santiago de Compostelle, 2004, p. 44.

<sup>18</sup> J. L. BAUDOUIN et P.G. JOBIN, « Le code civil français et les codes civils québécois », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec 2004, p. 640.

<sup>19</sup> V. J. ARCO MOLINA, « La directive 1999/44/CC, 25 mai 1999, sur des aspects déterminés de la vente et des garanties de la vente de consommation. Son incorporation au droit civil espagnol et au droit civil catalan » in BADOSA COLLARROYO AMAYUELAS (coords.), *L'harmonisation du droit des obligations en Europe*, Tirant 1<sup>o</sup> Blanch, 2006, p. 168. La trajectoire a été analysée à la convention de Vienne, et concrètement les intentions d'approximation entre droit civil continental et droit anglo-saxon ont donné lieu aux deux conventions « fracassantes » de la Haye de 1964 (p. 167 et note 6).

propos et des législations de pays aussi disparates que l'Australie (de tradition *common law*, nous le rappelons) ou le Japon<sup>20</sup>.

En définitive, comme on peut remarquer lorsqu'on essaie de fixer un patrimoine de droit privé européen commun, la dichotomie si enracinée entre les systèmes de *common* et *civil law* n'apparaît pas comme telle. À partir de là on entend parler d'une « divergence évanescence », qui opère dans les deux directions<sup>21</sup>.

Le rapprochement progressif s'avère aujourd'hui indéniable et tandis que la *civil law* évolue vers un renforcement de la position du juge, les juristes anglais analysent avec une plus grande attention le rôle de la science juridique. Il convient alors de dire qu'il existe une identité substantielle dans les opérations du juriste continental et du *common lawyer*. Et il convient également de rappeler, comme ultime citation (pour opposer à cet énorme appareil de données qui souvent n'aide pas à fonder les affirmations), la Sentence de 2002 *Fairchild v. Glenhaven Funéraire Services Ltd*, selon laquelle la Chambre des Lords britanniques invoquait la jurisprudence allemande, néerlandaise, américaine, canadienne, norvégienne...<sup>22</sup>.

Et comme apostille à ce paragraphe, on constate que les quelques observations ou données traitées pour évaluer l'efficacité ne dépendent pas de l'appartenance à un système juridique ou autre. De là, l'ovation presque ingénue à l'emploi des techniques et registres *on-line* pour accélérer les démarches (p. 93), alors que cette utilisation est une ambition de toutes les nations, et que sa mise en oeuvre progressive dans les différents domaines de l'activité - plus ou moins lente, avec une plus ou moins de grande portée - obéit à d'autres questions, de caractère fondamentalement économique, qui ont peu à voir avec l'assignation à un système juridique. Nous espérons que dans des futurs rapports *Doing Business* le fait d'avoir généralisé ces instruments n'entraînera pas un changement de système juridique, ou encore la preuve de l'influence bénéfique de l'un d'entre eux...

5. Et enfin, nous voulons insister, en accord avec l'exposé développé par la Section française de l'association Henri Capitant, sur les avantages et sur l'actualité de la codification législative<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> M. MARTIN CASALS et J. SOLE FELIU, « La responsabilité pour produits défectueux : un essai d'harmonisation à travers des directives », in S. CAMARA LAPUENTE, *Droit privé européen*, Colex, 2003, p. 933.

<sup>21</sup> R. ZIMMERMANN, « Le legs de Savigny. Histoire du droit, droit comparé et naissance d'une science juridique européenne » in *Etudes de Droit privé européen*, Civitas, 2000, p. 41, en général s'y trouvent plusieurs des travaux contenus dans le volume.

<sup>22</sup> V. E. HONDIUS, « Le code civil et les néerlandais », p. 620 (Ceci est expliqué sous l'épigraphie significative « Le principe d'égalité de systèmes de droit »).

<sup>23</sup> *Op. cit.*, p. 78 et s.

Certainement, dans notre pays nous ne trouvons pas d'exhortations apologiques sur le code civil comme celles réitérées par les auteurs français. « Sa véritable constitution », comme le disait Carbonnier et que de nombreux juristes latins venaient renforcer, n'est pas considérée ni même dans un sens matériel. Il est vrai qu'avant la constitution espagnole de 1978, on était arrivé à dire que le code civil ou, plus justement, son titre préliminaire, pouvait être considéré comme une espèce de « constitution matérielle », mais cette affirmation devait s'inscrire dans la propre situation de notre pays : il s'agissait d'une affirmation liée à la nécessité de se doter d'instruments juridiques avec un minimum de garantie dans le cadre d'un État non démocratique<sup>24</sup>.

Mais l'important ici n'est pas un débat sur le « caractère central » du code civil de nos jours, ni de nous arrêter sur la décodification, un phénomène qu'il convient d'identifier, on suppose, avec la prolifération de normes sur les matières spécifiques et par la suite de revenir sur le débat de l'utilité d'une refonte de code, maintenant appelée « recodification ». Au-delà même de la valeur des codes civils, qui continuent de contenir la base dogmatique de tout le droit non politique, ce que nous voulons souligner est l'utilité de la technique codificatrice en elle-même, même dans sa manifestation la plus limitée : la réalisation à droit constant. La valeur indiscutable d'une codification, aujourd'hui, se trouve dans sa condition d'affaire technique absolument parfaite pour l'« *incardinación* » adéquate et l'intelligence des normes dans un ordre juridique. Face à l'inflation législative irrépressible, les codes clarifient l'application et l'interprétation des lois, deviennent dépositaires du bagage technique du droit qu'ils systématisent et, en dernier ressort, favorisent la sécurité juridique<sup>25</sup>.

La validité de la codification est signalée, simplement, en examinant les processus codificateurs ou *recodificadores* récents, qu'il s'agisse des codes civils des Pays-Bas ou du Québec, ou de l'importante réforme du BGB. Même dans des *Dominions* de *common law* (au-delà de ce qui se réfère à Bentham) des initiatives en ce sens ont été effectuées : depuis 1965, la *English Law Commission* a eu comme priorité initiale la codification du droit des contrats et a recommandé à Harvey McGregor un texte qu'il présenta en 1990. Dans notre pays, la validité de la volonté codificatrice se manifeste en ce moment en Catalogne, où le législateur autonome a jugé comme un de ses objectifs principaux la promulgation d'un code civil, qu'il a formulé comme un code ouvert, à l'image du code hollandais. Grâce à l'approbation, en

---

<sup>24</sup> H. de MINON, particulièrement célèbre sur ce sujet : « Marginaux au nouveau Titre Préliminaire du Code civil », *REDA*, 1974.

<sup>25</sup> V. E. LAUROB et A. LACASA, « Le principe de sécurité juridique et la discontinuité du droit », *Louisiana Law Review*, vol. 63, 2003-4, p. 1266.

2002, de la *Lei primera du codi civil* de Catalogne<sup>26</sup>, le Livre V relatif aux droits réels est en discussion au Parlement catalan - et sera certainement approuvé dans quelques semaines. Ont également été soumis à information publique les Livres II (Personnes et Famille), III (Personne juridique) et IV (Successions).

Voilà les principales observations que suscitent la lecture des rapports *Doing Business*, en ayant pour référence le texte de l'ouvrage *Les droits de tradition civiliste en question - À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale*. Il reste néanmoins à souhaiter que les futurs rapports amendent les inexactitudes - et la perspective - en analysant les questions au moyen de concepts et de raisonnements juridiques. En définitive, il faut qu'elles se placent de manière effective dans le strict cadre du droit, sans le déplacer à d'autres disciplines et fonctions, ou encore à d'autres intérêts.

---

<sup>26</sup> Loi 29/2002, du 30 déc. 2002, Première Loi du Code civil de Catalogne.

# GRÈCE

Nicolaos ANGÉLIS\*

Le Code civil hellénique a été mis en vigueur le 23 février 1946 par le décret-loi du 10 mai 1946. Le système de droit civil adopté par le législateur grec, surtout en ce qui concerne les principes généraux et les obligations, est celui du Code civil allemand. Le choix du législateur grec, effectué après la fin de la deuxième guerre mondiale, était marqué par deux caractéristiques. *Primo*, il achevait une longue période d'hésitation en ce qui concerne le système de droit à adopter après la libération de la Grèce en 1830 de l'Empire Ottoman et l'établissement du nouvel État hellénique (I). Et, *secundo*, à travers le droit allemand, le législateur grec a cherché les racines historiques de son propre droit comme élément essentiel de l'identité nationale (II).

## I. LA PÉRIODE D'HÉSITATION (1830-1946) : LE DROIT BYZANTIN ET LE CHOIX EN FAVEUR DU DROIT CIVIL ALLEMAND

La Grèce fut libérée de l'Empire Ottoman en 1830. Le nouvel État avait besoin d'un système de droit. Le choix opéré à l'époque par le législateur grec fut fonction de la conception que les Hellènes se faisaient quant à leur identité nationale. Ils considéraient que l'Empire Byzantin était imprégné par l'esprit de la civilisation grecque antique y compris par l'esprit du droit grec ancien.

---

\* Docteur en droit.

### A. - *L'option pour le droit byzantin*

C'est pour cette raison que, pendant la guerre d'indépendance déjà les assemblées constituantes d'Épidaure, d'Astros et de Trézène [Troizina], en 1822, 1825 et 1828 respectivement, ont érigé « les lois des nos Empereurs [byzantins] » dans la législation du pays. Par ailleurs, l'Assemblée de Trézène a exprimé le vœu que « les Codes à rédiger ultérieurement prennent surtout pour base la législation française ».

Après la libération et l'instauration du nouvel État, pendant la période dite du *Gouverneur Capodistrias*, le décret du 15 décembre 1828 disposait que « les tribunaux suivent les lois des Empereurs contenues dans *l'Exabible* d'Arménopoulos ». Enfin, lors de la période de la Régence fut promulgué le décret du 23 février 1835, qui stipulait : « Les lois civiles des Empereurs byzantins, contenues dans *l'Exabible* d'Arménopoulos, seront en vigueur, jusqu'à la promulgation du Code civil, dont la rédaction a déjà été ordonnée. Pourtant, les coutumes qui ont été consacrées par l'habitude pluriannuelle et constante ou par les arrêts des tribunaux, sont en vigueur là où elles ont prédominé ». Ledit décret traçait avec netteté les grandes lignes du droit en vigueur de la Grèce moderne : 1/ en principe, les dispositions de *l'Exabible* d'Arménopoulos étaient érigées en droit en vigueur, mais 2/ au cas où elles entreraient en conflit avec une coutume locale, c'est cette dernière qui prédominerait et, enfin, 3/ la rédaction d'un code civil était solennellement annoncée.

### B. - *La période transitoire et le choix effectué*

Ainsi, s'ouvrit une période transitoire durant laquelle un code civil devait être rédigé. Or, en fait, cette période allait durer un siècle, puisque le nouveau Code civil a été finalement mis en vigueur en 1946. Pendant cette période deux tendances ont prédominé. La première correspondait aux vœux des révolutionnaires grecs inspirés par les idéaux de la Révolution française et exprimée par l'Assemblée constituante de Trézène. C'est la raison pour laquelle, le droit civil français fut enseigné à la Faculté de droit de l'Université d'Athènes dès 1837, année de sa création, et jusqu'en 1884.

La seconde tendance fut le fruit de la nouvelle situation politique créée par l'arrivée au pouvoir du roi Otto, d'origine bavaroise. À partir de cette époque, les juristes grecs se rendaient en Allemagne pour y faire leurs études de droit civil, et ils transposaient ainsi en Grèce l'esprit juridique allemand. En participant aux comités de rédaction du nouveau Code civil hellénique, ils ont façonné ses dispositions et ses institutions selon l'esprit du *Pandektenrecht*, qui a été codifié par le Code civil allemand en 1900. À

ce titre, on peut considérer que même l'article 1er du Code Civil hellénique, qui reconnaît comme source du droit la coutume, est le résultat de l'influence de l'École d'histoire du droit de Savigny.

## II. À LA RECHERCHE DES RACINES DU DROIT CIVIL HELLÉNIQUE

Poussé par les circonstances historiques, le législateur grec a opté en partie pour le droit allemand comme source d'inspiration du droit civil hellénique. Il aurait pu procéder à un autre choix, comme par exemple le droit français dont il a toutefois puisé les bases concernant le droit des biens. En réalité, derrière ses choix, le législateur grec cherchait à satisfaire le besoin de doter le nouvel État hellénique d'un droit civil renouant avec le passé juridique des Hellènes.

De premier abord, le droit allemand semblerait étranger à la tradition juridique de la Grèce moderne. Pourtant, derrière lui, comme derrière les systèmes de droit des pays de l'Europe continentale et de l'Empire byzantin, on peut apercevoir le droit romain, qui constitue leur source commune. Mais, le droit romain et le droit byzantin à leur tour étaient bien imprégnés par les principes du droit de la Grèce antique. Ce qui revient à dire, que le législateur, en optant pour le droit byzantin (1830-1946), remonte à la source originnaire du droit hellénique.

Ainsi, si l'on prend le fil historique à l'envers, on peut voir l'évolution du droit hellénique, qui issu de la Grèce antique, a influencé les droits romain et byzantin et à travers eux le droit allemand, pour arriver enfin à la Grèce moderne.

### A. - *Droit hellénique, hellénistique et greco-romain*

Le droit hellénique est né dans les cités de la Grèce antique et son contenu a subi l'influence de l'ambiance culturelle générale de ces cités. C'est pourquoi, le droit hellénique antique constitue un des éléments les plus essentiels de la civilisation de l'ère classique. En tant que tel, il condense les valeurs de la sagesse juridique et politique des Hellènes de l'antiquité. Les débats des rhéteurs à l'agora et devant les juridictions cultivaient l'esprit dialectique du droit ; la conception que se faisaient du destin humain les poètes tragiques donnait un sens particulier aux dispositions juridiques ; la sagesse juridique des législateurs (*nomothètes*) atténuait les inégalités sociales et politiques ; et enfin le discours moral des philosophes réclamait la moralisation du droit.

C'est cette ambiance culturelle globale, qui déterminait d'une manière originale le contenu des règles juridiques. Ainsi, au niveau du droit public naquirent les valeurs de la démocratie, de la liberté, de l'égalité, de la justice, de la séparation des pouvoirs, de la primauté de la loi et de l'État de droit. Dans le cadre général formé par les valeurs du climat culturel global et par celles du droit public émergèrent les principes de l'*équité* et de la *bonne foi*, en tant que règles porteuses de prudence et de sagesse pratique, qui nourrissaient les règles du droit privé.

Les conquêtes d'Alexandre le Grand ont étendu les limites géographiques, mais aussi culturelles, de la Grèce antique en contribuant ainsi à la propagation de son droit à tous les pays du bassin oriental de la Méditerranée. Certes, avant les conquêtes d'Alexandre le Grand, les pays occupés avaient développé leur civilisation et leur droit propres. Toutefois, pendant la période hellénistique ces pays n'ont pas échappé à l'influence de la culture hellénistique, y compris de son droit. Les principes de l'équité et de la bonne foi pénétrèrent dans le corps du droit écrit ou coutumier des pays orientaux. D'où la naissance du *droit hellénistique*.

C'est ce droit *hellénistique* riche en contenu que les romains ont trouvé comme droit en vigueur des pays occupés après la conquête de la Grèce en 146 avant J.C. et ensuite des pays de l'Orient. Cependant, la rencontre des Romains avec la culture hellénistique et le droit greco-hellénistique ne fut pas sans conséquences. Les rhéteurs et les juristes romains ont puisé dans la lecture des œuvres des rhéteurs et des philosophes grecs les valeurs-principes de l'*équité* et de la *bonne foi* pour les transposer en droit civil romain et enrichir son contenu de cette nouvelle matière. En même temps, ils ont façonné cette matière juridique et l'ont imprégnée de leur génie systématique. Or, c'est ce droit mélangé d'éléments grecs et romains que l'on a appelé *droit greco-romain*.

### B. - Droits greco-romain, byzantin et allemand

Le transfert de la capitale de l'Empire romain à Constantinople et la création de l'Empire byzantin ouvrirent la période byzantine du droit romain, au cours de laquelle plusieurs codifications de ce droit ont vu le jour. La première fut opérée par Justinien et aboutit au *Corpus Juris Civilis* dont l'interprétation par les *glossateurs*, l'application, l'étude et l'enrichissement théorique ont été répandus aux pays européens et notamment en Italie, en France (Code Napoléon) et en Allemagne (*Pandektenrecht*).

C'est donc ainsi que l'esprit du droit grec ancien, à travers les droits greco-romain, byzantin et allemand, a abouti dans ses grandes lignes au

Code civil hellénique. Il est évident que cette conception de l'évolution du droit civil hellénique doit tenir compte de l'enrichissement apporté au noyau primitif par l'expérience historique des peuples et leur sagesse juridique.



## GUATEMALA

Eduardo MAYORA ALVARADO\*

C'est avec plaisir que je vous présente ci-dessous quelques commentaires à propos du document préparé par l'Association Henri Capitant intitulé « à propos des Rapports *doing business* de la Banque mondiale », que je nommerai par la suite, plus simplement « La Réponse ». C'est en tant que président du groupe du Guatemala, que j'ai préparé ces commentaires mais n'ayant pas encore eu l'occasion de me concerter avec les autres membres, je ne peux tout de même affirmer que tous y souscrivent. J'espère, à travers ce document éclaircir quelques unes des questions fondamentales sur la réalité de mon pays, comme celles considérées dans « la Réponse ».

### *1. À propos de l'objectif principal des rapports « Doing Business »*

L'objectif principal des Rapports « *Doing Business in 2004, Understanding Regulation y Doing Business in 2005, Removing Obstacles to Growth* » (*Doing business*, par la suite) nous semble important. Il s'agit de faire des recherches sur le contexte et la nature (*manière* est-il dit ici) des régulations qui élargissent l'activité économique mais la contraignent aussi (*Doing Business in 2004*, VIII). Par conséquent, c'est un projet qui prétend, de manière systématique, identifier les éléments ou caractéristiques qui, réunis dans l'ordre juridique d'un Etat en particulier, promouvraient la prospérité et le développement économique de sa population. Dans la mesure où le Droit doit être considéré tant dans sa dimension statique que dynamique, les Rapports *Doing Business* se fixent alors sur le contenu des

---

\* Président du Groupe guatémaltèque de l'Association Henri Capitant.

normes et également sur les procédures et institutions existantes pour leur application. Quant à cet aspect, je remarque une avancée importante vu que, comme nous l'avons ressenti fréquemment au Guatemala, il est habituel de croire que le droit substantiel accuse des insuffisances ou lacunes qui, à leur tour, permettent ou rendent propices des circonstances jugées indésirables ou nuisibles au développement de la société. Toutefois - surtout dans les pays en voie de développement- la plupart du temps, le problème se situe dans la faiblesse ou dans le manque de capacité des organes publics ou des organismes étatiques compétents, à appliquer de manière consistante, les normes juridiques pertinentes. Je reviendrai sur ce sujet par la suite. Il est vrai, cependant, qu'en dépit de la validité de l'objectif signalé et de l'importance des efforts à consacrer pour pouvoir le réaliser, l'équipe qui a participé à l'élaboration et à la présentation des Rapports Doing Business aurait pu être enrichie par la participation de professionnels, non seulement de plusieurs disciplines juridiques, mais aussi des différentes traditions juridiques. Et, comme il est justement indiqué dans *la Réponse*, la composition sectorielle (principalement composée d'économistes de la Common Law) engendre nécessairement, de temps en temps, des répercussions sur le manque de compréhension, ou sur la caractérisation manquée (ratée), à l'occasion, de facteurs spécifiques qui, dans n'importe quelle juridiction que ces Rapports couvrent, tolèrent les conséquences ici décrites.

## 2. À propos de la méthodologie des rapports « Doing Business »

Le cas, l'exemple, que je viens de signaler ci-dessus a à voir en partie, avec le problème de la méthodologie employée dans les Rapports *Doing Business*, pas uniquement dans le sens que les outils de l'économétrie doivent être écartés pour ce type d'analyse, mais pour deux autres raisons, à savoir :

- 1. Que pour formuler des hypothèses pertinentes sur le contenu et le caractère opérationnel des diverses institutions de l'ordre juridique de tout Etat, d'une part, et de la dynamique de son activité d'affaires, d'autre part, il est important de pouvoir compter sur le concours d'experts capables d'identifier les séries de phénomènes dont la corrélation est jugée importante à établir, et 2- que les connaissances spécialisées sur la tradition juridique dont les responsables doivent définir les hypothèses et phénomènes à relier, peuvent les mener à une sélection juste ou adéquate de ces derniers mêmes.

Il convient également d'ajouter que, comme il est justement indiqué dans *la Réponse*, l'économétrie n'est pas considérée comme un outil valable, ou également valable, par toutes les écoles de pensée économique. Effectivement, certains des auteurs représentatifs de l'école « autrichienne »

estiment que l'analyse économique juste, doit procéder logiquement à partir de prémices *a priori* valables, de manière à ce que les phénomènes qui puissent être constatés dans la réalité, puissent pouvoir s'expliquer de façon « causale » et pas seulement « corrélativement ».

Rien de ceci n'implique que les données et leur corrélation, comme elles se présentent dans les Rapports *Doing Business*, manquent de valeur illustrative ou analytique, bien au contraire. Simplement, elles souffrent de certaines lacunes qui leur sont inhérentes.

### 3. *À propos de l'importance du Droit dans le développement des villages*

« *La Réponse* » voit juste quand elle soutient que le dynamisme de l'activité économique d'un pays, la prospérité ou le développement économique ne dépend pas seulement de l'ordre juridique. À côté du Droit de toute société, les ressources humaines et matérielles qui en dépendent ainsi que la culture (au-delà de la culture juridique) doivent être reconnues comme facteurs fondamentaux de son développement actuel ou potentiel. Ainsi, par exemple l'énorme diversité de langues et les groupes ethniques qui peuplent le Guatemala suppose, dans certains contextes, comme celui de l'intérêt que cette diversité suscite par la visite d'un étranger, un avantage. Dans d'autres contextes, comme celui de l'organisation de l'éducation primaire ou des procédures administratives et judiciaires, cela suppose au contraire un inconvénient (en termes de prix déterminés). Schématiquement, certains des facteurs de développement les plus significatifs peuvent se présenter dans un tableau comme celui ci-dessous :

<p>Le capital humain et ses niveaux:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Nutrition et santé</li> <li>• Education basique</li> <li>• Formation technique et professionnelle</li> <li>• Capacité créative</li> </ul>	<p>Le capital institutionnel et politique exprimé comme l'adoption de valeurs fondamentales.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• L'idéal de l'empire du Droit</li> <li>• La représentation et la participation des citoyens au gouvernement</li> <li>• Le respect à la dignité de la personne</li> <li>• La tolérance d'idéologies diverses.</li> </ul>
---	--

<p>Le capital culturel</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• les habitudes et traditions sociales</li> <li>• Les bases religieuses, morales ou éthiques de la population</li> <li>• L'unité ou la diversité ethnique ou raciale</li> </ul>	<p>Le capital physique et financier en termes d'existence ou de fonctionnalité:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Les ressources naturelles</li> <li>• Les infrastructures publiques</li> <li>• Les marchés de capitaux et financiers.</li> </ul>
---	--

Le régime juridique et les institutions qu'il érige sont, par conséquent, les facteurs très importants pour le développement de toute société, mais qui doivent être aussi considérés dans le cadre d'autres facteurs comme ceux signalés ci-dessus, dans la « Réponse », et qui manquent dans les Rapports *Doing Business* de la Banque mondiale.

#### 4. À propos des éléments essentiels et accidentels qui constituent une tradition juridique

Selon moi, en accord avec ce qui est dit dans *la Réponse*, un des éléments de ceux qui dans les Rapports *Doing business* se trouvera de manière significative, est en rapport avec la caractérisation et la classification de la « famille juridique » à laquelle appartiennent les réglementations considérées contre productives au développement économique des villages.

Cela est extrêmement lamentable vu qu'il devient alors inévitable – comme le démontre une bonne partie de *la Réponse* – que la tradition française soit rendue coupable des effets de ces dites réglementations et cela quand réellement beaucoup d'entre elles n'ont rien à voir avec la tradition mentionnée.

Ainsi, par exemple, il est indiqué dans ces rapports, qu'au Guatemala doivent être suivies 19 procédures qui prennent 1460 jours, pour qu'un contrat soit valide et pour un coût de 40% de la quantité réclamée, pour couvrir les honoraires des avocats et la procédure judiciaire (*Doing Business in 2004*, 42). S'il est vrai que le diagnostic donné peut représenter la réalité, avec toutes les conséquences terribles qui dérivent de cette situation sur la société guatémaltèque, alors les causes de cette réalité ont aussi à voir avec la tradition juridique française comme telle. Les racines de ce grave problème sont multiples et complexes ; et les plus significatives résident, cependant, dans le fait que l'Etat guatémaltèque n'ait pas consacré depuis des décennies, des ressources suffisantes pour la justice, et d'autre part, que depuis le début de l'entrée en vigueur de la Constitution politique de 1985,

la garantie constitutionnelle et légale de protection a généré un nombre impressionnant d'affaires litigieuses impossibles à gérer pour les tribunaux. D'ailleurs la Cour suprême de justice est en train de promouvoir la réforme sur la loi de la protection, exhibition (ou exposition) personnelle et de constitutionnalité, pour limiter l'accès quasiment illimité à une garantie qui, par son ampleur excessive, s'est totalement effacée. La protection, comme institution juridique, n'est pas d'origine française mais espagnole et, en outre sa conception défectueuse dans l'ordre guatémaltèque ne serait pas non plus imputable à son origine - en Espagne il fonctionne de façon adéquate - mais plutôt à la mentalité excessivement « *garantista* » (qui garantit) comme celle conçue dans la Constitution déjà mentionnée (dont l'article 265 indique qu'il n'existe pas de cadre qui ne soit pas susceptible de protection).

Quand il s'agit des démarches et procédures nécessaires pour inscrire une société marchande et son entreprise, c'est aussi une erreur conceptuelle d'identifier l'existence de procédures ou de conditions administratives avec la tradition juridique française. Tout au plus, on pourrait affirmer que cette tradition privilégie (en cet aspect et d'autres) l'examen préventif, *ex ante*, de certaines conditions légales fondamentales, au lieu de laisser libre, aux parties actuellement ou potentiellement touchées, l'exercice d'actions légales, *ex post*, pour dénoncer les inaccomplis avec les conditions expliquées. Les Rapports *Doing Business* eux-mêmes indiquent que chacune de ces techniques (l'examen *ex ante* ou la révision *ex post*) peut être indiquée, suivant les circonstances, comme la capacité des organes publics, pour faire valoir les règlements légaux ou réglementaires existants (*Doing Business in 2004*, 90).

La plupart des formalismes, des exigences d'actes notariaux, des inscriptions au registre ou de l'obtention de permis ou licences administratives qui établissent les lois du Guatemala ou d'autres pays de la région, sont réellement la conséquence d'analyses idéologiques, en terme de rôle que doit jouer l'Etat quant au développement du pays. Ces analyses ont été nourries, entre autre, de la mentalité et de la philosophie économique qui a prédominé au sein de la Commission Economique pour l'Amérique latine (CEPAL) durant une bonne partie des années soixante et soixante dix et non de la tradition juridique française.

De plus, pendant cette période et par la suite, quelques groupes d'intérêt privé ont soutenu ou promu des mesures protectionnistes pour disposer des marchés captifs et se sont servis avec succès de la législation et des réglementations pour obtenir qu'ils augmentent pour leurs concurrents les coûts d'entrés aux divers marchés, ou pour qu'il leur soit plus difficile – pas impossible- d'obtenir un permis. Encore une fois, rien de ceci n'a à voir en

soi avec la tradition juridique française et encore moins avec celle du Droit civil.

Je ne pourrai pas non plus affirmer, sans tomber dans une distorsion sérieuse de la réalité, que la tradition juridique française de la *common law* soit ou ait été une garantie suffisante pour éviter l'excès de règlements interventionnistes. En effet, si on se penche sur le berceau de ce système juridique, c'est-à-dire en Angleterre, on était arrivé à des inconvénients extrêmes pour le développement des activités du milieu d'affaires avant l'arrivée à la tête du gouvernement de Margaret Thatcher. Une grande partie de son legs traite de la « *desregulación* » (dérégulation). Des commentaires semblables pourraient être faits à propos de l'ère connue sous le nom de « *New Deal* » aux Etats-Unis et aussi quant aux politiques qui, des décennies plus tard, menèrent Ronald Reagan à s'opposer aux régulations interventionnistes.

Dans le cas du Guatemala, une bonne partie des régulations, qu'elles soient législatives ou réglementaires, a été produite en opposition aux traditions juridiques françaises, dans le sens suivant :

- Premièrement, en abandonnant presque complètement la technique permettant de modifier les codes existants - ou d'en créer d'autres - de façon à ce que, se maintienne, au moins, un certain niveau de cohérence systématique (comme il s'est produit, entre autre, avec la législation pour la protection du consommateur et du droit administratif) et

- Deuxièmement, en abandonnant la technique qui permet de formuler des règles ou des normes précises qui lient les conséquences spécifiques à des hypothèses clairement définies, en échange de déclarations de principe, d'intentions, ou de formules ambiguës qui se passent de l'usage de la terminologie appropriée (comme il est arrivé avec des réformes à la législation du travail, à la législation pour la protection de l'environnement et celle relative au régime du registre de l'état civil des personnes et de leur identité).

En définitive, dans les Rapports *Doing Business*, on peut remarquer que les auteurs confondent fréquemment la tradition juridique française avec ce qui n'est au fond rien de plus que des régulations poussées suite à des courants idéologiques favorables à l'interventionnisme, ou sous l'effet du *lobby* de puissants groupes d'intérêt privé dont la recherche s'est dirigée vers le protectionnisme économique, de locations ou d'autres privilèges, utilisant la législation et les règlements comme instruments. Cela est regrettable du fait qu'en entretenant cette confusion, les auteurs de ces rapports disqualifient une tradition juridique comme la tradition française qui, tout comme celle du *common law*, est passée par des étapes historiques

pendant lesquelles ont prédominé des visions plus libérales, parfois, plus interventionnistes etc.

5. *À propos de la manière dont se conjuguent divers facteurs de développement avec le droit, et en fonction du développement des villages*

Comme je l'ai indiqué précédemment, les Rapports *Doing business* présentent un projet dont la réalisation est très importante : identifier le cadre juridique normatif qui, avec de plus grandes probabilités, soit capable d'entretenir le développement des villages. Cependant, comme il est justement indiqué dans *La Réponse*, le dit cadre juridique fait partie du cadre et plus largement de la culture d'une société. Par conséquent, les réformes des lois et des règlements qui régissent n'importe quel Etat déterminé, doivent pouvoir s'insérer aussi bien dans le cadre juridique de l'Etat que dans celui de la culture de la société dont il s'agit. Récemment, il a été proposé au Guatemala, un avant-projet de loi sur les garanties immobilières qui, en grande partie, tâche de reproduire dans ce domaine, les institutions propres au *common law*. Naturellement, cet avant-projet possède des promoteurs et détracteurs. Cependant, très peu - voire personne - ne s'est demandé si, réellement, il était possible d'« extirper » au Droit civil du Guatemala ce qui concerne les droits réels de garantie sur des biens immobiliers et à la place, « transplanter » une réglementation provenant de la tradition juridique anglo-américaine. Ceci même nous révèle à quel point, des personnes qui se disent experts, ignorent réellement qu'un des éléments qui définit de manière essentielle la famille juridique romano-germanique est la notion d'« ordre juridique ». Cet ordre ne peut se maintenir ni fonctionner si, les réformes législatives se conçoivent dans une espèce de « vide », sans prendre en considération l'« ordre » déjà existant qui, dans notre tradition juridique - ou ce qui reste d'elle - contient la doctrine scientifique et la jurisprudence. Dans le cas concret du projet de Loi de garanties immobilières, il serait créé un ensemble de normes juridiques isolées, dépourvues de lien avec le reste des normes et institutions du Droit civil du Guatemala et de plus, sans la moindre chance de succès puisque, comme je l'ai signalé auparavant, dans le droit guatémaltèque, « il n'existe pas de milieu qui ne soit pas susceptible de protection » et par conséquent, les procédés prévus dans l'avant projet pour la réalisation extrajudiciaire du « gage », seraient sans cesse, soumis à ce type d'actions. Ce dont le système juridique du Guatemala a besoin - comme il est mis en évidence dans les Rapports « *doing Business* » - consiste en la réforme de ces institutions de justice et du régime de garanties constitutionnelles, et plus fondamentalement de la protection. En obtenant cet objectif, on parviendra à

l'exécution la plus efficiente des contrats avec garanties de gage et aussi, de tous les autres...

### 6. Conclusions

Les Rapports *Doing Business* de la Banque mondiale constituent un apport important en vue d'améliorer la compréhension des relations intimes et existantes entre, d'un côté l'ordonnement juridique d'un pays et d'un autre son développement économique. Cependant, et dit en toute naïveté, en formulant des généralisations qui, premièrement, font abstraction de certains points essentiels de la tradition juridique romano-germanique, et deuxièmement, mettent en relation cette tradition avec des phénomènes qui, la plupart du temps, reflètent la supériorité temporelle des idéologies politiques ou d'écoles de pensée économique qui, dû à de multiples circonstances, empruntent l'ordre juridique de n'importe quelle société politiquement organisée et ainsi créent inutilement une problématique théorique et éventuellement, une pratique en même temps. Et cela qu'elles appartiennent à la tradition du *common law* ou à la tradition juridique française.

Les généralisations faites dans ces rapports en ce qui concerne ce qui est appelé ici avec une certaine légèreté : « *legal origin* », peuvent ou non refléter les préjugés en faveur du système du *common law* et contre la tradition juridique française. Peu importe, elles manquent de subsistance scientifique et souffrent d'une simplicité excessive.

J'estime que *la Réponse* était nécessaire et qu'elle peut contribuer à établir des ponts de collaboration mutuelle entre les équipes qui, comme celle des auteurs des Rapports *Doing Business*, peuvent apporter des techniques complémentaires (comme celle de l'économétrie) et comme équipe de juristes de la tradition juridique romano-germanique, ils peuvent apporter les méthodes propres à leur discipline et un riche bagage historico-culturel.

Depuis la perspective d'un pays en voie de développement il est important d'ajouter, pour ma part, que je constate fréquemment un certain manque de compréhension de la part des experts d'institutions internationales multilatérales, quant à l'importance relative de deux aspects fondamentaux pour que le Droit soit efficace : le contenu de ses dispositions substantielles, d'une part, et l'opération adéquate des institutions chargées de les faire valoir d'autre part. Paradoxalement, les études et recherches de notre temps se concentrent, particulièrement, sur le paraître et sur les critères des mêmes administrations et institutions dont l'inefficacité ou manque de capacité est la source du problème étudié. Je ne doute pas que vous receviez

souvent cette explication : ce n'est pas notre faute, c'est que la Loi ne sert pas...



## INDE

David ANNOUSSAMY\*

Beaucoup a été dit sur les mérites relatifs du système jurisprudentiel du *common law* et du système législatif du continent. Les deux systèmes se sont développés parallèlement, ont supplanté d'autres systèmes dans le monde, mais n'ont pas jusqu'à présent à chercher à s'éliminer mutuellement, sauf quelques tentatives limitées localement. Maintenant que le danger d'un assaut d'envergure du système du *common law* semble se profiler à l'horizon avec les récents rapports de la Banque mondiale il est devenu nécessaire de soupeser les mérites de l'un et de l'autre système de droit. Au plaidoyer qui a été formulé magistralement par l'Association Henri Capitant je n'ai pas grand chose à ajouter sauf quelques remarques qui me viennent à l'esprit du fait de ma pratique successive du droit français et du droit indien lequel appartient au groupe du *common law*.

Napoléon écrivit à son frère Jérôme qu'il avait nommé roi de Westphalie : « Je compte plus sur l'effet du Code pour l'extension et l'affermissement de votre pouvoir que sur les résultats des plus grandes victoires. N'en différez en rien l'établissement. On ne manquera pas d'y faire des objections ; opposez une ferme volonté ». Les colonisateurs de tous les pays ont repris cette politique avec moins de vigueur mais avec plus de succès. Le résultat dure même après le retrait de la puissance politique. Maintenant le processus semble vouloir s'inverser; on dirait que l'impérialisme juridique veut précéder la mainmise politique. Bien qu'on ne puisse rien préjuger de l'ampleur du danger il est prudent d'éviter toute entaille dans la structure juridique elle-même des pays de droit écrit, ce qui n'exclut pas des dispositions communes dans des domaines précis.

En effet, dans le monde moderne on reconnaît les avantages de l'unification du droit et on la réalise ponctuellement sans toucher aux

---

\* Juge honoraire, Membre associé de l'Académie des Sciences d'Outre-Mer, correspondant de l'Association Henri Capitant.

systèmes juridiques eux-mêmes. Unidroit est à l'œuvre depuis un certain temps et sa contribution est appréciée car tout se fait de manière progressive et consensuelle. Mais personne jusqu'à présent n'a pensé à un système juridique unique. Une telle tentative serait d'ailleurs vaine. Le mythe de Babel est là pour nous rappeler la propension naturelle des hommes à vivre distincts des autres.

Seules des raisons contraignantes pourraient pousser un pays indépendant à modifier de fond en comble son système juridique. La Banque mondiale possède des armes financières de contrainte. Mais elle préfère en un premier temps convaincre de l'utilité du changement. Les raisons invoquées ne sont pas concluantes. Le système anglo-saxon n'offre pas un avantage tel que le changement devienne souhaitable. Sur le fond du droit il n'y a pas de différences fondamentales entre les deux systèmes. Le droit anglais n'est que le développement du droit franco-normand, développement soumis aux mêmes forces économiques et aux mêmes idéologies que le droit français. Le vocabulaire juridique anglais est d'origine française, le français y ayant été la langue des cours jusqu'au début du 17<sup>ème</sup> siècle. Une comparaison rapide des deux systèmes révèle deux faits. Issu de la jurisprudence romaine, le droit français a été pétri par la doctrine avant d'épouser la forme de codes, le droit anglais dans la mesure où il a été codifié est passé directement de la jurisprudence à la législation, ce qui ne lui donne pas la même limpidité et la même concision. Il faut aussi souligner que la France a un siècle d'avance dans l'enseignement moderne du droit par rapport à l'Angleterre. En raison de ces faits le système juridique français a certains avantages sur le droit anglais. À l'appui de cette opinion on peut citer ces paroles de Sir Courtenay Ilbert, grand spécialiste anglais dans l'art de légiférer du début du siècle dernier :

« La richesse même des précédents et la forme concrète dans laquelle se présentent les règles de droit en Angleterre sont susceptibles d'exercer une influence inhibitrice sur l'esprit des hommes de loi. La connaissance que par une recherche acharnée on peut déterrer à temps un cas exactement similaire, empêche le recours aux principes et la reconnaissance de son importance. Un manuel de droit se présentera comme une collection exhaustive de décisions où l'esprit critique est absent. L'avocat ou le juge quand il s'embarque dans l'océan des arguments juridiques est capable de trouver sa voie en passant de cap en cap au lieu de se diriger avec une boussole. Les règles laborieusement élaborées par la compétition des analogies en conflit quoique plus certaines dans leur application sont plus difficiles à exprimer que les règles déduites des principes généraux. En conséquence, quoique les principes cardinaux de la loi soient familières et claires pour un juriste consommé en Angleterre, la connaissance du droit est

plus une science ésotérique en Angleterre que dans les pays des codes écrits ».

Maintenant c'est sur le plan pratique que le système de droit écrit est mis en accusation.. Si l'on examine les deux systèmes par rapport à leur souplesse et à leur capacité de faire face aux situations nouvelles on constate que le juge français est tenu par les textes de loi, mais son pouvoir d'interprétation est assez vaste. Le revirement de jurisprudence en est la preuve la plus éclatante. De plus le juge français possède un pouvoir indépendant d'interprétation depuis le bas de l'échelle ; il peut s'écarter du point de vue de la Cour de Cassation et ne s'en prive pas, le cas échéant. Le juge anglais au niveau inférieur n'a pas cette liberté, il se trouve contraint de suivre la jurisprudence des cours supérieures. Même les cours supérieures sont liées par leurs propres précédents; pour s'en libérer, ils doivent avoir recours à la technique de la distinction. Donc la souplesse du droit n'est l'apanage exclusif d'aucun système; tous les deux y arrivent mais par des voies différentes. D'ailleurs aucune règle de droit ne saurait rester figée dans ses détails dans aucune société en évolution.

Par ailleurs si l'on a constaté en certains endroits que réglementation et progrès ne vont pas de pair est-on autorisé à ériger en lien de causalité ce qui n'est peut-être qu'un lien de concomitance? Ne faut-il pas de plus trouver le processus de cause à effet? D'ailleurs une réglementation abondante peut exister dans un pays du *common law*, comme par exemple l'Inde. Pourquoi attribuer à la réglementation elle-même ce qui n'est peut-être dû qu'à un mauvais usage de la réglementation?. N'est-il pas plus sage de suggérer plutôt l'amélioration de la réglementation? Si des dispositions particulières sont néfastes pourquoi s'attaquer au système lui-même. Quand un édifice n'a pas assez de fenêtres, démolit-on l'édifice tout entier?

À mon avis il n'y a rien qui justifie la proposition de remplacer le système juridique du modèle français par un système juridique de modèle anglais. D'ailleurs une telle entreprise serait vaine. Ce sera le droit officiel, existant sur le papier, mais non le droit vécu. Les hommes de loi ne peuvent pas changer leurs conceptions et leur manière de travailler du jour au lendemain. Pour une modification sensible il faut plus d'une génération. C'est un peu comme une conversion religieuse. Les personnes habituées au droit écrit se sont toujours montrées allergiques au *common law*. Ainsi en 1763, après le traité de Paris, la province de Québec résista à la tentative de George III d'introduire le droit anglais et finit par se donner en 1896 un code sur le modèle français. De même la Louisiane cédée en 1803 aux États Unis adopta un code d'inspiration française. Pour mieux résister à l'influence grandissante du *common law* environnant, la Cour Suprême de cet État a décidé en 1974 qu'elle annulerait tout jugement qui ne se référerait pas aux

articles du code avant de prendre en considération les jugements en la matière.

Dans les Établissements français dans l'Inde, on a réussi le tour de force de substituer rapidement le droit indien appartenant à la famille du *common law* au droit français. Cela a été possible pour diverses raisons particulières qui ne se retrouveront pas ailleurs. En premier lieu le *common law* avait été mis sous forme de codes dans l'Inde à l'époque anglaise pour la bonne raison qu'on ne pouvait pas le mettre en vigueur autrement. En deuxième lieu la désertion des Établissements par la quasi totalité de la population française et francisée, et l'influx important de population venue du reste de l'Inde au point de dépasser en nombre le stock préexistant, ont fragilisé le système existant. De plus des hommes de loi sont venus en grand nombre des villes avoisinantes pour conquérir le terrain. De telles conditions pourront difficilement se réaliser ailleurs, car les Établissements français étaient une infime entité par rapport à l'immense Inde. S'il est vrai que le changement a pu se réaliser, il a causé des dommages au personnel en place et la population indienne qui a connu le régime français a nettement l'impression qu'elle a perdu au change.

À supposer même qu'une modification fondamentale soit possible à grande échelle, il ne serait pas sage de soumettre des populations entières à un tel tourment. C'est de plus pleinement inutile. Tout système est capable d'évolution, de répondre aux impératifs nouveaux. Tout système peut se perfectionner en restant lui-même. Il suffit de se délester des dispositions surannées, d'en inventer de nouvelles ou le cas échéant faire des emprunts judiciaires. Tout est dans l'art de légiférer. On ne doit pas se contenter de penser uniquement au but désiré mais rechercher avec soin la meilleure manière de l'atteindre, compte tenu des résistances possibles. Il faut toujours gagner au préalable les esprits et non promulguer une loi à la sauvette. Sinon ce serait une victoire à la Pyrrhus. Un bon politique doit se révéler révolutionnaire dans son discours, pragmatique dans sa législation et fort vigilant à l'application.

En ce qui concerne les points particuliers, je ne voudrais en toucher que deux. D'abord le notariat.

Le notariat à l'anglaise est des plus rudimentaires. Le notaire se contente d'apposer sa signature pour attester que le contenu de l'écrit a été déclaré devant lui et que les parties ont signé devant lui. Sa garantie ne va pas au-delà. Si cela peut suffire à certains actes, il serait inadéquat pour un grand nombre de transactions importantes. En revanche le système français de publicité foncière et de notariat assurent la protection du domaine privé comme du domaine public, empêche les acquisitions irrégulières, les litiges qui s'ensuivent et certaines spoliations. Dans l'Inde française après la suppression du notariat et le changement du système d'enregistrement des

transactions immobilières et leur remplacement par le système indien emprunté à l'Angleterre, il y a constamment de cas de la vente des biens d'autrui, dont sont victimes particulièrement les Pondichériens qui en quittant le territoire y ont laissé des biens. N'importe qui peut rédiger un acte translatif de propriété et le faire enregistrer. Le fonctionnaire du service d'enregistrement a l'obligation de s'assurer seulement de l'identité des parties à la transaction. Nulle vérification à aucun stade des titres de propriété. La vieille génération a encore la nostalgie du notariat à la française.

À l'Île Maurice, bien que le Code de procédure civile anglais soit entré en vigueur depuis longtemps, le notariat à la manière française est resté à peu près intact et fait preuve d'une vitalité extraordinaire au point de maintenir l'usage du français dans la rédaction des actes bien que l'anglais soit devenu la langue des tribunaux.

Le deuxième point sur lequel je voudrais faire quelques remarques c'est la législation du travail. Elle constitue un domaine délicat car elle s'est développée dans un climat conflictuel, elle est lourde de passé et il est difficile d'envisager des modifications de manière objective et détachée en vue du futur. Dans tous les pays elle contient des dispositions fossilisées qui sont préjudiciables à l'intérêt du monde du travail dans son ensemble. Mais elles semblent intangibles, à cause du climat de méfiance réciproque entre le monde de travail et le patronat. Les hommes politiques, esclaves de l'un ou l'autre clan, s'entrechoquent au lieu de dépasser les différences pour élaborer des mesures favorables à la société dans son ensemble, avec bien entendu des dispositions transitoires pour ne pas trop bousculer l'ordre établi.

Cependant on ne peut rester indifférent, car la législation du travail conditionne le progrès économique et les conditions d'existence d'une grande partie de la population. Deux remarques préliminaires. En premier lieu le modèle de législation est maintenant secrété par l'O.I.T. Les normes complémentaires émanent soit des cours soit de l'exécutif, elles peuvent être également contraignantes comme le montre l'exemple de l'Inde.

En deuxième lieu aucun système juridique n'est un obstacle au progrès économique. Seules certaines dispositions particulières sont dotées d'effet dans ce domaine. À cet égard il ne faut pas perdre de vue que les pays ayant des niveaux de développement très différents ne peuvent pas avoir les mêmes dispositions sociales. Ce qu'on peut exiger c'est un compromis qui se placerait un peu au-dessus de la législation correspondante des pays développés quand ils étaient au même niveau de développement.

Ceci dit, je désire évoquer deux questions de la législation du travail qui, à mon avis, doivent retenir l'attention de tous les pays. Le premier c'est la sécurité de l'emploi. C'était à juste titre une aspiration fondamentale;

c'est comme on dit un acquis social. Mais si elle doit conduire à son auto destruction par la fermeture des entreprises, elle mérite un examen attentif et un regard neuf et non passionnel. À cet effet on pourrait avoir présentes à l'esprit les considérations suivantes : Aucun patron sensé ne voudra se débarrasser d'un bon ouvrier. Quand licenciement il y a, on peut l'assortir d'une indemnité substantielle pour mettre en garde le patron impulsif et pour permettre à l'employé d'acquérir la formation nécessaire pour retrouver du travail. On pourrait même prévoir que les licenciements ne devraient avoir lieu que dans certains mois de l'année, sauf cas d'urgence. Ainsi des cours de formation accélérée et pratique pourraient être organisées à ces échéances régulières par l'État gratuitement compte tenu des besoins des entreprises.

Par ailleurs un lien permanent entre le patron et l'ouvrier a des relents de servage ou de travail forcé et empêche le plein épanouissement de l'ouvrier. On s'use dans le même travail et on veut partir vite à la retraite alors que le progrès réalisé en matière de santé lui permet d'avoir une occupation qui lui procurerait une raison de vivre si cela apportait un changement souhaitable. La législation du travail doit promouvoir la mobilité. Si la récompense de l'expérience acquise dans l'entreprise est tout à fait légitime, rien ne doit retenir l'employé contre son gré. Les avantages accessoires acquis dans une entreprise doivent suivre l'employé partout où il va et il faut créer des caisses nationales pour les gérer. Il faudrait favoriser la quête de l'ouvrier d'un travail plus conforme à son goût, plus près de son endroit de prédilection. Un ouvrier satisfait et compétent est le meilleur atout de la productivité.

La question de sécurité d'emploi perdrait naturellement de son importance et serait dépassée par le désir de plein épanouissement si un emploi alternatif était facilement accessible. Ceci nous conduit à la deuxième question qui est celle du plein emploi. Dans ce domaine, les statistiques sont trompeuses. Parmi les chômeurs il y a des vrais et des faux lesquels ne sont pas disposés à travailler. Le chômage n'a pas le même effet sur l'intéressé dans un pays à famille nucléaire que dans un pays où la famille offre une sécurité et où celui qui n'est pas dans le circuit normal de production répertorié a néanmoins des occupations procurant certains avantages à la famille. La comparaison des chiffres par pays ne peut se faire qu'entre pays de structure familiale similaire. Ceci étant, il y a beaucoup à faire dans le domaine de l'accroissement des possibilités d'emploi dans tous les pays. Ce devrait être le pôle essentiel de la mondialisation en tenant compte du besoin éprouvé et de l'idéal de vie de chaque pays. La libre concurrence devrait marcher de pair avec le plein emploi, sinon elle risque de causer de gros dégâts et perturber le monde.

*Note pour l'utilisation de la langue française en droit européen*

La question qui se pose est de savoir si la langue française peut devenir la langue de référence pour les textes et les activités juridiques de l'Union européenne. La portée de la question est précise et réduite. Il n'est pas question de l'usage de la langue pour des fins touristiques et commerciales.

La pratique de L'ONU qui utilise cinq langues officielles et seulement celles-là n'est pas indiquée pour l'Europe dont la consistance est différente. Par ailleurs dans l'Union européenne, la principe est que, pour les usages officiels, chaque pays communique avec les organismes communs et les autres pays dans sa langue. C'est tout à fait légitime. Mais pour l'élaboration des documents communs à caractère juridique il serait utile et commode d'avoir une langue commune. Il serait préférable que cette langue ait aussi un rayonnement dans les pays hors de l'Europe. Si l'on s'en tient à ces critères le choix de situe entre l'anglais et le français. Lequel choisir en définitive? Considérations historiques.

La prose anglaise a été développée systématiquement à l'aide des traductions des oeuvres étrangères parmi les quelles les oeuvres françaises occupent une large place. Tout Anglais cultivé mettait son point d'honneur à connaître le français. Tel n'est pas le cas de l'Américain. Pour ce qui est du droit anglais, il s'est développé à partir du droit franco-normand. Quand on parle de *common law*, on pense plus à une manière d'élaboration et d'application de la loi qu'au contenu de la loi elle même, car ce contenu n'a rien d'extraordinaire par rapport aux autres législations. Le vocabulaire juridique anglais est essentiellement emprunté au français moderne et ancien. Les cours anglaises ont utilisé la langue française jusqu'au début du XVII<sup>ème</sup> siècle. L'enseignement du droit a commencé en France un siècle plus tôt qu'en Angleterre et les catégories juridiques ont été forgées et affinées par cet enseignement. Seulement ces avantages historiques ne suffisent pas pour l'adoption du français, il faut davantage.

*Valeur intrinsèque*

La prose anglaise est écartelée entre le modèle de la prose française et l'impulsion poétique anglaise. En tant que langue, l'anglais est plus imagé, il procède par touches successives et finit par produire l'effet désiré. Autant d'avantages pour l'expression du concret, d'un événement. En revanche le français va droit au but en vue, il exprime la pensée avec clarté, précision et concision, il convient admirablement à l'expression de l'abstrait donc pour les instruments juridiques.. C'est une langue pétrie par le temps pour les instruments internationaux.

Pour mieux saisir les mérites respectifs des deux langues il y aurait intérêt à comparer un texte rédigé en français et traduit en anglais avec un

texte rédigé en anglais sur un sujet du même genre. L'opération inverse serait également intéressante soit, rapprocher un texte rédigé en anglais et traduit en français avec un texte rédigé en français. Un professeur de droit anglais avait lancé cette boutade : « Il est plus facile à un Anglais cultivé de comprendre un texte de loi française en français qu'un texte de loi anglaise rédigé en anglais ». La boutade contient une large part de vérité.

Sir Courtenay Ilbert, un grand spécialiste anglais de la rédaction de lois, résume sa comparaison ainsi :

« Le droit anglais, basé comme il est sur une masse d'expérience légale et administrative, devrait fournir des modèles à nos colonies et aux pays étrangers. Mais il souffre d'un gros handicap à cause de sa forme défectueuse. S'il était mieux exprimé et mieux arrangé, il pourrait être plus rapidement et plus avantageusement adopté et imité par nos législateurs coloniaux. Si des pays comme le Japon se tourne vers la France plutôt que vers l'Angleterre pour leur modèles en matière de législation, ce n'est pas que la loi française soit meilleure en substance, mais parce que elle est dans une forme meilleure et plus intelligible ».

La supériorité de la langue française dans le champ d'expression juridique avait été pleinement reconnue par l'Angleterre, même quand elle avait été la première puissance du monde. En effet Il n'y a pas de lien direct entre puissance économique et prestige linguistique C'est l'entrée en scène de l'Amérique qui a renversé la situation, par sa volonté de puissance sur des nations affaiblies. Mais cette emprise d'une langue en toutes les matières et dans tous les pays est contraire à la nature qui, elle, en tout préfère la variété. C'est la variété qui est source de fécondité. L'usage préférentiel dans le monde européen d'une autre langue que l'anglais lèverait peut-être une hypothèque sur l'avenir.

#### *Mesures à prendre*

Les qualités intrinsèques à elles seules ne suffisent pas pour que le français prenne une place privilégiée. Il faut créer le désir et le besoin à cet effet. Il faut faire du français la langue la plus répandue parmi l'élite européenne, surtout parmi ceux chargés d'enseigner et d'appliquer les lois européennes. Des bourses doivent être généreusement accordées aux intellectuels européens surtout en science politique, droit international, droit européen et administration.

Il faut faire un pas de plus et amener une partie de cette élite à se familiariser avec l'expression juridique française pour qu'elle participe à l'élaboration des textes juridiques européens en français et que ceux ne leur soient pas seulement imposés pour être enseignés et appliqués. Il est donc nécessaire d'ouvrir les colonnes des revues juridiques françaises aux spécialistes des autres pays européens, il faut rendre ces revues populaires et

accessibles dans tous les pays européens. Leur coût est peut être prohibitif aux pays de l'est pour le moment.

En dernier lieu, c'est peut être par-là qu'il faut commencer, il faut que la qualité des textes juridiques français retrouvent le niveau qui leur avait gagné du prestige. Il suffit d'ouvrir le code civil et de comparer les articles nouveaux avec les anciens pour se rendre compte de l'effort à accomplir. À part des mesures d'urgence qui pourraient être prises deux mesures fondamentales qui porteront automatiquement leurs fruits sont à envisager. La première c'est d'instituer tout au long des études du droit une épreuve de dissertation juridique au moyen de laquelle la capacité d'expression personnelle serait développée et où la reproduction des connaissances reçues ne serait pas le seul critère d'appréciation.

La deuxième, c'est d'améliorer l'enseignement de la langue française dans le secondaire et pour cela former des spécialistes d'enseignement du français. À cet effet. Il faudrait repenser les CAPES de lettres. Au départ il y avait le CAPES de lettres classiques imité de l'agrégation de lettres où le groupe français-latin-grec formait un tout. Se rendant vite compte que ce CAPES ne correspondait pas aux besoins nouveaux on a voulu un autre CAPES différent. Au lieu de le concevoir selon les besoins de la nouvelle clientèle scolaire on s'est laissé aller à la solution de l'imitation du CAPES existant et l'on s'est contenté de remplacer les langues classiques par des langues vivantes. Dans les deux CAPES la part du français est sacrifiée au profit des langues anciennes ou modernes. Il faudrait les remplacer par un CAPES de français et un autre de grec- latin. Le nouveau CAPES doit être conçu de telle façon que le niveau des candidats dans d'autres langues n'interfère pas dans le choix et que les professeurs de français soient recrutés parmi ceux qui possèdent une langue riche et pure. Plus que le contenu de leur enseignement c'est la langue qu'ils utilisent journallement qui pénètre imperceptiblement dans l'esprit des jeunes.



## LA « *REDUCTIO AD UNUM* » DU DROIT : NÉODOGMATISME ET IMPÉRIALISME CULTUREL

### Les rapports « *Doing Business* » de la Banque Mondiale : un premier regard d'une comparatiste\*

Anna DE VITA\*\*

#### *1. Une faute d'omission : l'ignorance de la leçon fondamentale du droit comparé et de l'histoire*

Il est peut-être inscrit dans la « force des choses », ou de la loi du plus fort, que ceux qui détiennent les clés du pouvoir économique deviennent les

---

\* L'ami et collègue Michel Grimaldi, en sa qualité de Président de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture juridique française, a sollicité les groupes nationaux affiliés à l'Association à manifester leurs réactions et leurs opinions à propos des Rapports « *Doing Business* » 2004 et 2005, publiés par la Banque Mondiale et ressentis, à juste titre, comme une véritable attaque aux droits de la famille romano-germanique, et notamment au droit français. La réponse française a été une réponse à plusieurs voix, contenue dans un long rapport, approfondi et bien structuré, rédigé par un nombre sélectionné d'éminents juristes – professeurs d'Université, avocats et notaires - représentatifs de l'esprit et de la vocation première de l'Association Henri Capitant dans son ensemble.

Mon apport est beaucoup plus modeste et personnel, traduction de réflexions instantanées. Voici alors quelques notes éparses, qui s'ajoutent au Rapport français, comme une sorte de « postface », de signe de participation solidaire à des préoccupations partagées. Malheureusement, vu l'urgence de répondre à l'appel du Président français, le temps a manqué pour organiser un débat étendu avec d'autres membres du Groupe italien, du moins avec les plus actifs et représentatifs dans les multiples initiatives. Toutefois, j'ai pu bénéficier d'un échange d'idées assez fécond avec Michele Graziadei, Vice-Président de notre Groupe, Professeur de droit comparé à l'Université du Piémont oriental, qui a eu en outre la gentillesse et la générosité de me transmettre une étude fort utile, encore inédite - « *I trasferimenti immobiliari nel mondo di common law* » - présentée en Italie, à l'occasion du Congrès national du notariat en 2005. Je remercie aussi Rodolfo Sacco, Président honoraire du Groupe italien, Professeur émérite à l'Université de Turin, qui a eu la bienveillance de me donner son appui et des suggestions, précieuses comme d'habitude.

\*\* Professeur de Droit Comparé à l'Université de Florence, Présidente du Groupe italien de l'Association Henri Capitant.

instituteurs du monde. Il est néanmoins décevant qu'une organisation institutionnellement chargée de réduire les entraves au progrès surtout des pays défavorisés, envisagé dans le prisme totalisant de la « religion marchande »<sup>1</sup>, ambitionne de trancher sur le choix du système juridique mieux adapté à remplir les besoins de notre époque de façon réductive et simpliste.

Dans ce but, les deux familles représentatives de la civilisation et de la culture juridique occidentale – *civil law* et *common law* – spécifiques avant tout du droit français et du droit américain, sont appréciées à la suite d'une enquête qui ne va pas au-delà des apparences et des platitudes les plus répandues, sans se soucier de « *look out of the cave* »<sup>2</sup>. Mais il est surtout grave, voire redoutable, que les porte-paroles d'une telle organisation, dont la raison d'être et la fonction première supposent que ses expériences mûrissent dans des vastes horizons, ignorent ou demeurent insensibles à la dimension comparative, indissolublement liée à la perspective historique, et partant au relativisme et à l'esprit critique intrinsèques à toute recherche scientifique.

En effet, si les auteurs des rapports en question avaient abordés les *issues* de leurs analyses sans rester enfermés, et de plus foncièrement imbus, dans leur acquis, ils auraient évité de situer le débat sur le terrain un peu primaire, et même enfantin, de la rivalité et de l'affrontement. Il est banal de souligner qu'une tractation « *politically correcte* », apte à saisir de façon adéquate et crédible les termes de l'analyse poursuivie, dépasse le stade d'un survol hâtif et schématique. Elle exige en premier lieu une formation plus avancée dans le domaine du droit, une vision articulée de ses finalités et ses fonctions dans une société qui se veut égalitaire, dans un monde progressivement interdépendant, où le rythme du changement provoque un *deficit* inexorable de certitudes idéologiques et éthiques, et de garanties démocratiques. L'éducation comparative nous rappelle à chaque instant que l'appréhension d'un système, ou mieux d'une tradition juridique, ne se produit pas à coup de chiffres, et de données quantitatives, malgré la séduction de la prétendue objectivité d'un ensemble d'éléments désincarnés, qui sont contés et non pesés.

La démarche privilégiée par nos rapporteurs au fond est un raccourci, ou mieux un « *escape* », une tactique politique dérisoire, qui prétend donner

---

<sup>1</sup> Cf. P. BRUCKNER, *Misère de la prospérité - la religion marchande et ses ennemis*, Paris, Grasset, 2002.

<sup>2</sup> V. l'article, désormais un classique de la littérature comparative, de H.Y. YNTEMA, « Comparative Legal Research, Some Remarks on 'Looking out of the Cave' », 54 *Michigan Law Rev.*, 1956, p. 900 et s. Le professeur Yntema, qui a été un des plus éminents maîtres à penser du droit comparé sur la scène internationale, a enseigné dans une prestigieuse Université américaine, la Michigan Law School. Il évoque ici évidemment l'allégorie platonienne, pour souligner les limites des habitants du « *caveworld* », qui regardent « *the shadows as real* ».

des recettes infaillibles pour résoudre les maux et les difficultés - matérielles, morales, politiques-, l'insécurité, la précarité et les discriminations qui frappent et humilient la condition humaine dans la réalité contemporaine de l'Est comme de l'Ouest, du Sud comme du Nord de la planète. L'enjeu est trop sérieux pour l'abaisser à une compétition, dont les règles sont établies selon des critères non partagés, estimés décisifs et à la lumière d'une seule des optiques possibles : l'efficacité économique amenant à une réalisation expéditive de résultats pratiques.

La logique « *adversarial* », dominante dans la vie courante comme dans la vie juridique, spécialement dans la *common law* américaine, est marquée et conditionnée par un taux de conflictualité élevé. Ce qui convient parfaitement, au niveau des relations sociales ainsi que des impulsions psychologiques individuelles, à la machine d'un droit foncièrement jurisprudentiel, qui tourne et peut tourner par l'input des litiges, notamment dans les rapports de droit privé. Donc, la faveur du système dans ce sens, toujours dans le scénario des Etats Unis, ne doit pas étonner, ni le support de l'environnement économique, ni les pratiques des avocats moyennant la *contingent fee*, et les mécanismes processuels idoines. Tout cela génère et à son tour est nourri par une vision du contexte opérationnel axée sur des alternatives bichromatiques - ou blanc ou noir, d'où la chute dans le premier des pièges que tout comparatiste, même débutant, devrait éviter : la confrontation entre différents droits finalisée dans l'objectif instinctif et rudimentaire d'établir la supériorité de l'un sur l'autre, de couronner le gagnant et marginaliser le perdant. Les positions antagonistes et nationalistes n'amènent à rien, sinon réagir à l'arrogance par l'arrogance, à l'orgueil par l'orgueil.

La radicalisation de la dichotomie appauvrit la connaissance, oubliant que si l'environnement naturel des experts de la Banque Mondiale est la globalisation, c'est justement au nom d'une telle perspective que les modèles juridiques se caractérisent par leur pluralisme et leur dynamique, ayant vocation à circuler et s'entrecroiser<sup>3</sup>. Donc les juristes, les gouvernants et les gouvernés des États à technologie avancée de l'Occident auraient mieux à faire que de déployer leurs énergies, s'amusant à établir des cotes de hit parade dans des fausses oppositions entre systèmes, qui se fondent sur les valeurs d'une civilisation commune.

Ainsi, la distance dictée et détectée au niveau plus complexe de la comparaison, d'approfondissement des éléments constitutifs, des catégories conceptuelles, des institutions juridiques privée et publiques, qui appartiennent spécifiquement aux « *legal traditions* » en question, s'écourte

---

<sup>3</sup> V. R. SACCO, « Introduzione al Diritto comparato », in *Trattato di Diritto comparato*, R. SACCO (dir.), 5<sup>e</sup> éd., Turin, 1992, Chap. Ier et *passim*.

sous l'effet d'une philosophie et d'une politique découlant de la même prémisse : c'est-à-dire le rôle assigné et reconnu au droit en tant que force déterminante dans l'aménagement et la régulation de la vie des particuliers et de l'ordre étatique, en tant que mécanisme en même temps de protection des activités individuelles et instrument de « radical policy »<sup>4</sup>.

Il est temps de rappeler que la récréation est finie. Le vrai travail, d'aujourd'hui comme de demain, des juristes et des hommes des sciences, des praticiens et des « mesureurs d'efficacité » du système, sera d'autant plus utile et méritoire dès que tous les protagonistes, officiels et officieux, du *legal process* des différents pays, surtout européens, éviteront de se retrancher derrière leurs frontières nationales.

Dans sa formation juridique chacun reproduit naturellement le contexte de la société et du milieu culturel dont il sort, son mode de pensée en est fatalement, voire naturellement conditionné ainsi que l'attitude vis-à-vis de son propre droit et des droits étrangers. La tentation première et irrésistible est de ramener les phénomènes « exotiques » dans l'aire rassurante de sa réalité conceptuelle et existentielle, familière et réputée maîtrisable. Cette pré-conception déforme et ajuste les phénomènes investigués d'après des buts et des préoccupations personnels, plus ou moins contingents, qui, selon la place et les responsabilités sociales, institutionnelles et politiques de l'acteur, ne sont pas toujours détachés et innocents. Le droit comparé, comme la science tout court, se devrait de rappeler au juriste, que cette approche, comme l'a écrit de façon très incisive un éminent comparatiste : «...l'enferme littéralement et souvent avec des œillères...dans un cadre dont j'aimerais dire, sans blasphémer, qu'il est pour lui la voie, la vérité et la vie »<sup>5</sup>

Au début du nouveau siècle, il faudrait être conscient que nos destins se jouent sur le terrain du pluralisme, de l'affirmation des valeurs cosmopolites dans la sauvegarde des identités et des cultures nationales.

## 2. *L'expansion de la Law and Economics et la compétition entre civil law et common law*

La thèse apparemment irréfutable selon les postulats des analystes de la Banque Mondiale, fondés sur une corrélation directe entre la nature du système juridique et le développement économique, considérant les finalités économiques comme les finalités premières du droit, les amène à donner la

---

<sup>4</sup> J. HILL, « Comparative Law, Law Reform and Legal Theory », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1989, p.106.

<sup>5</sup> J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Diegem (Belgique), 1995.

palme du système dont la structure et les règles sont les plus fonctionnelles dans ce but, à la *common law*, ou plutôt au système des États-Unis.

Ce n'est pas un hasard, comme il est bien connu, que la *Law and Economics* ait fait ses premiers pas sur terre américaine. Nouvelle science aux origines récentes, qui datent de la deuxième moitié du siècle dernier, elle ne peut pas se targuer d'une ancienne noblesse, mais du mérite (ou démérite) d'avoir révolutionné la perspective traditionnelle des secteurs disciplinaires les plus variés, leur appliquant les méthodes quantitatives empruntées à l'économie à savoir à une science qui s'est imposée sur les autres sciences sociales lorsque elle a conquis la rigueur des mathématiques newtoniennes<sup>6</sup>.

Ainsi, autour du deuxième après guerre<sup>7</sup>, son expansion s'est élargie au fur et à mesure, envahissant toutes ces aires, où les « modes of thought » étaient désarticulés et moins stricts. Malgré les résistances initiales, le droit est devenu un champ de conquête de plus en plus prometteur, dès que l'emploi d'instruments d'analyse très sophistiqués a suscité une confiance grandissante sur leur application constructive pour l'interprétation et le pronostic des conséquences, sur le plan pratique de l'économie du *welfare*, des modalités plus ou moins pénétrantes de la régulation juridique de la multiplicité des rapports, qui naissent et se développent parmi les individus dans leurs relations interpersonnelles et avec les pouvoirs publics : « economists have discovered an unoccupied niche in the legal scholarship, specifically the absence of quantitative reasoning »<sup>8</sup>.

On voit alors les théories de la microéconomie néoclassique se confronter non seulement avec les institutions centrales du droit privé, qui constituent l'assiette juridique indispensable au fonctionnement de l'économie du marché – propriété, responsabilité civile et contrat – mais s'attaquer aussi à des branches du droit en principe étrangères au marché, comme le droit pénal, le droit de la procédure, et le droit de la famille. Ce « traitement » se propose de faire sortir ces institutions du flou de leurs finalités et fonctions sous-jacentes, rattachées – peut être à bon escient – à

---

<sup>6</sup> Pour une efficace et brillante synthèse à ce sujet, v. R. PARDOLESI, « *Un moderno Minotauro : Law and Economics* », in *Sociologia del diritto*, 1990, p. 225 et s. Cf. aussi très utilement F. ROMANI, « Diritto ed economia, la prospettiva di un economista », *ibidem*, p. 245 et s. La doctrine juridique italienne, notamment parmi les comparatistes et les civilistes, a regardé avec une plus grande ouverture ce mouvement. Il suffit de rappeler ici l'œuvre de P. TRIMARCHI, éminent civiliste, qui dès les années 60 a développé des pistes de recherche fort intéressantes et très proches de celles de Guido Calabresi aux États-Unis. V. surtout, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milan, 1961, et *L'analisi economica del diritto, tendenze e prospettive*, din *Il Quadrimestre*, 1987, p. 563 et s.

<sup>7</sup> Le grand tournant pour les nouvelles perspectives en particulier de la microéconomie, comme le souligne R. PARDOLESI (*op. cit.*, p. 226 et s.) serait marqué avec la parution en 1947 de l'œuvre fondamentale de P. SAMUELSON, *Foundations of Economic Analysis*.

<sup>8</sup> V. R. COOTER et Th. ULLEN, *Law and Economics*, Londres, 1988.

des idées vagues, inspirées par les notions transcendantes de justice, raison, négligence. Le droit devrait être « dompté » par la rigueur du calcul différentiel et des formules algébriques<sup>9</sup>.

Je n'ai ni la compétence, ni la prétention de saisir la complexité d' un débat, qui dans ces derniers temps toutefois a commencé à engendrer des discussions, parfois cryptiques et unilatérales, des spécialistes américains. Le milieu scientifique italien, des juristes et des économistes, ne l'a pas ignoré, essayant tout d'abord d'en comprendre les fondements théoriques et idéologiques, et les implications de politique du droit. Ainsi, sans épargner les critiques, plusieurs auteurs ont expliqué et interprété le mouvement de l'analyse économique du droit, sans en faire ni un monstre ni un mythe. Ils ont apporté en revanche des contributions fort intéressantes et plus accessibles, car plus nuancées et conformes à une sensibilité culturelle qui a évolué dans une tradition assez proche de la tradition française, ou européenne tout court<sup>10</sup>.

En effet les rapporteurs en question ont préféré ignorer que la perspective de la *Law and Economics* a eu un accueil assez tiède non seulement de la part des *civil lawyers*, conditionnés d'après eux par des conceptions idéalistes, à la limite sentimentales, et en même temps rigides et formelles, mais aussi dans un système, dont l'attachement pratique et théorique au pragmatisme est indéniable, comme la *common law* anglaise, structurellement « *result oriented* », à l'instar de sa sœur américaine.

L'Angleterre a développé un droit typique revendiquant une quasi totale autonomie de l'influence du droit romain. Les acteurs du *legal process* de ce pays, caractérisé par la continuité historique et l'attachement profond aux racines plus fortes de sa civilisation, aiment proclamer qu'ils ont bravement résisté à la séduction du droit naturel et de la philosophie des lumières. Il n'ont jamais nourri une admiration sans bornes ni pour les grands principes généraux, ni pour la clarté, la brièveté des normes produites et préétablies, selon un ordre structuré et systématique, par un législateur, qui représente la volonté populaire et personnifie l'esprit de la raison humaine et universelle – « à la mode française ».

Ainsi, les juristes anglais qui ont beaucoup vu et beaucoup vécu, demeurent sceptiques face à toute école de pensée qui a rompu ses amarres avec l'histoire et les valeurs d'une tradition, qui a fait de la réalisation de la justice, et des remèdes aux atteintes aux intérêts matériels, moraux et

---

<sup>9</sup> R. PARDOLESI, *Un moderno Minotauro*, cit., pp. 228-233. L'auteur se réfère manifestement aux thèses, notoirement plus extrêmes, du chef de l'École de l'analyse économique du droit, R. POSNER, *Economic Analysis of the Law*, 3<sup>ème</sup> éd., Boston/Toronto, 1986.

<sup>10</sup> V. *supra*, note 7. Le milieu juridique allemand a aussi manifesté son ouverture à l'égard de cette théorie. Pour quelques références bibliographiques, v. les notes à la p. 577 dans l'article précité de P. TRIMARCHI.

existentiels des sujets de sa Majesté, sa devise et son canon déontologique. Il suffit de suivre les développements récents vers la pleine reconnaissance et les garanties des Droits de l'Homme par le *Human Rights Act* 1998 - indéniable tribut à l'avènement du droit moderne et de l'émancipation individuelle consacrés par la Révolution et la codification civile française.

Par conséquent, dans l'évolution contemporaine le contraste droits continentaux - droit anglais est fâcheux. La commune expérience européenne, le développement d'une formation comparative, et partant la reconnaissance des bienfaits d'une connaissance réciproque, directe et sans préjugés, a revalorisé les facteurs de convergence.

Dans cette optique, les thèses fondamentales et bien connues de Max Weber représentent toujours un point de départ obligé. Le grand sociologue allemand avait caractérisé le droit européen comme un droit doué de rationalité logico-formelle<sup>11</sup>, ce qui implique principalement une systématique extrêmement logique des normes et des principes, l'emploi de procédés spécialisés de type logico-déductifs de la part des tribunaux pour parvenir aux décisions des cas particuliers, décisions qui par conséquent s'établissent sur des normes générales prédéterminées et dérivant de sources autonomes du droit.

La primauté de structures formelles et rationalisées dans le droit dérive de la nouvelle demande de calcul rationnel propre au droit moderne, qui suppose sa transformation de type technologique. Weber constata bientôt les difficultés opérationnelles de sa théorie, qui s'adaptait parfaitement à un droit comme le droit allemand, mais qui était démentie par les éléments constitutifs caractéristiques du droit anglais. Et pourtant l'Angleterre était une nation indéniablement capitaliste. La question cruciale concernait alors la prétendue liaison entre caractère logico-formel d'un système juridique et sa fonctionnalité vis-à-vis d'un système capitaliste.

Les complications de l'analyse sont évidentes, mais elles démontrent justement qu'on ne peut pas affirmer de façon désinvolte la stricte et directe interdépendance entre droit et économie.

On peut s'interroger légitimement sur les raisons qui ont poussé l'école de la *Law and Economics*, notamment dans sa version plus radicale, élaborée dans les théories de Richard Posner, qui explique les règles et les institutions de la *Common law* comme les moyens les plus appropriés pour réaliser l'efficacité économique, à savoir la capacité d'élever à son degré maximum la valeur totale nette des activités privées. Notamment, même des règles qui peuvent être ramenées à des préceptes moraux, comme la *fairness*

---

<sup>11</sup> V. spécialement, M. WEBER, « Economia e società », Vol. 3, *Sociologia del diritto*, Milan, 1980. Cf. aussi A. WATSON, *La formazione del diritto civile*, Bologne, 1986, p. 41 et s.

ou la bonne foi, en réalité sont justifiables comme des moyens pour réduire les coûts des échanges contractuels et simplifier les échanges du marché.

Mais la prétendue supériorité de la *common law* pour atteindre des finalités économiques, si telles sont les finalités premières du droit, ne pouvant pas dériver des aptitudes de *predictability* du système, oblige à apprécier le trait qui aux yeux des juristes continentaux apparaît comme le plus contestable : à savoir la solution et la formulation de la règle du droit *a posteriori* par rapport à l'espèce factuelle soumise à la décision judiciaire. La vision principalement pathologique du droit, devient sa qualité première, correspondant à la démarche propre à l'économie, qui est en mesure de vérifier avec discernement après coup quelles motivations auraient dû guider à l'avance les comportements individuels. C'est alors que la conflictualité exaspérée du système - américain - acquiert une connotation positive. Il en est de même, en ce qui concerne le mode de formation de la règle juridique, qui étroitement lié au cas particulier parvient à un niveau considérable de spécificité, contre le haut degré d'abstraction typique des systèmes romanistes. N'étant pas conditionnée par des exigences de cohérence et de systématisations, la *common law* présente une souplesse et une flexibilité qui lui permet de mieux s'accommoder aux besoins du marché.

\*\*\*

Mes premières réflexions doivent s'arrêter ici, faute de temps. Elles demeurent incomplètes, nécessitant visiblement des développements et des approfondissements ultérieurs, et une illustration de quelques applications concrètes.

Il me plait en tout cas de conclure avec une citation qui me paraît très pertinente au sujet du rapport qui peut-être a fait plus de bruit que ne le méritait sa substance. Comme l'a écrit très efficacement Pascal Bruckner, évoquant à son tour Nietzsche : « Le pire ennemi de la vérité ce n'est pas 'le mensonge, mais les convictions' »<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> BRUCKNER, *Misère de la prospérité, op. cit.*, p. 48.

## LIBAN

Pierre GANNAGÉ\*

### *Observations rapides sur les liens des droits proche-orientaux avec les systèmes de droit civil*

Les liens des droits proche-orientaux avec les systèmes de droit civil ont été souvent soulignés.

Ces liens résultent d'abord d'une parenté commune cimentée par la tradition du droit romain, bien enracinée sur le pourtour méditerranéen. Cette parenté s'est renforcée au XIX<sup>ème</sup> siècle dans l'Empire ottoman et en Egypte; par l'adoption dans de nombreux domaines des solutions et des techniques françaises d'élaboration et d'interprétation du droit<sup>1</sup>.

La réception du droit français, sous diverses formes s'est effectuée dans des pays où le droit musulman constituait le droit commun, et où les droits des communautés non musulmanes continuaient à régir les membres de ces communautés dans les matières du statut personnel. Elle a touché ainsi des systèmes juridiques fondés essentiellement sur les données religieuses et morales et où l'apport d'un droit extérieur ne pouvait être accepté que s'il en respectait les exigences essentielles.

À cet effet, une ligne de démarcation a été tracée à l'intérieur du droit musulman entre les règles qui dérivait de principes immuables, revêtaient un caractère sacré, et celles au contraire qui pouvaient être modifiées et modernisées à la lumière de l'observation de modèles étrangers. Elle devait déterminer une séparation entre les matières qui se rattachaient au droit des

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université St Joseph à Beyrouth, Président du Groupe libanais de l'Association Henri Capitant.

<sup>1</sup> V. notamment J. MAURY, « Rapport sur le Code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen, l'Orient, l'Extrême Orient » in *L'influence du Code civil dans le monde*, Paris, Pédone, 1954, p. 839. J. LAFON, « L'Empire ottoman et les codes occidentaux », *Droits*, 1997, n° 26, pp. 65-66 et « L'influence du Code civil sur les Codifications des États du Proche-orient » in *Le Code civil 1804-2004 Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz-Litec, 2004, p. 597 et s.

obligations et des biens, et celles relatives au droit de la famille, des successions et des wakfs. Alors que la réglementation des premières pouvait connaître des changements justifiés par les données contingentes du temps et des lieux, la teneur des secondes qui se rattachaient à des préceptes révélés, paraissait intangible.

Cette distinction cependant n'a été appliquée qu'avec relativisme. Elle a surtout eu pour objet le contenu du droit, des règles adoptées. Elle a en revanche moins affecté les modes de leur formulation, les procédés de leur articulation au sein des systèmes juridiques des États proche-orientaux.

Et de fait, l'évolution du droit des biens et des obligations dans l'Empire ottoman, puis dans les pays qui en furent détachés, s'est accomplie par une réception significative du modèle français et des systèmes européens de droit civil. Cette réception devait toucher aussi bien la teneur des règles adoptées, que les techniques de leur élaboration et de leur agencement<sup>2</sup>.

S'agissant par contre du droit de la famille, l'influence du système juridique français ne pouvait évidemment atteindre la substance des règles qui relevaient étroitement des données religieuses et se différenciaient avec les communautés. Elle a pu cependant s'exercer sur les modes de leur présentation et de leur formulation et contribuer ainsi à en améliorer l'application et l'interprétation. Cette amélioration qui ne portait pas atteinte aux principes du droit coranique, s'imposait du fait que les dispositions du droit musulman de la famille n'étaient pas toujours facilement accessibles. Elles reposaient souvent sur les commentaires, les gloses des auteurs qui manifestaient fréquemment des opinions divergentes exprimées à propos de l'examen des cas d'espèce.

La formulation de règles générales, par la voie de la codification, s'avérait ainsi nécessaire. Elle pouvait donner au droit sa stabilité, sa certitude et en rendre aussi la connaissance plus aisée. Amorcée déjà sous la période ottomane, elle a été poursuivie, à l'époque contemporaine dans les États proche-orientaux<sup>3</sup>. Elle permit à chacun d'eux non seulement de structurer les dispositions du droit de la famille, mais aussi dans les domaines où les solutions étaient discutées, d'adopter celle qui sans contredire les principes du droit coranique s'accordait le mieux avec les besoins de la société contemporaine.

Ces observations rapides auront ainsi montré qu'un système juridique qu'il soit religieux ou laïcisé a besoin d'une charpente nécessaire à la cohésion et à l'articulation de ses diverses dispositions. Il ne saurait se suffire d'une collection de solutions disparates qu'aucune structure

---

<sup>2</sup> V. à ce sujet J.-M. MOUSSERON, « La réception au Proche-orient du droit français des obligations », *RIDC*, 1-1968, p. 62 et s.

<sup>3</sup> V. E. SCHAEFFER, « De l'importation des codes à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et au début du XX<sup>ème</sup> siècle et de leur réception », *Revue juridique et politique* n° 3 et 4, 1986, p. 273.

n'enchaîne et ne rationalise. L'ordonnement et la généralité des règles, la simplicité et la brièveté de leur formulation, les possibilités de leur adaptation caractérisent les systèmes de droit civil et les éloignent de l'empirisme touffu qui rend le droit complexe, moins accessible et peu prévisible.

Il est significatif à cet égard que les droits religieux toujours en vigueur dans les États du Proche-orient aient pu sans contredire les données théologiques qui les fondent, bénéficier, à l'exemple des systèmes de droit civil, de cette œuvre de structuration et de rationalisation du droit.



## LOUISIANE

Alain A. LEVASSEUR\*

L'État de Louisiane, comme la province de Québec, n'ont pas été directement et nommément visés par les rapports 2004 et 2005 de la Banque Mondiale. Pourtant cet État des États-Unis et cette province du Canada font parties intégrantes de ces quelque 150 États qui représentent près de 60% de la population mondiale et qui, chose remarquable pour ces États mais critiquable pour la Banque Mondiale, sont unis les uns aux autres par une même communauté d'esprit et d'expression qui est celle d'un système de droit écrit qui s'identifie à la tradition civiliste. C'est là la cause, nous dit la Banque Mondiale, de la pauvreté et de la faiblesse économique de ces pays qui ont été gouvernés, influencés ou contrôlés d'une façon ou d'une autre par une poignée d'auteurs qui sont la cause de troubles qui affectent aujourd'hui aussi bien des pays d'Afrique subsaharienne que d'Amérique latine. La France, l'Allemagne, l'Espagne, le Portugal sont ces grands fauteurs de troubles ainsi que la cause des maux économiques de ces pays pauvres parce que le système juridique de droit civil (*civil law*) ou romaniste d'inspiration, en vigueur dans ces pays pauvres régleme à l'excès, étouffe leur économie et conduit à la pauvreté. Quelle aberration et, surtout, quelle vision partisane de la part des « économistes » de la Banque Mondiale !

Après quelques observations générales sur les mérites, apparemment, du système juridique de la *common law* (qui est loin d'être « mondial »!) et des défauts apparemment « inhérents », au système de *civil law*, nous présenterons quelques remarques sur le système juridique de droit mixte de la Louisiane dans le contexte économique de cet État « isolé » dans cet océan de *common law* que sont les États-Unis.

Nos remarques générales seront de deux ordres : nous rappellerons,

---

\* Hermann Moyses Sr. Professor of Law, Director, European Studies, Président du Groupe louisianais de l'Association Henri Capitant, ancien Assistant Technique à la Banque Mondiale.

brièvement, qu'il y a une quinzaine d'années à peine, la Banque Mondiale ne semblait pas avoir vu dans le système de droit écrit ni la source ni l'explication du sous-développement économique et de la pauvreté des pays qui connaissaient alors et connaissent toujours ce système de droit ; nous ferons ensuite quelques remarques d'ordre général sur ces traits distinctifs des deux systèmes juridiques en « compétition » (puisque nous parlons d'économie !) qui font que l'un, le système de *common law*, est soit-disant préférable à l'autre, le système de droit civil, pour assurer le développement économique et la richesse d'un pays.

Dans son « Rapport sur le développement dans le monde 1990 », la Banque Mondiale faisait les commentaires suivants :

1. « la part de toutes les autres régions en développement a diminué (dans la répartition du revenu global), et ce déclin a été particulièrement marqué pour l'Amérique latine et l'Afrique subsaharienne ;

2. La répartition de la population s'est, elle aussi, modifiée au cours de ces vingt-cinq années. En Afrique subsaharienne les taux de fécondité sont largement supérieurs à la moyenne et la part de la population de cette région augmente ;

3. Bien que l'Asie du Sud compte encore le plus grand nombre de pauvres, les vingt-cinq dernières années ont vu croître la part de l'Afrique subsaharienne et le revenu par habitant se dégrader dans les pays d'Amérique latine ;

4. La pauvreté a reculé là où les résultats économiques ont été bons, comme c'est le cas pour l'Asie. En revanche, dans beaucoup de pays d'Afrique subsaharienne, d'Amérique latine et d'Europe de l'Est, des chocs externes et des bouleversements internes ont aggravé la pauvreté ;

5. Dans les deux régions d'Asie (Est et Sud), les taux d'épargne et d'investissement ont progressé pendant ces périodes (les années 60 à 80), alors qu'ils régressaient en Afrique subsaharienne et en Amérique latine. Politiques nationales et facteurs économiques externes ont conjugué leurs effets pour déterminer les niveaux de croissance et d'investissement dans les régions ;

6. Les perturbations entraînées dans les années 80 par la flambée des taux d'intérêt et la détérioration des termes de l'échange ont fait régresser le revenu réel dans la plupart des pays en développement ;

7. La plupart des pays d'Amérique latine et d'Afrique subsaharienne ont abordé la décennie (1980) avec une monnaie surévaluée, soutenue par un régime commercial fortement protectionniste et un recours excessif à l'emprunt étranger ;

8. Les problèmes que nous venons de signaler sont particulièrement graves en Afrique subsaharienne, région dépourvue d'une infrastructure complémentaire, pauvre en cadres de direction et de gestion et lourdement

tributaire de ses exportations de produits de bas. À cause de ces handicaps, la phase d'ajustement y sera plus longue ».

À titre d'information et pour souligner davantage encore l'assurance dont la Banque Mondiale entoure ses remarques, constatations et ses prédictions, il suffira d'extraire les phrases suivantes de ce même rapport 1990 : « L'évolution de l'actualité internationale devrait faciliter la résorption des déficits des États-Unis et stimuler la croissance en Europe ; la région (subsaharienne) devra poursuivre, et même intensifier l'incitation au développement d'infrastructures, la diversification de l'appareil de production et l'accroissement de l'efficacité des investissements ». Mythe ? Réalité ? On ne sait que conclure quand on lit encore ceci dans ce même rapport 1990 : « Les prévisions qui précèdent reposent inévitablement sur des hypothèses qui risquent de s'avérer fausses. En modifiant certaines d'entre elles, il est possible de définir la marge d'incertitude des prévisions ».

Hypothèses qui risquent de s'avérer fausses ? Est-ce là un moyen de défense que la Banque Mondiale pourrait avancer en 2006 en « défense » de ce qu'elle a dit hier des effets néfastes du système juridique de droit écrit ? On aura pu remarquer que, dans ces extraits du rapport 1990, il est fait référence, en de nombreuses occasions, à l'Amérique latine et à l'Afrique subsaharienne. En outre, dans ce rapport, la Banque Mondiale ne construit aucune de ses hypothèses sur le système juridique en vigueur dans ces deux régions, système juridique qui est essentiellement le système de droit écrit en provenance de France, d'Espagne et du Portugal. On peut alors se poser la question suivante : comment ce système juridique aurait-il pu, en l'espace de quelques années, devenir une des causes « naturelles » et inévitables du sous-développement économique de ces deux mêmes régions du monde ? Non identifié dans les années 80 comme un obstacle au développement économique, le système de droit écrit le serait devenu en 2004-05, au dire de la Banque Mondiale, alors que, sur un autre continent berceau du droit écrit, ce même système juridique a accompagné récemment, depuis les années 50, la création de la Communauté européenne, et, bien avant, la révolution industrielle ! Une raison est, peut-être, mais ce n'est qu'une hypothèse (!), que le système de droit écrit présente certaines qualités (ou défauts diraient les auteurs des rapports 2004-05 de la Banque Mondiale) qui permettent ou accompagnent le développement économique sans en être ni la cause ni la raison.

La structure de ce système, la clarté de sa présentation, l'aspect synthétique de sa formulation, l'économie de son expression rendent aisé l'accès aux règles de droit écrit. Parce que la règle de droit se doit d'être comprise par tous, il s'ensuit qu'il existe un sentiment de sécurité dans la loi ainsi connue, de même que l'assurance que la loi sera demain ce qu'elle est

aujourd'hui, qu'il est possible donc de prévoir à l'avance les conséquences de ses faits et gestes. Mais, quant à sa teneur, la loi n'est que le reflet de tout un réseau de forces créatrices qui sont sociologiques, morales, techniques, financières, culturelles, économiques, naturelles (voir le « droit des eaux » par exemple). Le droit ne crée pas ces forces, il en est le miroir, il en est la formulation contraignante. Les juges et les juristes sont les porte-parole de la loi, ils l'appliquent, l'interprètent, la mettent à exécution ; les hommes d'affaires, les financiers, les consommateurs, les agriculteurs, l'homme de la rue en sont les destinataires et bénéficiaires comme aussi les rouages de l'économie et du développement du pays. Mais le droit, qu'il soit écrit comme le droit civil ou jurisprudentiel, comme l'est en grande partie le droit de *common law*, peut devenir un instrument de corruption, de prévarication, de diversion entre les mains de certains comme l'illustre le procès *Enron* à l'heure actuelle sans parler des grandes faillites de sociétés d'épargne. Ce n'est pas, alors, la « faute du droit » mais bien plutôt la faute de l'homme qu'il soit un partisan du droit écrit ou du droit de *common law* !

Ce droit de *common law* est-il « naturellement/économiquement » préférable au droit écrit ? Est-il l'assurance qu'il convient de rechercher pour voir l'économie d'un pays se développer et se diversifier ? L'essor économique d'un pays est-il mieux assuré entre les mains des juges plutôt qu'entre les mains d'un législateur ? Le droit de *common law*, encore aujourd'hui, est un droit essentiellement jurisprudentiel. Née dans les cours et tribunaux d'Angleterre et nourrie par l'esprit d'indépendance des juges anglais vis-à-vis d'un Parlement dont ils refusaient la suprématie et l'autorité, la *common law* est fondamentalement un droit créé par les tribunaux voire même par une poignée de juges, les juges du tribunal de dernier ressort comme le sont les Cours suprêmes des États des USA ou la Cour Suprême des États-Unis. Ce sont donc les juges qui « disent » le droit et il n'est pas rare de lire ou d'entendre, qu'il n'existe de texte de loi que lorsqu'un tribunal s'est prononcé sur ce texte de loi ; autrement dit c'est l'arrêt de la cour qui sera cité comme source de droit. Il en résulte qu'un arrêt fait le droit d'où l'expression « *stare decisis* » ou règle du précédent. Une conséquence inévitable est l'extrême complexité de ce droit, diversifié au point qu'on peut parler de 49 droits de *common law* aux États-Unis, la Louisiane étant l'exception du fait de son système de droit mixte. En outre, le droit de *common law* ne peut être qu'un droit pour des « spécialistes », les avocats qui sont organisés en puissants cabinets qui demandent des honoraires très élevés, qui cultivent l'impression (véridique) que le droit est extrêmement compliqué (ce qui sert souvent de prétexte tant à leur agressivité qu'à des malversations de toutes sortes qui font la Une des journaux) et qui recherchent, comme des représentants de commerce, une clientèle par des annonces dans les journaux ou des placards publicitaires.

Une autre conséquence de la nature de ce droit de *common law* est que les décisions des tribunaux sont longues et détaillées car les juges se transforment en législateur et en auteur de doctrine dans le cas porté devant eux. Quant au législateur, pour faire valoir son point de vue démocratique du droit à l'encontre des juges, il rédige des textes de loi extrêmement détaillés, d'où leur longueur et leur complexité au point que l'homme de la rue s'entend dire constamment qu'il ne saurait entreprendre quoi que ce soit sans les conseils d'un *lawyer*.

La *common law* américaine aurait-elle découvert, par hasard, les avantages du système juridique de droit écrit lorsque le UCC fut conçu et rédigé sous la responsabilité première de Karl Llewellyn ? Néanmoins, bien que droit écrit, le UCC n'est pas une loi fédérale, mais plutôt un texte de droit commercial proposé en modèle aux États des États-Unis lesquels l'ont adopté chacun séparément en l'intégrant dans leur propre ordre juridique interne. Il en résulte que les tribunaux de chaque État peuvent donner et donnent du UCC une interprétation propre au système juridique de l'État en cause. Il n'y a donc pas d'uniformité dans l'application du droit du UCC aux États-Unis. Cela conduit les milieux d'affaires, les établissements financiers et les avocats à bien étudier les particularités du droit commercial de chaque État avant de se lancer dans des transactions commerciales, financières dans tel ou tel état. Cette variété dans le droit écrit des États, malgré une origine commune, est-elle un obstacle au développement économique d'un État ou d'un autre ? Certainement pas à voir l'état de l'économie américaine ! C'est une évidence sur laquelle il n'est pas nécessaire d'épiloguer que le droit écrit du UCC comme le droit écrit des nombreuses autres « régulations » qui encadrent l'économie des États ne sont pas des obstacles à leur essor économique. Dans le même ordre d'idées, le système juridique de la Communauté européenne est essentiellement un système de droit écrit, fortement inspiré de la pensée juridique française, où foisonnent, en dehors des Traités, des règlements et des directives. En outre, les systèmes juridiques de la très grande majorité des États de l'Union européenne sont des systèmes de droit écrit. Le développement économique de l'Union européenne a-t-il souffert du handicap d'avoir eu à fonctionner dans un système de droit écrit ?

À une moindre échelle, mais tout à fait comparable à l'échelle géographique de certains pays d'Afrique subsaharienne visés par la Banque Mondiale, la Louisiane offre un bon exemple d'un État des États-Unis, et le seul en outre, qui a vécu depuis des siècles sous le régime d'un droit écrit. La Louisiane a connu les Codes civils de 1808 et 1825 et elle vit encore aujourd'hui sous les grandes directives de son Code civil de 1870 qui a été adapté et mis à jour de façon régulière et systématique depuis les années 50.

Le développement économique et social de l'État de Louisiane a-t-il été

limité, restreint, gêné par son système juridique d'origines française et espagnole (comme l'Afrique subsaharienne et l'Amérique latine !) ? Une comparaison rapide, bien sûr mais officielle néanmoins, entre la Louisiane et l'État voisin, le Mississippi, qui lui est un État de *common law*, ne fournit aucune justification pour dire qu'un système juridique ou un autre joue un rôle déterminant dans la situation économique et sociale d'un État ou d'un autre. Le revenu par habitant en Louisiane est légèrement supérieur à celui du Mississippi. Le revenu moyen par foyer est également supérieur en Louisiane, le pourcentage des familles vivant au-dessous du seuil de pauvreté en Louisiane est inférieur à celui du Mississippi, le taux de pauvreté des jeunes de 18 ans est inférieur en Louisiane comme c'est le cas également du taux de pauvreté des personnes âgées de 65 ans et au-delà.

Au mois de septembre 2004, la section louisianaise de l'Association Henri Capitant avait organisé une conférence pour commémorer le bicentenaire du Code civil français de 1804 qui servit de source aux rédacteurs du Code civil louisianais de 1808. Les juristes rassemblés à cette occasion ont eu à traiter, en partie, la question de savoir si le Code civil louisianais pouvait servir d'exemple et de justification aux critiques que la Banque Mondiale venait juste de publier dans son rapport de 2004 à l'encontre des systèmes de droit écrit en général mais plus particulièrement en Afrique et en Amérique latine. L'unanimité s'est faite autour de la conclusion d'un rapport qui voyait dans le « système de droit civil » de la Louisiane la raison fondamentale de la « confiance et de la sécurité » que tous ressentaient dans la pratique de ce droit parce qu'il pose d'avance des règles raisonnables et rationnelles, logiques et claires sur lesquelles les juristes peuvent se reposer sans avoir à craindre « une décision discrétionnaire du juge, ou un jugement biaisé par l'équité ». Et Maître Bacot (spécialiste du droit des sûretés) d'ajouter qu'il n'avait pas encore pu identifier un argument économique rationnel qui puisse permettre de justifier la substitution du système de *common law* au système de droit écrit du Code civil. Bien au contraire, disait encore Maître Bacot, la méthodologie du raisonnement du juriste de droit civil est beaucoup plus rapide, concise, structurée et fonctionnelle, et par conséquent économique, que l'approche du juriste de *common law* préoccupé par les « cas ». Maître Cutshaw (spécialiste de droit bancaire et membre de la commission de révision du droit bancaire louisianais) faisait remarquer que la législation louisianaise en droit bancaire était remarquable par sa structure, sa cohérence, sa systématisation lesquelles étaient dues à l'esprit de « codification qui avait animé les rédacteurs tous formés dans la tradition du *civil law* ». Une comparaison entre la législation bancaire fédérale et la législation louisianaise dans la même matière suffit à démontrer la supériorité technique de la seconde ainsi que la facilité de sa

compréhension. Prenant en exemple la loi fédérale *Gramm-Leach-Bliley* de 1999, maître Cutshaw démontrait qu'il existait des sections dans le Titre 12 du Code des États-Unis qui étaient plus longues et qui traitaient de beaucoup plus de sujets que des chapitres de la loi bancaire louisianaise. Cette dernière a été rédigée et conçue pour être accessible au monde des affaires et à un monde d'utilisateurs et de praticiens du droit aussi vaste que possible alors que le droit bancaire fédéral est un droit de spécialistes, d'orfèvres en la matière. Et Maître Cutshaw de poser la question : lequel de ces deux droits est, à votre avis, d'un usage le plus économiquement amical ? Le Professeur Harrell (ancien directeur de sociétés pétrolières et expert en droit pétrolier) rapportait que les contrats d'exploitation de pétrole et de gaz, malgré la variété de leur forme, contiennent tous les mêmes clauses fondamentales quel que soit le régime juridique de l'État en cause. En outre, la teneur de ces contrats est souvent influencée par des considérations sociales et culturelles qui transcendent les systèmes juridiques des pays en cause ; il appartient alors à l'avocat d'être diplomate, flexible, ouvert à des compromis quel que soit le système juridique auquel il appartient par sa formation professionnelle. Autrement dit, un système juridique ou un autre a peu d'influence sur la teneur d'un contrat lorsque que les parties à ce contrat sont de grandes sociétés ou des multinationales. Le fait qu'il y ait du pétrole au Nigeria, pays d'obédience de *common law*, et au Gabon, pays d'obédience de droit civil, n'a rien à voir avec les systèmes juridiques de ces pays.

En matière du droit de la consommation, le Professeur Kilborn (formé dans le droit de la *common law*, expert en droit de la faillite, en droit des titres et effets de commerce, auteur d'articles sur le droit de la consommation et de la protection du consommateur en France, en Allemagne) déclarait de façon catégorique que le droit, en général a cherché à contenir l'agressivité des « prêteurs d'argent », mais la façon qui a été celle du *civil law* de répondre aux pressions de toutes sortes que l'économie moderne contemporaine de « consommation à outrance » impose aux consommateurs démontre la force et l'endurance de ce système juridique. L'économie de consommation n'a pas entraîné l'incapacité des codes civils à faire face à ce type d'économie pour la simple (et simpliste !) raison que ces codes civils ne contenaient pas de dispositions particulières ou des dispositions insuffisantes sur le sujet comme, par exemple, sur les taux d'intérêts. Bien au contraire, les systèmes de droit écrit devaient réagir de façon décisive et efficace pour faire face à un nouveau défi imprévisible à l'époque de la rédaction de certains codes. La question la plus controversée a été celle des taux usuraires interdits par les codes civils. Alors que le débat continue toujours tant aux États-Unis qu'en Europe sur le fondement de doctrines sociales, politiques et religieuses, la doctrine civiliste ne s'est pas

érigée en obstacle au développement des prêts aux consommateurs. La Louisiane, sans réviser les articles de son Code civil sur le prêt, a procédé à l'adoption d'une législation « spéciale » parallèle qui, tout en respectant les grands principes du droit du prêt du Code civil, a introduit la *Louisiana Consumer Credit Law* qui s'applique aux techniques modernes des prêts à la consommation.

Le système juridique de droit écrit de la Louisiane a donc fait preuve de flexibilité, [dans ce domaine comme dans d'autres, tel que la vente de marchandises en transit], nécessaire au développement économique de l'État sans rejeter et renier l'intention originale des rédacteurs du Code.

Le fait que les pays de droit écrit prennent en considération les problèmes que l'économie contemporaine dresse sur leur chemin en procédant par l'adoption de « mini-codes spéciaux » ou de textes de lois spéciales ne signifie aucunement que le système juridique de droit écrit est dépassé, qu'il est incapable de s'adapter rapidement aux besoins modernes et urgents du développement économique. Bien au contraire, le système de droit écrit a démontré qu'il est un système de droit malléable, flexible et moderne qui ne connaît aucune raison intrinsèque de céder le pas à la *common law*. Il suffit de lire (ou d'essayer de lire) et essayer de comprendre (si on n'est pas découragé dès les premiers paragraphes) les textes de lois adoptées dans les pays de *common law* pour se rendre compte que ce qu'un système juridique fait « à sa façon » l'autre système juridique le fait tout aussi bien « à sa façon ». En fait, si on regarde de près, comme c'est le cas de la Louisiane, « seule contre quarante neuf », il est possible, et non pas osé, de dire que « l'ère des lois écrites » (*the age of statutes*) aux États-Unis est le reflet de l'influence des techniques et de la façon de penser des pays de droit écrit ; cela est particulièrement évident dans le droit de la consommation.

En conclusion, nous estimons que les différences entre les formes de réglementation de l'économie dans quelque pays que ce soit n'ont absolument rien à voir avec la classification du système juridique en cause comme étant *civil law* ou *common law*. Si la Banque Mondiale cherche (et prétend avoir trouvé) des explications aux divergences dans le développement économique des pays dans le système juridique de ces pays, nous l'invitons à faire des recherches moins partisans, du genre des recherches faites pour le rapport 1990, et à aller au-delà d'une analyse superficielle et arbitraire confinée à un binôme juridique. Les juristes louisianais déclarent leur système juridique de droit écrit « non coupable ».

## MAROC

Azzedine KETTANI\*

Ce n'est ni juste, ni scientifiquement fondé de décréter la suprématie d'un droit sur un autre, d'un système juridique sur un autre, pas plus que de prétendre qu'en dehors d'un modèle juridique donné, il n'y aurait pas de salut.

L'interprétation des droits, les migrations des systèmes, les changements, les imitations, les adaptations, les diffusions des droits sous toutes les formes et par des moyens de plus en plus rapides affaiblissent, sinon réduisent à néant toute hégémonie à laquelle un droit pourrait prétendre<sup>1</sup>.

Le modèle de la *common law* lui-même a subi d'importantes mutations. Cela en fait-il un droit « meilleur », ou moins « bon », que le modèle français ou les modèles d'inspiration française ?

La réponse est évidente : la valeur d'un droit se mesure seulement à son aptitude à apporter des solutions cohérentes et de préférence simples à des problèmes plus ou moins complexes. Sa valeur aussi se mesure à son aptitude à évoluer et à communiquer avec d'autres droits.

Si l'on qualifie le droit français de « droit national », strictement étatique, dominé par le législateur, par la jurisprudence, par l'administration<sup>2</sup>, il n'en est pas moins un droit qui a connu une diffusion spectaculaire qui a inspiré grand nombre de systèmes et qui s'est reproduit

---

\* Professeur des Facultés de Droit, Avocat près la Cour Suprême du Royaume du Maroc, correspondant de l'Association Henri Capitant.

<sup>1</sup> RODIÈRE « Approche d'un phénomène : les migrations des systèmes juridiques », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université de Sciences Sociales de Toulouse, 1978 ; J. GAUDEMET « Les transferts de droit » ; WASTON « Legal Transplants », Edimbourg, 1974.

<sup>2</sup> SACCO, Rapport du système des travaux de l'Association Henri Capitant « La Circulation du modèle juridique français », Tome XLIV, 1993.

dans certains pays avec succès si l'on en juge par la pérennité de son implantation.

Dans le débat suscité par les rapports *Doing Business*, quel témoignage un pays comme le Maroc peut-il apporter ? Quelle appréciation le juriste, le praticien mais aussi l'homme d'affaires peuvent-ils faire sur des critiques, sinon des attaques articulées par les rapports précités à l'encontre d'un système juridique aux vertus indéniables dont la magie a opéré pendant plusieurs décennies et continue à le faire. Elle l'a fait depuis bien plus longtemps encore dans d'autres pays<sup>3</sup>.

Un droit dont le rayonnement dû à une diffusion bénéfique n'est pas à mettre en doute.

À travers le droit français, c'est le système de la *civil law* et la tradition romaniste qui sont mis en cause.

Il est d'ailleurs intéressant de rappeler que le premier droit français qui s'est diffusé, fut le droit coutumier.

En effet, les coutumes françaises ont été exportées dans les colonies d'Amérique et en Ecosse. Elles ont tenté vainement de résister par la suite à la *common law* aux États-Unis d'Amérique.

Notre propos n'est pas de mesurer la circulation du modèle juridique français dans les pays de *common law* et nous nous contenterons de ce léger et très bref rappel que justifie le fait qu'à sa manière, le système juridique marocain avait aussi sa *common law*.

Au Maroc, Il faut distinguer la période antérieure à 1912, de celle du protectorat, pour examiner ensuite les données de la période postérieure à l'indépendance et éventuellement celles du futur.

### 1. Avant 1912

Le Maroc se présente comme un pays de droit non écrit, coutumier sauf pour ce qui concerne le statut personnel et les successions dont le régime figure dans le texte coranique.

Aucun code, aucun texte de droit positif quelconque ne régissait les autres relations qui pouvaient se nouer entre individus, étant par ailleurs observé que l'activité économique était pratiquement exclusivement à caractère agricole et pastoral.

---

<sup>3</sup> En Belgique, le Code Civil a été introduit en 1804, soit 26 ans avant l'indépendance de la Belgique en 1830. Les Pays Bas, l'Italie, la Pologne, l'Espagne et partiellement la Suisse et l'Allemagne ont été les premiers pays de diffusion des cinq codes produits par la Révolution et l'Empire.

La *Charia* non codifiée, si ce n'est à travers les préceptes coraniques, était appliquée au gré des interprétations qui pouvaient différer d'une région à une autre, étant donné le recours nécessaire aux « *fatwas* »<sup>4</sup>

Le droit musulman n'avait cependant pas propension à être appliqué aux ressortissants étrangers et souffrait une exception importante résultant des capitulations : les étrangers demeuraient dans la plupart des cas soumis à leurs propres lois nationales d'origine et étaient justiciables de leurs propres juridictions consulaires.

Plus tard, Pierre Levis, Président de la Cour d'Appel de Rabat, écrira le 3 octobre 1932 : « l'ancien *Makhzen* (autorité administrative) qui se désintéressait des quelques poignées de chrétiens disséminés sur le rivage barbaresque, avait abandonné à leur égard le pouvoir juridictionnel aux consuls des nations dont ils étaient ressortissants. Chaque européen conservait ses juges et ses lois ».

Ainsi, on peut relever qu'il existe au Maroc une véritable tradition de l'application de la loi personnelle aux étrangers<sup>5</sup>.

Pendant treize siècles, c'est seulement le droit positif qui régna en Maître absolu sur la vie et les actes du Musulman. C'était déjà là le produit d'une intrusion, la première, par la conquête arabe d'un Maroc Berbère qui sera islamisé à l'instar des autres pays d'Afrique du Nord.

Ainsi, le Maroc reçut le premier droit étranger apporté par le conquérant arabe et musulman.

La deuxième intrusion fut celle du droit apporté par le pays protecteur<sup>6</sup>.

## 2. Période du Protectorat

Le 30 mars 1912, est conclu le Traité de Fès par lequel le Maroc est placé sous le Protectorat français. Un tel événement ne pouvait être sans conséquence sur l'ensemble des aspects de la vie politique et sociale du pays.

« De la conférence de Berlin en 1885 au traité du 30 mars 1912, en passant par l'Acte d'Algeras et l'Accord Franco-Allemand du 14

---

<sup>4</sup> Gloses, opinions juridiques émises par des docteurs de foi. L'absence de clergé pouvant jouer le rôle d'une autorité religieuse centrale ayant le pouvoir, sinon de légiférer, du moins d'édicter des interprétations impératives, augmente nécessairement le risque de discordances et d'hétérogénéité des positions des docteurs de foi.

<sup>5</sup> Cela demeure valable mais en matière de statut personnel seulement en vertu de l'article 1 du Dahir formant Code des Obligations et Contrats (DOC).

<sup>6</sup> C'est P. PASCON qui, à juste titre, écrivait il y a quelques années ( in *Repenser le cadre théorique de l'étude du phénomène colonial*) « c'est une bonne chose de revenir à ce moment fondamental du renversement des valeurs ... tournant décisif dont nous n'avons pas fini de tirer les leçons ». Il visait bien entendu non pas la conquête arabe mais l'avènement du Protectorat Français.

novembre 1911, tout a été fait pour assurer la pénétration des idées et des hommes de l'Europe au Maroc »<sup>7</sup>.

L'année 1913 restera dans l'histoire du droit marocain une année mémorable dans diverses matières juridiques. (Organisation judiciaire, procédure civile, condition civile des étrangers, obligations et contrats, commerce, immatriculation des immeubles...).

Le droit écrit européen fit son entrée et s'installa par une œuvre législative qui n'allait pas s'arrêter là car les années suivantes allaient être celles qui devaient doter le Maroc d'un arsenal quasi complet destiné à régir toutes les relations juridiques dans pratiquement tous les domaines du droit à l'exclusion du statut personnel qui, comme indiqué ci-dessus, restait soumis à la loi personnelle. Il fallait ainsi tenir les engagements pris à l'égard de certaines puissances.

Pour la France, la déclaration franco-anglaise du 8 avril 1904 sur l'Égypte et le Maroc n'avait-elle pas garanti à la Grande Bretagne le respect de ses nationaux et de leurs droits économiques ?

L'accord franco-allemand cité ci-dessus n'avait-il pas prévu, en son article 9 alinéa 2 la suppression des juridictions consulaires et leur remplacement par une structure judiciaire semblable à celle des pays d'Europe ?

Cela étant, la transplantation du modèle français au Maroc a emprunté diverses formes.

Ainsi, certains textes furent importés tels quels et insérés dans un dahir ou un arrêté viziriel<sup>8</sup>.

D'autres, ont reproduit de larges extraits du texte original<sup>9</sup> et d'autres, enfin furent une transaction du droit français et du droit musulman.

### *3. Période postérieure à l'indépendance*

En 1956, le Maroc recouvra son indépendance.

Qu'en est-il advenu du modèle français ? Pourquoi le Maroc Indépendant n'a-t-il pas décidé l'abrogation des textes du protectorat et qu'aurait-il pu choisir comme modèle de remplacement ?

---

<sup>7</sup> J. MONEGER « Biographie du DOC » *Revue Marocaine de Droit et de l'Economie de Développement*, n° 7 p. 155 (éditée par la Faculté de Droit de Casablanca).

<sup>8</sup> Exemple : le Dahir du 11 août 1922 qui avait rendu applicable au Maroc la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés de capitaux ou encore l'arrêté viziriel du 28 novembre 1934 qui avait reproduit purement et simplement la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurances.

<sup>9</sup> Exemple : le Dahir du 23 juin 1916 relatif à la protection de la propriété industrielle ou encore le Dahir du 25 juin 1927 relatif à la réparation des accidents du travail.

N'avons-nous pas rappelé que le Maroc d'avant 1912 était un pays de droit non écrit, une sorte de *common law* avec une référence islamique représentée par le Coran et la *Sounna*<sup>10</sup>.

La *Charia* n'étant pas codifiée, la jurisprudence appuyée sur les *fatwas* et la doctrine donnait du Maroc l'image d'un pays que l'on pouvait qualifier de droit non écrit.

Un retour aux sources était-il envisageable après le retour à l'indépendance ?

La réponse ne peut être que négative. Non point en raison du travail de destruction et de reconstitution inimaginable qui aurait été nécessaire, mais de l'absolue aberration d'une telle idée.

Rien dans la tradition juridique islamique et marocaine ne s'opposait ni ne s'oppose à l'adoption d'un système de droit écrit de tradition romaniste et rien n'aurait pu justifier le choix d'une solution aussi radicale à un problème qui n'existait pas.

De plus, le Maroc, eu égard à sa situation géographique, à ses relations avec l'Europe et à son devenir qui l'inscrit dans un environnement principalement européen, ne pouvait songer à une telle option.

Enfin, le système mis en place par le Protectorat avait fait ses preuves et après une réception sans douleur, ni heurt, avait, en tenant compte de ce qui était essentiel aux yeux des docteurs de foi, réussi à doter le Maroc d'un corpus répondant à ses besoins.

Ainsi, après l'indépendance, l'oeuvre s'est poursuivie. De nombreux textes furent promulgués et tant dans la méthode que dans le contenu, la tradition civiliste fut préservée et sa marque est évidente à la lecture des nouvelles lois.

Pourtant, depuis plusieurs années déjà, le Maroc s'est ouvert aux pays de la *common law* avec lesquels les relations économiques se sont développées et continuent à se renforcer.

Ce n'est guère pour autant qu'une quelconque tentation de renier le système de *civil law* ait été ressentie.

Les vertus de celui-ci ont depuis longtemps justifié son implantation au Maroc et expliquent sa survie et son développement depuis que le pays a recouvré sa souveraineté.

Ce sont ces mêmes vertus qui expliquent, selon les statistiques de l'université d'Ottawa, que plus de 150 pays représentant près de 60 % de la population mondiale, ont un système de droit écrit ou de droit mixte.

La survie du système est également due à l'aptitude des règles à s'adapter et à évoluer, preuve éclatante de leur flexibilité, qualité que l'on

---

<sup>10</sup> Tradition du prophète.

voudrait réserver à la *common law* mais qui caractérise, sans aucun doute, la *civil law* également.

Le Dahir formant Code des Obligations et Contrats (DOC) du 12 août 1913 qui est en vigueur depuis 93 ans, n'a, durant cette période, nécessité que quelques modifications bénignes et continue avec bonheur à être le droit commun auquel il est fait recours lorsque les codes spécialisés ne comportent pas de réponse au problème posé.

Il continue à régir les obligations et a pu donner la solution à des problèmes que ne soupçonnaient pas ses auteurs.

Bien entendu, l'œuvre jurisprudentielle n'est ni à négliger, ni à sous-estimer. Elle a pu faire évoluer certaines dispositions<sup>11</sup> du texte.

Mais les avantages principaux et les plus attrayants du système se trouvent dans le domaine des contrats.

C'est sans doute là une question qui préoccupe quotidiennement hommes d'affaires et praticiens du droit. Il est bien connu que les contractants recherchent, en général, un cadre juridique aussi simple que possible, et répugnent aux détails superflus.

Le DOC, à l'instar du Code civil français ou des codes semblables des pays de *civil law*, dispense les parties de tout prévoir.

Certaines dispositions impératives de la loi ne nécessitent pas d'être insérées dans le contrat à la différence de celles à caractère supplétif qui peuvent être écartées ou adoptées.

Certains contrats dits « *spéciaux* » sont l'objet de lois et les dispositions de celles-ci n'appellent pas de développements dans les contrats.

De nombreux exemples peuvent être cités des cas qui permettent en définitive de faire la différence entre un contrat rédigé dans un contexte et un régime de *civil law* et un autre dans un système de *common law*.

Les opérateurs marocains répugnent ouvertement à cette deuxième catégorie de contrat en raison du volume des actes, du caractère très alambiqué des clauses, de l'inutilité évidente de certaines d'entre elles et de l'abondance de détails.

Cela n'aboutit cependant pas au rejet pur et simple de ce modèle de contrat et si les transactions aboutissent, même dans ce contexte, c'est grâce justement à l'ouverture que le droit marocain, en tant que droit de tradition civiliste, aux autres droits et aux systèmes de *common law*.

D'ailleurs, cela va au-delà du droit des contrats et il n'est que de relever l'accueil fait aux principes de la *Corporate Governance* dans le droit marocain des sociétés pour s'en convaincre.

---

<sup>11</sup> Il en est ainsi de l'article 88 du DOC par exemple dont l'application littérale, produit d'une interprétation particulièrement restrictive pourrait écarter toute possibilité d'échapper même partiellement à la présomption de responsabilité édictée par le texte en matière de garde des choses.

Il serait donc faux de penser que l'innovation ou la modernité seraient l'apanage du droit des pays de *common law* et que les autres, de *civil law*, seraient atteints, sinon de sclérose, du moins d'une arthrose généralisée et immobilisante.

Rien n'est plus faux. L'USAID est, depuis quelques années, chargée d'une mission de modernisation ou d'amélioration de l'environnement juridique et judiciaire au Maroc.

Les rapports qu'elle a élaborés n'ont pu relever aucune déficience permettant de dicter, comme remède, l'abandon de la tradition civiliste et les rapports de la Banque Mondiale elle-même, n'ont pas, dans le cas du Maroc, axé leurs constats et conclusions sur cette question mais sur l'administration de la justice...

C'est dans le *Doing Business 2004 « Understanding regulation »* et celui de 2005 « *Removing obstacles to growth* » que la critique acerbe et non fondée du système de *civil law* est présentée.

En échange, on semble présenter la *common law* comme le « meilleur droit », celui qui conviendrait à tous les pays du Monde (« *one size fits all* ») sans pour autant réussir à établir une démonstration objective du bien fondé de cette théorie.

C'est d'un esprit et d'une approche hégémoniques détestables que pourtant elle procède.

L'attaque du système juridique romaniste et du droit français en particulier dans les *Doing Business* précités, n'empêchera cependant pas les interpénétrations des systèmes rendus de plus en plus nécessaires par les impératifs des relations commerciales internationales.

Plus récemment encore, le 1<sup>er</sup> janvier 2006 est entré en vigueur au Maroc, l'Accord de Libre Échange conclu avec les États-Unis d'Amérique avec ce que la mise en œuvre d'un tel instrument appela comme mise à niveau du droit marocain dans certains domaines tels que la propriété intellectuelle ou le droit du travail ou le droit des sociétés.

Il est rassurant de noter que cela s'est fait sans s'écarter de la tradition civiliste et abstraction totalement faite des opinions exprimées par les auteurs des rapports *Doing Business*.



## MEXIQUE

Jorge A. SANCHEZ CORDERO\*

« ... Au fil du temps, cette question du litige est devenue si compliquée qu'aucun être humain sur terre ne saurait dire ce qu'il signifie et moins encore quelles sont les parties concernées... »

Charles DICKENS, in *Bleak House*<sup>1</sup>

### *1. Les préoccupations*

La publication récente du Rapport *Doing Business* de la Banque Internationale de Reconstruction et de Développement, plus connue sous le nom de Banque Mondiale, a suscité une vive inquiétude en Amérique latine et sur ce point le Mexique ne constitue pas une exception. Cette profonde préoccupation est bien compréhensible : la publication en question provient en effet d'une institution financière internationale prestigieuse et exerçant une influence considérable dans l'espace international. Il s'agit d'une institution de composition plurielle dans laquelle tous les pays de la planète sont représentés. La publication du Rapport *Doing Business* vise, entre autres objectifs, à décrire les différents systèmes de droit appliqués de par le monde afin de fournir aux entreprises et aux investisseurs une vision plus claire des divers cadres juridiques et l'information nécessaire à la connaissance des systèmes légaux qui offrent le plus haut degré de certitude. Les entreprises et les investisseurs pourront de la sorte évaluer en meilleure connaissance de cause les risques encourus.

---

\* Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Président du Groupe mexicain de l'Association Henri Capitant.

<sup>1</sup> Traduction libre de l'auteur.

Compte tenu de ces considérations, une lecture minutieuse du Rapport *Doing Business* s'impose bien évidemment. Si la sphère juridique a fait montre d'une vive préoccupation suite à cette publication, on imaginera sans peine celle du milieu des investisseurs qui réagit traditionnellement de manière très sensible.

En ce qui concerne le Mexique, pays extrêmement dépendant des investissements étrangers, la publication de *Doing Business* est plus qu'inquiétante. Il nous faut néanmoins tenter de mener à bien une réflexion aussi sérieuse que sereine et inciter la Banque Mondiale à faire de même en considération des possibles répercussions de cette publication sur le public concerné, tout particulièrement au sein de la communauté internationale des affaires.

Au cours de ces dernières années, le Mexique a fourni des efforts considérables pour réformer sa législation, de manière à mettre en place un cadre légal plus adapté aux exigences de sa société et qui assure aux acteurs qui y interagissent la transparence nécessaire, la prédictibilité et l'égalité des parties, indépendamment de leur nationalité ou résidence. Le Mexique a également entrepris une profonde réforme judiciaire et dans certains secteurs, tant la procuration que l'administration de la justice affichent maintenant des standards internationaux. Bien que ces réformes requièrent encore une période de maturation conforme au rythme social, l'ampleur et l'intensité des efforts déployés méritent une reconnaissance internationale.

En résumé, les réformes législatives mexicaines dans des domaines à la fois nombreux et variés sont indéniables et tangibles. N'importe quel profane serait à même de s'en rendre compte.

## 2. Les défis

L'un des grands défis auquel le système légal mexicain se trouve confronté est sans aucun doute le problème de son harmonisation en vue de faciliter les relations économiques. En moins d'une décennie, le Mexique a signé tout un éventail de traités et d'accords commerciaux avec de nombreux pays, y compris avec des États aux économies aussi importantes que les États-Unis et le Canada (ALENA), l'Union Européenne et le Japon. Sur ce point, le Mexique constitue pratiquement un cas unique au monde ; la conclusion de ces traités et accords a exigé de promptes réponses légales et des changements profonds dans notre communauté. Telle est donc la situation commerciale du Mexique à ce jour et depuis la fin du XX<sup>e</sup> siècle.

### 3. *L'acculturation juridique*

Dans la situation présente, le groupe mexicain de l'Association Henri Capitant se devait d'exprimer certaines considérations qui pourraient contribuer à une plus grande clarté des analyses proposées dans le Rapport *Doing Business*. Tout d'abord, il nous semble qu'en sus des éléments considérés, ce Rapport aurait gagné à prendre en compte certains aspects d'ordre strictement légal qui ne peuvent ni ne doivent être ignorés. Toute analyse faisant l'impasse sur ces éléments court un risque presque inévitable de parvenir à des conclusions partielles ou franchement faussées. D'où la pertinence de proposer ici et depuis la perspective mexicaine, quelques réflexions relatives aux insuffisances de la méthodologie appliquée dans *Doing Business*. La modification de systèmes légaux exige toujours une réflexion intense mais néanmoins sereine. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le système légal du droit privé n'a pas de valeur en soi, il est au service des valeurs économiques et culturelles d'une société, et si la société en question requière une nouvelle législation, la législation en place doit être abrogée.

L'une des insuffisances les plus regrettables de l'analyse de *Doing Business* réside dans son « oubli » des grandes préoccupations du domaine juridique, notamment celle touchant à l'énorme difficulté qu'il y a à transposer des mécanismes légaux propres à un système légal à un autre système légal, difficultés qui ont du reste suscité de grandes interrogations d'ordre général dans la littérature juridique.<sup>2</sup>

Il est difficile de préciser jusqu'à quel point il s'avère possible de transposer les mécanismes légaux en vigueur d'un système juridique à un autre en employant une sorte de « technologie juridique »<sup>3</sup>. D'aucuns affirment que plus une institution est intégrée à un milieu spécifique, politique et juridique d'un État, plus il est difficile de l'introduire dans un autre pays.

Une part significative des mécanismes légaux est intimement liée aux structures politiques d'un pays et par conséquent à la répartition du pouvoir entre les différents pouvoirs de l'État qui, dans les pays occidentaux, se divisent entre le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Pourtant, il est extrêmement difficile de soutenir que des règles s'avérant efficaces dans certains pays pourraient être transposées à d'autres pays et donner lieu aux mêmes résultats, quand bien même ces pays auraient des besoins similaires de protection des intérêts généraux.

---

<sup>2</sup> H. KÖTZ, « La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de Droit Comparé », in *Accès à la justice et État-Providence*, M. CAPPELLETTI (dir.), préface de R. DAVID, Paris, Economica, 1984, p. 105.

<sup>3</sup> H. KÖTZ, précit., p. 107.

Force nous est d'admettre que l'impossibilité de mettre les droits à effet dans une société frustre leur efficacité alors que celle-ci devrait précisément être considérée comme un motif déterminant dans les comportements à observer dans l'industrie et le commerce. La frustration de la mise à effet des droits compromet sérieusement le pouvoir de dissuasion de la loi et l'inefficacité du système de droit entraîne à sa suite l'inefficacité du marché.

Par ailleurs, il ne nous apparaît guère possible de négliger l'exigence sociale toujours croissante d'un changement de culture, qui se heurte à la ferme réticence de secteurs multiples. On peut affirmer que l'une des nombreuses interrogations de nos pays concerne l'aptitude du système d'administration de la justice – stigmatisé comme lent, compliqué, coûteux et bien souvent incompréhensible pour le commun des citoyens – à faire face aux conflits d'intérêts qui guettent nos sociétés en ce début de XXI<sup>e</sup> siècle. L'« accès à la justice »<sup>4</sup> n'a pas une valeur qualitative abstraite<sup>5</sup> ; il doit être expéditif et proportionnel aux possibilités économiques des parties. Un accès efficace à la justice dépend d'un système efficace de traitement des litiges. Tout système civilisé d'administration de la justice requiert que l'État le rende accessible de telle sorte que tout citoyen puisse obtenir satisfaction lorsqu'il dépose pacifiquement une plainte. Les tribunaux doivent constituer le moyen idoine auquel les citoyens pourront recourir dans le plein exercice de leur droit constitutionnel afin d'exiger que justice leur soit rendue. La juridiction et la procédure doivent être adaptées à la spécificité du litige à instruire. Le système juridique doit offrir des résultats tangibles, ceci impliquant bien évidemment une attitude permanente dans ce sens de la part des responsables de l'administration de la justice. La question essentielle à poser est la suivante : est-ce que, conformément aux nouvelles conditions créées par la société actuelle, et à l'effet de pouvoir assurer le respect de leurs droits et d'obtenir satisfaction de leurs demandes, tous les citoyens sans exception ont accès aux tribunaux ? Ceci revient à donner un contenu réel au postulat républicain prônant une formelle égalité pour tous face à la loi<sup>6</sup>, laquelle est proclamée dans pratiquement toutes les constitutions des États modernes.

L'exigence sociale que l'on peut identifier dans nos pays concerne l'attitude des citoyens et des communautés qui peuvent aspirer à plus qu'une simple reconnaissance formelle de leurs droits ; les avocats eux-mêmes affublent ces droits de l'euphémisme « lettre morte ». En dépit de ces revendications sociales, au demeurant fort légitimes, nous devons garder

---

<sup>4</sup> M. GALANTER, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », in *Accès à la justice et État-Providence*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>5</sup> L. M. FRIEDMAN, « Réclamations, contestations, et litiges et l'État-Providence de nos jours », in *Accès à la justice et État-Providence*, *op. cit.*, p. 248.

<sup>6</sup> R. DAVID, *Préface*, in *Accès à la justice et État-Providence*, *op. cit.*, p. 3.

à l'esprit que les réformes légales dérivent souvent de la convergence d'intérêts de groupes qui agissent dans la société ; or, une fois la réforme obtenue, il est bien rare que cette cohésion conjoncturelle survive et que l'élan premier subsiste alors dans la vérification de l'application effective de la loi. L'activisme des citoyens est épisodique et se limite souvent à des problèmes apparents. Il existe cependant, dans toute société, des intérêts sociaux contradictoires et exclusifs. D'une part, on entend faciliter l'accès aux tribunaux à des personnes ou des groupes marginaux qui n'ont pu, jusqu'à présent, obtenir satisfaction quant à la résolution de leurs controverses devant ces institutions, mais on estime d'autre part que la justice des « masses » – qui garantit l'efficacité de leurs droits – entraîne une diminution de la qualité de la justice. La quantité et la qualité de la justice impliquent deux conceptions bien différentes de cette dernière : faciliter l'accès à la justice participe d'une vision sociale de la justice pendant que la préoccupation pour une « bonne » justice se centre sur une justice individuelle.

Ces inquiétudes juridiques sont observables dans toutes les sociétés sans exception, que celles-ci soient soumises à la *Civil Law* ou au système de *Common Law*. Pour faciliter l'analyse, nous aurons recours à un système de droit distinct du nôtre, le système de la *Common Law*, au Royaume-Uni, qui, conformément à son histoire, est l'un des systèmes de justice universellement les plus avancés. Nous pourrions difficilement trouver une meilleure description de l'état du système d'administration de la justice au Royaume-Uni, au XIX<sup>e</sup> siècle, que dans l'œuvre de Charles Dickens. Dans son livre intitulé *Bleack House*, Dickens parvint à mettre brillamment en scène les angoisses sociales de son époque. Les juristes partageaient les mêmes inquiétudes. Si les délais, la complexité des formalités et les coûts ont bien évidemment changé depuis l'époque de Dickens, on est cependant en droit de s'interroger sur l'efficacité actuelle du système légal appliqué au Royaume-Uni en matière d'administration de la justice. Cette interrogation n'est pas exclusivement mexicaine, elle est également soulevée dans d'autres pays, y compris dans des pays économiquement développés mais qui possèdent des systèmes juridiques différents.

Dans une étude des plus sérieuses, réalisée en 1995, le *National Consumer Council* du Royaume-Uni fait état de ce que trois britanniques sur quatre ont exprimé leur insatisfaction eu égard au système d'administration de la justice britannique. Parmi les mille dix neuf personnes interrogées, 77% ont répondu qu'il s'agissait d'un système trop lent, 74% qu'il était trop compliqué et 73% qu'il n'était pas actualisé<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> G. SLAPPER et D. KELLY, *Principles of the English Legal System*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Cavendish Publishing Limited, 1997, p. 161.

Nous insisterons sur ce que, dans toute société, la complexité du système d'administration de la justice constitue une charge onéreuse pour le commun des citoyens et sa famille. Cette situation conduit fréquemment la partie économiquement plus faible à accepter des solutions injustes ou des transactions désavantageuses, quand ce n'est pas à renoncer à l'exercice de ses droits en raison du coût du litige souvent disproportionné par rapport à l'objet de la réclamation.

Nous mentionnerons à cet égard le *Woolf Civil Justice Review Interim Report* de 1995<sup>8</sup>, l'un des meilleurs diagnostics formulé récemment sur un système d'administration de justice. Dans l'une de ses parties les plus critiques, il dénonçait que le système britannique est l'un des systèmes où les honoraires des avocats sont supérieurs aux indemnités en dommages et intérêts perçues par la victime d'un accident, situation proprement indéfendable ! Le Rapport *Woolf* a été à l'origine de l'une des réformes les plus importantes qu'il ait été donné de voir dans un système d'administration de la justice à une époque récente.

Soyons sincères, dans nos pays l'inégalité réelle devant la loi provient fondamentalement de la pauvreté et de l'ignorance de l'existence des droits et des recours pour les faire valoir devant les tribunaux. Les réformes tentées ont été rien moins que simples en raison, bien entendu, de la diversité des intérêts en présence mais aussi à cause de catégories juridiques admises par l'ensemble de la société. On en est ainsi venu à affirmer *verbi gratia* que la légitimité de la procédure consistant à ne permettre l'accès aux tribunaux qu'aux individus jouissant d'un droit obéit dans le fond à la nécessité de préserver la compétence entre les autres pouvoirs de l'État et d'empêcher que le pouvoir judiciaire ne joue un rôle excessif<sup>9</sup>.

Il nous faut de même insister sur ce que dans un pays comme le Mexique, qui possède une organisation sociale faible et en voie de formation, rien n'est moins facile que de rendre les droits efficaces. Les groupes non organisés de la société sont dépourvus d'une représentation adéquate et les mécanismes de représentation existant ne permettent pas d'imaginer une égalité réelle de tous les intérêts sociaux en présence. Le Mexique a cependant fourni de sérieux efforts pour tenter d'égaliser les possibilités des groupes formellement organisés et des groupes non organisés.

La création d'organismes bureaucratiques pour tenter de résoudre ces problèmes ne constitue pas nécessairement la meilleure des solutions. En effet, une telle issue porte en soi d'énormes risques : ces organismes

---

<sup>8</sup> Le *Woolf Civil Justice Review Interim Report* peut être consulté en ligne à la page suivante : [www.lcd.uk/civil/final/overview.htm](http://www.lcd.uk/civil/final/overview.htm) y [www.lcd.gov.uk/civil/finalfr.htm](http://www.lcd.gov.uk/civil/finalfr.htm).

<sup>9</sup> H. KÖTZ, « La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de Droit Comparé », in *Accès à la justice et État-Providence, op. cit.*, p. 107.

administratifs pourraient être amenés à analyser les solutions à des conflits d'intérêts uniquement depuis la perspective bureaucratique ; ils pourraient en outre manquer de l'agressivité et de la flexibilité nécessaires pour faire face à l'ingéniosité de ceux qui prétendent se soustraire à l'accomplissement de la loi ; ils pourraient enfin se transformer, comme l'exprime si bien Galbraith<sup>10</sup>, « en instruments de l'industrie même qu'ils devaient réglementer ou encore sombrer peu à peu dans la sénilité ». Cette solution engendre de plus une grande dépendance sociale, laquelle inhibe à son tour l'organisation de la population, alors que l'activité des organisations sociales est précisément l'une des méthodes les plus efficaces pour assurer la protection des intérêts des groupes dénués de représentation sociale. Il reste que les résultats obtenus sont fort variables quand on tente d'évaluer les activités des organismes publics dont la mission est de protéger les intérêts généraux de la société.

Privilégier un système légal plutôt qu'un autre constitue un impair scientifique, les fondements de la science excluant tout jugement de valeur. Les systèmes légaux sont des formations culturelles comme beaucoup d'autres. Il importe par ailleurs de tenir compte de ce que les systèmes juridiques, tout particulièrement en Occident, commencent d'ores et déjà à être tributaires les uns des autres, cette situation dérivant sur une sorte de syncrétisme juridique. L'interaction des systèmes légaux occidentaux est indéniable. Le système américain même, qui est un système particulier à l'intérieur du système de la *common law*, a accueilli d'importants apports au cours de son évolution juridique, notamment, pour n'en mentionner que quelques-uns, la notion de stricte responsabilité (*strict liability*), la notion de l'action collective (*class action*) et les *Restaments* élaborés par l'*American Law Institute*, apports qui ont le plus influencé le système de codification. Les études récentes de droit comparé ont démontré que les divers systèmes juridiques occidentaux possèdent des fondements communs et que l'on a exagéré les différences qui les séparent.

#### 4. L'envergure du droit comparé

Les rédacteurs de *Doing Business* éludent de même les progrès de la technique du droit comparé. En ce qui concerne certains problèmes spécifiques, les études préliminaires de droit comparé s'avèrent indispensables ; elles dressent en effet, dans des domaines spécifiques, une description minutieuse des convergences, des similitudes et des différences

---

<sup>10</sup> J. GALBRAITH, *The Great Crash*, cité par Hein KÖTZ, « La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de Droit Comparé », in *Accès à la justice et État-Providence*, *op. cit.*, p. 8, note 69.

existantes entre les divers systèmes juridiques, et déterminent à partir de celles-ci la viabilité des réformes et leur meilleure orientation. Sur ce point, la méthode de la fonctionnalité est fondamentale : seuls les mécanismes légaux satisfaisant la même fonction peuvent faire l'objet d'une comparaison. Les divers systèmes légaux sont confrontés à des problèmes similaires qu'ils résolvent certes de différentes manières mais pour en arriver à des résultats le plus souvent comparables. La méthodologie fonctionnelle exclut la référence conceptuelle à chaque système légal ; en effet, au lieu de partir de l'analyse d'une norme ou d'une institution en particulier, elle s'attache à déterminer le problème social à résoudre et à identifier les normes ou les institutions mises en place pour les résoudre. Elle se doit d'éviter l'exposé dogmatique conceptuel de chaque système, lequel tend à obscurcir, si ce n'est à empêcher toute clarté dans l'analyse comparatiste. La tâche comparative ne doit en aucun cas s'épuiser dans l'argument dispensé aux juristes par le discours des règles et des institutions ; le débat doit s'étendre aux idées et aux comportements qui sont étroitement liés au droit des divers pays. Le droit comparé et la sociologie juridique convergent de telle sorte qu'aucun résultat significatif ne saurait être obtenu sans y avoir recours. Le développement social et économique ainsi que l'homogénéité de la société sont des éléments d'analyse à considérer dans la prise de décisions.

Les études de droit comparé permettent l'évaluation d'institutions ou de mécanismes légaux mis en œuvre dans d'autres systèmes juridiques. Il serait plus que maladroit que de soumettre les réformes légales aux seules réalités du marché et d'ignorer la culture juridique des pays concernés.

Le phénomène actuel de la mondialisation de l'économie est une réalité qui s'impose avec force à tous les agents économiques et qui a d'ores et déjà induit une évolution lente et inexorable.

L'époque qu'il nous est donnée de vivre et que l'on peut difficilement mettre en parallèle avec une autre, représente un défi tant pour les académiciens que pour les gouvernements et les organisations intergouvernementales et internationales, qui doivent s'attacher à la modernisation et à l'harmonisation du cadre légal du commerce international. La complexité de la situation est tout à fait inédite.

Les juristes du Congrès de Droit Comparé réuni à Paris aux débuts du XX<sup>e</sup> siècle auraient été bien en peine d'imaginer les défis et les enjeux auxquels cette discipline est actuellement confrontée, et ceci démontre bien que l'avancée de la science est inexorable et ses principes relatifs. La bénédiction dogmatique *urbi et orbi* exclut toute possibilité de dialogue scientifique.

### 5. La portée de la codification au Mexique

Un autre des grands oublis du Rapport *Doing business* concerne l'appréciation même de la nature du droit civil et de sa fonction dans toute société. Il existe un consensus dans la littérature juridique pour considérer que le droit « civil » est le droit le plus « raffiné » ou le plus « élaboré » des droits, compte tenu de ce qu'il représente l'essence même de la constitution d'une société : sa constitution civile. En effet, le régime civil n'est rien d'autre que la normativité des relations privées entre les hommes ; il constitue l'expression la plus intime d'une société.

C'est le droit civil qui régleme les relations profondes et essentielles d'une société ; il n'est en rien concerné par la normativité du pouvoir (organisation politique et économique), il s'attache pour sa part à l'organisation des grands moments de la vie de l'homme : la naissance à travers la filiation ; l'union des sexes *via* le mariage ; la mort qui est du domaine des droits de succession ; l'organisation des relations économiques entre les hommes qui est du domaine matériel du droit des obligations et des contrats et le mode d'appropriation de la richesse, propre au droit des biens.

Le droit civil est dominé par la notion de durée, par une évolution lente et profonde, ce qui permet d'affirmer qu'aucune réforme légale ne saurait être véritablement assimilée tant que le droit civil ne l'a pas intégrée. La législation civile est le résultat d'un effort social qui aspire à atteindre un but commun ; elle est l'expression culturelle d'une société dont elle reflète les besoins et les objectifs.

Compte tenu des caractéristiques de son histoire et de sa composition sociale, le Mexique constitue un exemple des plus édifiants qui pourrait contribuer à éclairer la portée sociale de la notion de droit civil, d'acculturation juridique à travers le processus de codification ainsi que révéler certains effets inattendus, résultants de la transposition de notions, dans ce cas, de notions propres aux Lumières. Un bref examen de l'évolution juridique du Mexique nous permettra donc de mettre en évidence l'importance du contexte social dans lequel chaque mécanisme de légalité est tenu de se développer.

Au Mexique, la compréhension de l'évolution du droit privé, plus particulièrement du droit civil, et enfin de l'état actuel des institutions civiles, exige une analyse approfondie de la réception des différents systèmes de droit ainsi que des diverses cultures juridiques qui ont influencé et influencent notre droit ; il s'agit de déterminer dans quelles mesures ces influences ont été induites et quelles en ont été les répercussions. Le Mexique a accueilli la culture juridique occidentale par la réception du système romano-germanique qui est le sien, et plus particulièrement la culture juridique française. Sans l'examen des éléments de culturalité

juridique, l'explication de l'évolution juridique du Mexique résulterait incomplète et fort probablement erronée.

À l'époque de la Colonie, la Nouvelle-Espagne passa de l'exclusivité coloniale à un « espagnolisme » exclusif<sup>11</sup> tant sur le plan ethnique que culturel lorsque Philippe II, Roi d'Espagne, ordonna que les territoires conquis sur le continent américain ne soient colonisés que par des Espagnols de la Péninsule Ibérique.

L'ordre juridique colonial eut recours à la méthode de la compilation afin d'ordonner ses textes légaux, ce qui provoqua une grande incertitude juridique. Souvent les ordonnances légales ne parvenaient pas jusqu'aux tribunaux et il était de surcroît fort difficile pour la judicature de s'y retrouver dans ce véritable labyrinthe légal. La grande variété d'autorités espagnoles compétentes pour légiférer contribuait de même et en grande partie à la profusion, confusion et contradiction des ordonnances légales qu'une vie entière n'aurait suffi à connaître<sup>12</sup>.

La préoccupation pour déterminer et partant clarifier l'ordre normatif fut constante durant l'époque coloniale et devait s'intensifier encore aux débuts de l'Indépendance mexicaine. Le passage de la Colonie à l'Indépendance signifia une incertitude supplémentaire et fondamentale afférente à la vigueur même de l'ordre juridique.

Le débat relatif à la codification dans le sous-système juridique latino-américain s'amorce donc à l'aube du XIX<sup>e</sup> siècle.

Le processus de codification est mis en œuvre avec la Constitution de Cadix de 1812<sup>13</sup>, promulguée une deuxième fois en 1820, et qui devait avoir une importance considérable dans notre pays durant une bonne partie du XIX<sup>e</sup> siècle. À Cadix, on incorpora le système de codification qui substituerait l'ancienne législation espagnole contenue dans la *Recopilacion de leyes de las Reynos de Indias*, soit la « Compilation du Royaume des Indes », étant entendu que le terme « Indes » désignait alors le continent américain. Les lois de ce recueil furent en vigueur dans les colonies espagnoles jusqu'à l'Indépendance et constituèrent le cadre normatif des « Indes ». La Constitution de Cadix présentait le système de codification comme une nouvelle méthode d'ordonnement normatif et celui-ci représente le point de départ du sous-système juridique ibéro-américain. La

---

<sup>11</sup> L. PÉREZ NIETO CASTRO, *La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine*, Académie de Droit International, Dordrecht/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1985-I, p. 378.

<sup>12</sup> M. del REFUGIO GONZÁLEZ, « Historia del Derecho Mexicano », dans l'ouvrage collectif : *Introducción al Derecho Mexicano*, Tome I, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1981, p. 87.

<sup>13</sup> M. DUBLÁN et J.-M. LOZANO, *Legislación Mexicana o Colección Completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Ed. Officielle, Tome I, Mexico, Impression du Commerce à la charge de Dublán y Lozano Hijos, 1876, p. 326.

Constitution de Cadix inaugura de même la rupture avec le *statu quo ante*. Le Code civil Napoléon, épitomé des Lumières, s'avèrerait plus séduisant pour le Créole mexicain et fournirait, avant la monarchie espagnole, tout au moins un modèle de départ à l'État mexicain naissant qui se trouvait dans une situation chaotique. À l'instar de tout processus social, la réception du droit, plus largement de la culture juridique romano-germanique, et plus particulièrement de la culture juridique française, s'effectua lentement et devait s'étendre peu à peu dans un pays qui émergeait, pour finalement prendre effet dans les jeunes institutions de la société mexicaine. Dans l'ancienne Nouvelle-Espagne devenue le Mexique, la réception de la notion de codification fut lente et hasardeuse et le déclassement de l'ancien ordre colonial donna lieu à un processus social extrêmement complexe et contradictoire et suscita en outre de vives résistances sociales. Nul ne peut affirmer qu'un processus social est uniforme.

Les idées libérales de l'époque amenèrent à envisager la codification comme une méthode de substitution de l'ancien ordre juridique colonial et induisirent la création d'un Code propre dans lequel l'influence du Code Civil français est clairement perceptible. Le principe codificateur allait substituer la méthode de compilation espagnole qui consistait en une simple juxtaposition et exposition chronologique de règles, pour se transformer en une ordonnance des normes en vigueur, présidée par les principes juridiques et politiques qui régnaient alors. L'argument défendu à l'époque était que la loi se devait d'être une manifestation de la raison par le biais de laquelle on prétendait garantir les conquêtes individuelles de l'homme. La fonction codificatrice fut conçue comme une tâche scientifique et non pas politique.<sup>14</sup> La rédaction d'un texte unique caractérisé par la sobriété et l'abstraction propres à la codification contrastait avec la multiplicité des textes rédigés dans des styles différents et qui étaient propices à des interprétations juridiques diverses ; en effet, la méthode de la compilation introduisait des éléments d'imprévisibilité dans l'application des lois et impliquait par ailleurs un degré élevé d'incertitude juridique. Après la marginalisation et l'isolement intellectuel que signifia vivre sous le joug du régime espagnol, la société de la Nouvelle-Espagne transformée en une société mexicaine transitoire en vertu de la codification, prendrait connaissance des postulats des Lumières qu'elle tenterait d'adopter à l'ancienne structure coloniale. Elle passerait ainsi de la conception scolastique de l'individu résigné et soumis à un ordre préétabli à l'affirmation de son individualité et de son libre-arbitre ; des sacrements des actes du registre civil à leur sécularisation ;

---

<sup>14</sup> M. del REFUGIO GONZÁLEZ, « Historia del Derecho Mexicano », *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Tome XII, Mexico, Ed. Porrúa. S.A. y Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 361.

du gouvernement du régime canonique des relations intra-familiales à leur laïcité ; d'un régime économique à l'arrière-goût féodal à une économie de marché naissante dont le centre de gravité était la notion de propriété.

L'introduction au Mexique de la notion de codification entraîna à sa suite l'introduction d'un modèle de société en tous points différent de celui du modèle colonial. En dépit des bontés de ces bouleversements, l'adoption de certains des postulats de la Révolution française aurait des effets nocifs sur une société qui émergeait. Ainsi, le postulat de l'égalité formelle devant la loi amena à abroger subitement les lois protectrices des indigènes mexicains et de leurs communautés. La transgression systématique de leurs droits explique dans une grande mesure la révolte des communautés indigènes mexicaines au XIX<sup>e</sup> siècle et durant une partie du XX<sup>e</sup>.<sup>15</sup>

Les postulats adoptés par le Mexique illustrent l'idéologie de l'époque qui voyait dans la culture française le point culminant de l'individualisme qui instaurait le statut personnel comme principe informateur des règles de conflit, la notion d'ordre public d'exception, l'autonomie de la volonté et l'adoption de la théorie du contrat comme droit commun des actes juridiques et finalement, l'acte juridique comme expression des diverses formes de la volonté individuelle. L'influence de la culture française ne se limita pas à la formation de la législation civile et devait avoir une incidence considérable sur l'enseignement du droit et la toute jeune littérature juridique mexicaine.<sup>16</sup>

Le propos de notre exposé antérieur est bien modeste : tenter de mettre en évidence à l'intention des auteurs du Rapport *Doing Business* certains des éléments qui gouvernent les processus de transculturation et l'adoption de la codification dans des pays comme le Mexique ; le contenu culturel et la description de ces processus de transculturation, lents et complexes eu égard à leurs références sociales. Cet exposé aspire par ailleurs à accréditer l'énorme difficulté qu'il y a à transposer des mécanismes ou des principes légaux qui, bien que considérés comme efficaces en leur temps, ont néanmoins pu avoir des effets insoupçonnés.

## 6. En guise de conclusion

Il arrive parfois que des personnes étrangères au domaine du droit émettent des opinions qui éclairent la pensée juridique. Tel est le cas d'Octavio Paz, prix Nobel de littérature, qui décrivait avec une grande

---

<sup>15</sup> J. SÁNCHEZ CORDERO, « La recepción de la cultura jurídica. La experiencia mexicana » *Revista Mexicana de Derecho*. Colegio de Notarios del Distrito Federal, n° 6, Mexico, Ed. Porrúa, 2004, p. 311.

<sup>16</sup> J. SÁNCHEZ CORDERO, « La recepción de la cultura jurídica. La experiencia mexicana », précit., p. 354.

clairvoyance la situation du Mexique : « Au-delà des réussites et des échecs, le Mexique continue à se débattre avec la question essentielle qui occupe les grands esprits mexicains depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle : comment moderniser le Mexique ? Au XIX<sup>e</sup> siècle, on pensa que l'adoption des principes libéraux et démocratiques suffirait. Maintenant, à l'issue de deux siècles d'expériences et d'erreurs, force nous est de constater que si la société change, elle le fait lentement et que pour que les changements puissent porter les fruits attendus, ils doivent s'effectuer en harmonie avec le passé et les traditions de la Nation mexicaine ».

C'est dans ce contexte que le Mexique devra chercher sa propre voie vers la modernité.



## PANAMA

Gilberto BOUTIN ICAZA.\*

Le groupe panaméen entend réagir envers les critiques sans fondement scientifique des Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale.

Il faut avant tout examiner les traits généraux concernant la position et l'importance du droit continental ou du droit romano-germanique. C'est un fait évident que la culture juridique et la civilisation française ont contribué à la modernité du droit. Aussi faut-il préciser que le phénomène codificateur du droit civil a été le moteur pour un abandon des pratiques du Moyen-âge où la justice était fondée sur la coutume et le droit non écrit. Si l'empire romain nous a légué le droit civil, la civilisation française nous a donné la notion de droit public contemporain et la nouvelle structuration de l'Etat, en ce qui concerne le droit public, connu en Europe et aux Etats Unis ainsi que dans les pays de l'Amérique Latine. Il faut bien rappeler que le premier amendement de la Constitution américaine est inspiré du constitutionnalisme français. Et dans le contexte du droit privé ou droit des contrats appelé transaction en droit américain, la notion de contrat apparaît à peine au début du siècle dernier (1900, par une jurisprudence abandonnant la notion fragile des *gentlemen agreement* du droit médiéval anglais).

Il faut préciser que le droit civil constitue pour certains pays leur identité culturelle et leur religion normative face à l'imprévision d'un droit non écrit et jurisprudentiel. La formation de nouvelles républiques latino-américaines a été inspirée du libéralisme français dans le cadre de la contractualisation privée ainsi que dans le domaine politique et sociologique. En somme, on ne peut pas parler d'un droit latino-américain sans le droit français, source de deux siècles d'inspiration continue.

L'irradiation du droit français ne s'arrête pas au siècle des Lumières. On constate que la technique de la codification a été suivie par le droit

---

\* Professeur à la Faculté de droit et sciences politiques de l'Université de Panama, Président du Groupe panaméen de l'Association Henri Capitant.

allemand à laquelle le juriste le plus réputé, Friedrich Karl von Savigny, s'opposait de manière véhémement. La codification a été adoptée par le droit américain en ce qui concerne le Code de commerce et poursuivie par la systématisation de la matière de « *negociable instruments* » ou « effets de commerce » en langue française. De même, l'esprit codificateur français a inspiré aux américains la systématisation de la loi de la faillite ou « *bankruptcy act* ».

En outre, l'école conceptualiste française et l'école pragmatique américaine ont coïncidé dans des domaines assez importants comme par exemple en matière de classification des obligations. Les Américains ont accepté la classification latine française des obligations de moyen, de résultat et de garantie, classification préconisée par la doctrine française de Demogue, et d'André Tunc et qui fait partie aujourd'hui des principes de contractualisation internationale d'Unidroit.

En matière de commerce international, les Américains ont encouragé le nouveau droit commercial international, notamment la doctrine qui a permis son explication, sa justification et sa compréhension, l'école française à travers des cours de la Sorbonne, présidé par Berthold Goldman, auteur du terme *lex mercatoria* ou « *the new law merchant* ».

Par ailleurs, la systématisation de l'arbitrage moderne a pu être développée par l'école de Dijon représentée par le juriste disparu Philippe Fouchard, Philippe Kahn et d'autres auteurs qui ont influencé la jurisprudence panaméenne et latino-américaine.

La loi de procédure d'adjudication en matière de travaux publics de 1997 a été inspirée du droit français, tout comme la loi en matière de responsabilité du constructeur pour être compréhensible par le juge de fond et même par les associations d'architectes et d'ingénieur du Panama.

En matière de transport maritime la *loi Wagon* concernant les opérations des ports du Pacifique et de l'Atlantique a été établie en fonction du droit français par l'ancien directeur des ports, Abraham Soffer.

Sur le plan de la protection à la vie privé ou bien au procès à huit-clos que l'Etat utilise pour construire un dossier criminel, le recours nommé « *habeas data* » a aussi été inspiré par la loi française et cela non pas uniquement au Panama mais aussi en Amérique latine.

L'imprévisibilité du droit anglo-américain est notoire et bien réputée dans le sous-continent latino-américain, car elle est définie comme l'impressionnisme juridique anglo-américain, fondé sur le principe de l'opportunité et convenance ou bien dans la recherche d'un droit prévisible profitant aux intérêts du plus fort. De là, la méfiance du droit latino-américain à l'égard du droit nord-américain. On peut ajouter deux exemples dans le domaine des sources des obligations d'un coté et dans le domaine des conflits de juridiction, de l'autre.

Dans les sources des obligations, il n'existe point de régime qui puisse établir le régime des obligations. Le droit américain est procédural et pourtant primitif car, c'est le juge qui doit déterminer si on est en présence d'un tort ou d'une obligation contractuelle. Car le juge est la source du droit et de la loi. Ainsi, le praticien américain manque de concept ou de notion essentielle pour élaborer un contrat et a besoin d'établir une définition pour expliquer le contrat pour lequel tout ce qui n'est pas défini appartient au régime du *tort* ou du rapport extra-contractuel.

Dans le domaine des conflits de juridiction c'est encore pire. Le juge anglo-américain n'a pas de règle relative à l'établissement de la compétence judiciaire. C'est le juge qui met en place sa propre compétence et parfois de manière arbitraire ou bien sans aucune base objective. De là des notions comme le *forum non conveniens* ou bien des règles de compétence exorbitantes en matière internationale fondées sur la nationalité du ressortissant qui est partie au litige.

Le droit américain encourage la culture de la fraude à la procédure avec les critères permmissibles du *forum shopping* qui n'est qu'une manipulation de la juridiction par l'une des parties afin d'obtenir un avantage matériel illégal. C'est-à-dire le moyen pour obtenir un résultat économique plus favorable.

En ce qui concerne la procédure collective, les Etats-Unis sont dépourvus de toute sensibilité sociale, visant seulement l'intérêt de l'entreprise et non pas la fraude commise par l'entrepreneur. Il s'agit d'un royaume sans morale, l'antinomie du Camelote.

En guise d'exemple, on peut vérifier que dans notre système judiciaire nous sommes héritiers de la Cassation, laquelle a été le symbole de la rationalité et de l'équilibre pour notre pays face à l'institution du CERTIORARI, système américain basé sur le hasard concernant la révision de cas devant la Cour Suprême, ce qui entraîne une justice inégale et discriminatoire pour la plupart de la population de ce pays.

Finalement, le droit de la famille américain a contaminé le droit latino-américain avec le *show* de la criminalisation du rapport de famille, en rendant inconciliable le rapport de famille et passant par un système de protection familiale vers un système fondé sur l'intimidation et le sexisme. Des idées qui n'aident en aucun cas un pays ayant une culture de conciliation plus marquée que celle de la contradiction familiale. D'où, le mariage entre homosexuels aux Etats-Unis, un peuple qui prétend influencer l'histoire sans tenir compte de l'histoire. Le Grec, père de l'homosexualité savait que le mariage est un contrat entre personnes de sexe différent et son but est la procréation.

Il est regrettable que les Rapports *Doing Business*, qui divulguent une vision assez simpliste, puissent mettre en cause les piliers du droit et de la

civilisation avec une légèreté téméraire au détriment de la diversité de la culture juridique et à l'encontre du principe de la tolérance des systèmes.

## PAYS-BAS

Dr. Diana DANKERS-HAGENAARS\*  
Dr. Wil WEDEKIND\*\*

### *1. Introduction*

Ces quelques remarques sur le Rapport français ne peuvent être que de caractère purement personnel. Compte tenu du peu de temps qui nous a été donné pour réagir sur ce rapport il nous était impossible d'inviter d'autres personnes du Groupe néerlandais et notamment des juristes et économistes à donner leur avis.

Ci-dessous nous développons quelques réflexions personnelles sur la réaction de l'Association Henri Capitant sur les Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale, notamment l'étude de 2004 sur le sujet « *Understanding Regulation* ».

En lisant la réaction française il semble que les auteurs des Rapports *Doing Business* ont lancé une étude assez controversée. Ils cherchent de nouvelles méthodes et de nouveaux indicateurs, à comparer les différents systèmes qui se rapportent aux entreprises dans les pays du monde entier, méthodes qui sont plutôt de nature empirique et économique que normative. Et c'est sur ce dernier point que le juriste intervient. Les auteurs ont été aidés par des spécialistes dans ces pays au moyen de « questionnaires »<sup>1</sup>.

Les auteurs de *Doing Business* semblent avoir eu comme perspective la situation dans les pays en voie de développement (« *poor countries* ») et son

---

\* Secrétaire générale du Groupe néerlandais de l'Association Henri Capitant.

\*\* Professeur émérite de l'Université d'Amsterdam (Pays-Bas), Président du Groupe néerlandais de l'Association Henri Capitant.

<sup>1</sup> V. pour les Pays-Bas, *Rapport Doing business* in 2004, p. 188.

amélioration en cherchant les facteurs déterminants du « *private sector development* »<sup>2</sup>.

L'un de ces déterminants est certainement l'environnement juridique et législatif (« *the regulatory intervention* »). Et c'est là où l'origine juridique d'un pays joue un rôle<sup>3</sup>. Pas seulement, selon nous, comme une variable importante mais plutôt comme un rôle de premier ordre. Mais selon les auteurs, « *heritage is not destiny* ».

Cette étude des auteurs de *Doing Business* est « rafraîchissante » mais nous semble être trop « globale » pour pouvoir tirer des conclusions. Elle cherche de nouvelles techniques de comparaison (avec des suppositions (« *assumptions* »)<sup>4</sup> et ouvre une vue d'ensemble sur tous les pays du monde. C'est intéressant mais pas suffisant, car elle touche à beaucoup de domaines et de disciplines comme l'histoire du droit, le droit comparé, la sociologie du droit, la philosophie du droit et bien d'autres. Heureusement les collègues français l'ont signalé déjà et nous n'aborderons pas cet aspect.

## 2. Le rapport de l'Association Henri Capitant

Le rapport de l'Association Henri Capitant est une réaction, parfois véhémente, au rapport *Doing Business* et les arrière-pensées des auteurs : « Leur ambition semble être de vouloir livrer un guide sûr (...) à tous les législateurs de la planète » (nr. 4 du rapport de l'Association). Si cela était vrai, nous pensons que c'est une démarche que l'on rencontre à plusieurs reprises dans l'histoire, mais qui nous semble être trop ambitieuse. On pourrait dire d'avance que les auteurs de *Doing Business* ne connaissent pas l'histoire du droit européen vieille de plus de 2000 ans. « *History is not destiny* », mais selon nous l'histoire pèse lourd !

Bien sûr, le monde a changé, la « globalisation (mondialisation) » a une influence énorme, mais la pensée juridique reste au fond presque identique. Par exemple : On parle de « *best practices* »<sup>5</sup> mais est-il, dans le sens juridique, autre chose que le droit coutumier ?

Ensuite, selon le rapport de l'Association, « le droit commande le développement économique » ou « le droit constitue le facteur le plus important de développement » (nr. 8 du rapport de l'Association).

Cela nous paraît une idée d'une société « faisable » c'est-à-dire que le droit en soi-même peut guider et même diriger une société. Nous sommes d'avis que les expériences dans beaucoup de pays, notamment les pays autrefois socialistes de l'Europe de l'Est, ont démontré le contraire.

<sup>2</sup> V. *Rapport Doing business* in 2004, p. IX.

<sup>3</sup> V. *Rapport Doing business* in 2004, p. XIV.

<sup>4</sup> V. *Rapport Doing business* in 2004, p. 3.

<sup>5</sup> V. *Rapport Doing business*, 2004, p. XVI.

Et si c'était vrai pour les pays dits capitalistes, on méconnaît que le droit suit presque toujours les faits déjà existants. Il y a les faits économiques, commerciaux ou autres qui font avancer et développer le droit. On voit cela aussi clairement dans les pays de l'Europe de l'Est. Après la chute du mur de Berlin, on se demandait dans ces pays : quel droit ? Qu'est ce que c'est une entreprise ? En Allemagne de l'Est on procédait à une démarche bien remarquable : d'un seul coup on a introduit le BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) et le *Handelsgesetzbuch* sur ce territoire. Donc le droit suit plutôt les faits !

### 3. *La situation aux Pays-Bas : une codification moderne datant de 1992 !*

Les Pays-Bas connaissent traditionnellement depuis longtemps un système de droit civil écrit, c'est-à-dire une codification du droit civil. Après les efforts d'établir une codification nationale à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, les Pays-Bas firent partie de l'Empire français entre 1810-1813. Après la libération en 1813 et jusqu'en 1830 les Pays-Bas ont été réunis avec la Belgique et cependant, le Code Civil français s'y appliquait toujours.

En 1838, la séparation de la Belgique avait eu lieu en 1830, nous avons inauguré notre propre Code Civil. Ce Code civil de 1838 fut partiellement une copie du Code Civil Français quoique adaptée aux besoins néerlandais. Ce code a survécu plus de 150 ans ! Il a été recodifié après la Deuxième Guerre Mondiale (l'œuvre du Prof. E.M. Meijers depuis 1947 et bien d'autres après) et fut introduit en 1992 sur le modèle (système) du Code Civil Allemand (BGB, qui date de 1900) tout en conservant dans les articles beaucoup de souvenirs des idées françaises<sup>6</sup>.

Le nouveau Code Civil néerlandais de 1992 est devenu un code souple utilisant des parties générales et des règles générales, des normes « ouvertes » comme celle de la bonne foi et de l'imprévision.

Il est à noter que ce code moderne était consulté dans les pays de l'Europe de l'Est après la chute du mur de Berlin (cf. rapport de l'Association, nr. 75) et que nombre de juristes néerlandais ont travaillé ensemble avec les juristes des pays Baltiques (notamment de l'Estonie) et de la Russie pour mettre en place notamment le droit des sociétés.

---

<sup>6</sup> V. plus en détail: Rapport néerlandais in : *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 44, Paris, Litec, 1994, p. 419-443.

#### 4. *La convergence des systèmes juridiques*

Cependant nous remarquons que les systèmes de l'Europe continentale et du Royaume-Uni se ressemblent de plus en plus. Dans les sociétés complexes et techniques comme les nôtres on a d'un côté de plus en plus besoin de la législation (surtout dans des domaines spécifiques ; cf. le rapport de l'Association, nr. 77) et de l'autre, le rôle de la jurisprudence sur le continent est devenu primordial.

En principe le droit néerlandais ne connaît pas le système du *stare decisis* (donc la force obligatoire des précédents) mais dans la pratique les précédents jurisprudentiels ont un effet prépondérant.

Mais de dire (voir nr. 3 du rapport de l'Association) qu'un système d'origine jurisprudentielle se prête mieux aux évolutions sociales qu'un système de droit écrit, va trop loin à notre avis. Un système d'origine jurisprudentielle finit lui aussi par systématiser ce droit et à en distiller des règles (voir par exemple les *Restatements* aux États-Unis).

Donc, selon nous, il faut mettre beaucoup plus l'accent sur la convergence des systèmes juridiques dans le monde, au lieu de se concentrer sur les différences.

#### 5. *L'Union européenne*

Il va de soi que l'Union européenne avec son marché interne respecte l'idée de la codification. Le nombre de 25 États-membres force l'harmonisation lente des différents systèmes juridiques. On aperçoit ce qu'on appelle « *the transfrontier mobility of law* »<sup>7</sup>. On étudie sur « *l'Europeanisation of Contract Law* » et il y a même ceux qui parlent déjà d'un « *European Civil Code* » (cf. Rapport de l'Association, nr. 75).

C'est peut être prématuré d'en parler mais quoi qu'il en soit il est évident qu'avec l'intégration des marchés et sous l'égide de la Cour de Justice des Communautés Européennes, une harmonisation du droit dans les différents États-membres s'impose et a lieu ou soit ouvertement par les règlements et les directives européennes soit peut-être également, silencieusement par une harmonisation spontanée<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> V. R. JAGTENBERG, E.ÖRÜCÜ et A.de ROO (éd.), *Transfrontier Mobility of Law*, La Haye, Kluwer Law International, 1995. Dans ce recueil j'ai démontré que l'influence française dans le domaine européen des marchés publics est considérable.

<sup>8</sup> V. M. B. M. LOOS, *Spontane harmonisatie in het contracten en consumentenrecht*, (avec beaucoup de références récentes sur l'évolution européenne) Boom Juridische Uitgevers, 2006.

## 6. Conclusion

- Les auteurs de *Doing Business* parlent une autre langue, une langue qu'on retrouve dans beaucoup de rapports « dits » modernes. Rafraîchissant, mais trop global pour en tirer des conclusions.

- Une discussion qui met en cause la tradition juridique française, notamment la tradition de la codification, est aussi une réflexion sur d'autres systèmes codifiés, donc aussi sur la codification allemande, suisse ou néerlandaise.

- Nous comprenons la réaction française. Mais il faut bien voir l'évolution qui a eu lieu chez nous. Les Pays-Bas sont devenus un pays avec une économie fondée sur les marchés de services. Vivant des exportations, les Néerlandais se trouvent partout dans le monde. Nous sommes contraints à nous adapter à l'évolution mondiale.

Sur le plan juridique nous avons une nouvelle codification, datant de 1992 et basée sur le modèle allemand. Il n'est pas à craindre que les Pays-Bas (ou la plupart des pays de l'Europe continentale) feront tomber leur idée de codification et passeront à un système de droit jurisprudentiel traditionnellement présent dans les pays anglo-saxons.

- Dans les sociétés modernes on ne peut pas dire qu'un seul système de droit prévaut sur l'autre. Il faut se méfier de généralités de description d'un système ou d'un autre<sup>9</sup>. Bien sûr, il y a des différences de base mais ces différences ont évolué elles aussi. Donc, selon nous, il faut mettre beaucoup plus l'accent sur la convergence des systèmes juridiques dans le monde, au lieu de se concentrer sur les différences.

- Nous terminerons en attirant encore une fois l'attention sur un problème plus grave.

C'est la maîtrise des langues étrangères et de la langue française en particulier.

Je l'ai mentionné déjà en 1997<sup>10</sup>. Il faut constater que de nos jours il y a une prédominance de la langue anglaise (voir aussi rapport de l'Association, nr. 89). Autrefois les étudiants qui voulaient entamer des études de droit aux Pays Bas, devaient obligatoirement maîtriser le latin et le français, comme d'ailleurs l'anglais et l'allemand.

Dans les années 1960 on a affaibli et ensuite aboli cette obligation pour les étudiants en droit. La perte de la connaissance du latin a amoindri l'intérêt pour le droit romain et pour l'histoire du droit en général. On constate le même processus quant à l'intérêt pour le droit français.

---

<sup>9</sup> Comme celle à la page XIV du Rapport *Doing business 2004: Common law countries regulate the least. Countries in the French civil law tradition most*.

<sup>10</sup> « Cinquantenaire du groupe néerlandais de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française », *RIDC*, 1-1999, p.155-157.

- Il est vrai qu'il existe ce « génie de la langue française » (voir : Rapport de l'Association, nr. 79), mais s'il ne reste que des générations de jeunes qui ne maîtrisent que l'anglais (ou présument de le maîtriser), ce sera très difficile de les intéresser aux principes du droit français.

-Les cours de droit pour les étudiants étrangers chez nous sont donnés obligatoirement en langue anglaise, ce qui pose pas mal de difficultés pour le corps enseignant parce que le droit anglais a des institutions particulières et une terminologie différente de celle du continent. À proprement parler, il faut être un vrai comparatiste pour le faire comprendre. Il y a un paradoxe: on désire entendre l'anglais, mais pour un(e) juriste du continent il serait beaucoup plus facile de se faire comprendre en utilisant la langue française à cause de la connexité des systèmes juridiques. La seule condition : il faut d'abord maîtriser le français !

## PORTO RICO

Luis MUNIZ-ARGUELLES\*

Nos commentaires sont le résultat d'une réunion dans laquelle ont participé plusieurs professeurs, dont un d'économie et d'autres faisant partie du groupe portoricain. La réunion a suivi la lecture des deux rapports de la Banque Mondiale mais aussi un résumé préparé par nous-même au sujet de la réponse de l'Association, étant donné que le français n'est pas encore une langue que l'on domine à Porto Rico.

Notre première observation traite des arguments de la banque Mondiale et de ses faiblesses. Tout comme l'Association Henri Capitant, nous reconnaissons que les systèmes juridiques d'origine français – ou plutôt en général romano-germaniques – sont nocifs ou mal adaptés aux objectifs économiques proposés par la Banque. Cependant notre inquiétude se porte sur la dernière partie de la réponse de l'Association qui semble défendre une position contraire. Au moment de discuter les mérites des systèmes d'origine romano-germanique, dans la partie intitulée « Les atouts du Droit civil », l'Association prétend que la meilleure façon d'obtenir les résultats préconisés par la Banque consiste à adopter un système semblable au système français ou romano-germanique et non pas un système du *common law*.

Qu'il soit bien clair que nous ne voulons en aucun cas prendre parti, ou nous présenter comme pour ou contre les arguments économiques de la Banque Mondiale. Il est évident que la réglementation excessive, les délais bureaucratiques absurdes, la corruption et le manque d'efficacité sont des obstacles au développement. Néanmoins, tous ne sont pas d'accord sur le fait que la libéralisation des restrictions des licenciements, parfois injustifiés d'ailleurs, ou l'autorisation de consentir aux contrats prolongés mais à durée déterminée qui ne seront alors contrôlés que par les forces du marché, par

---

\* Président du Groupe portoricain de l'Association Henri Capitant.

exemple, soient conformes aux rêves de la société, dans laquelle les commerçants exercent, en matière de justice sociale.

La discussion qui suit n'entre pas dans ce débat, qui est plus idéologique que juridique. En n'y prenant pas part, cela ne signifie absolument pas que nous condamnions ce que la Banque Mondiale propose. Nous nous limitons simplement à analyser si le fait qu'un système juridique soit supérieur à un autre possède un fondement autre que le préjudice historique.

Ayant clarifié ceci, notre deuxième observation porte sur les deux principaux systèmes d'Occident. En effet, le fait de dire qu'il y en a un supérieur à l'autre non seulement va à l'encontre de ce que la Banque elle-même présente mais reflète également un débat ethnique qui aurait dû disparaître après les guerres et persécutions de la fin des années 1930.

Sans vouloir offenser personne, nous nous demandons s'il existe une personne du tiers monde, partie du monde la plus visée par la Banque Mondiale, qui s'intéresse réellement au fait que la culture française et anglaise soient intrinsèquement les deux supérieures. Les haïtiens, les soudanais, les tibétains pauvres sont probablement peu intéressés par les réclamations de supériorité culturelle des uns et des autres, car ils voient dans les deux sociétés de telles richesses, qui sont peut être le résultat de supériorités économiques et juridiques, ou bien le résultat de l'impérialisme, ou encore peut être le résultat d'autres facteurs toujours ignorés par le rapport de la Banque Mondiale. Ils seraient, certes, tous heureux du développement de leurs économies, mais peu importe sous quel système juridique, et d'autant plus si les deux systèmes identifiés leur sont étrangers. (Il est important de préciser que l'effort que nous portons à regrouper la plupart des systèmes du monde dans un de ces deux systèmes, effort que nous, les portoricains, partageons, consisterait en fait à établir une classification ethnique européenne.)

Voilà pourquoi nous sommes légèrement préoccupés par la dernière partie du rapport concernant la réaction de l'Association car, même si elle ne le fait pas expressément, elle valide tout de même les arguments idéologiques de la Banque Mondiale et répond ainsi à la supériorité culturelle de l'un ou l'autre système. Nous pensons en fait que la réponse de l'Association serait certainement plus forte si elle se concentrait moins sur ces aspects et se focalisait davantage sur deux en particulier : a) le débat idéologique qui pourrait se développer à partir des suggestions spécifiques faites par la Banque Mondiale mais aussi sur, b) les contradictions et faiblesses de l'argument énoncé : que le *common law* est supérieur aux autres systèmes.

Comme nous l'avons déjà signalé, nous ne souhaitons pas discuter du premier thème, celui concernant les aspects idéologiques du rapport de la

Banque Mondiale, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un débat juridique et qu'en y participant nous nous éloignerions alors de notre objectif qui consiste à commenter la réponse de l'Association Henri Capitant quant aux observations ethniques faites par la Banque Mondiale. Nous passons, donc, au deuxième thème concernant la supériorité de l'un ou l'autre système.

D'après les faits présentés par la Banque elle-même, plusieurs pays de tradition juridique romano-germanique ont fait des progrès qui méritent d'être soulignés, conformément aux critères avancés par les auteurs des rapports. Les pays européens étant parvenu à réduire le temps pour monter une société, sont tous des pays ayant une tradition juridique romano-germanique. Dans le monde, les progrès des pays tels que le Nicaragua, le Chili et, bien qu'avec une certaine résistance et après les réformes de 2002, la Russie sont des pays, également d'une tradition autre que celle du *common law*, et qui méritent aussi d'être notés.

L'énorme gamme des problèmes signalés pour établir ou pour liquider une société ou encore pour licencier des employés peu efficaces ou qui ne sont plus nécessaires existe aussi bien au Guatemala qu'au Ghana ou Nigeria. Les gains juridiques, conformément aux critères de la Banque Mondiale, ont eu lieu aussi bien au Chili, en Allemagne, en Afrique du Sud et en Italie qu'au Japon, en Corée, au Canada et aux États-Unis. Honnêtement, nous ne voyons pas de patron *juridico - culturel* dans les listes.

L'Association a souligné plusieurs erreurs dans le rapport de la Banque Mondiale quant à la situation française, erreurs sur lesquelles il est nécessaire de s'arrêter pour démontrer que l'argument de supériorité ethnique est faux. L'Association a aussi souligné que les systèmes romano-germaniques ont des traits caractéristiques intéressants pour obtenir une réforme juridique rapide comme par exemple la possibilité de modifier la norme juridique et ainsi d'éviter la manière lente, chère et très fragmentée que représente le processus de réforme par voie de la jurisprudence. Mais, à vrai dire, l'important ne réside pas tant en la supériorité d'un système ou d'un autre, car dans les pays ayant une tradition juridique du *common law*, il est aussi possible de modifier la règle de droit en votant une nouvelle loi, simplifiant ainsi les procédures et libérant les commerçants. Ceux-ci n'ayant alors plus le devoir de déposer une certaine somme avant de monter une société et réduisant le nombre de registres auxquels ils doivent se rendre pour y déposer des documents.

Nous pensons que le problème juridique concernant les obstacles au développement tient plus aux visions idéologiques qui perdurent, et qui probablement vont perdurer à l'avenir, ainsi qu'aux difficultés de sortir du sous développement et du colonialisme. En effet, voilà la cause d'un grand nombre de ces obstacles qui sont soutenus par des groupes locaux qui ne

veulent pas qu'ils disparaissent. Dans le tiers monde, qui nous le rappelons se trouve au centre du débat de la Banque Mondiale, la réduction des revenus pour un groupe peut avoir des conséquences beaucoup plus graves qu'une même réduction dans des pays plus développés, possédant, en effet, des secteurs économiques plus forts pouvant aider les personnes concernées grâce à un système d'assistance sociale plus riche et des moyens de réinsertion beaucoup plus importants.

Le problème réel ne se trouve pas au fond dans les préférences ethniques ou de traditions juridiques, mais il est beaucoup plus profond. Les habitants en Angleterre, en France et en Allemagne ne sont pas tous tout à fait dans la même position économique, mais leurs différences sont faibles et ont varié dans un passé pas si éloigné. Les différences font partie d'un cadre plus large que la majorité préfère retenir, comme le montre le débat public récent en France sur la réforme des contrats de travail. La Banque Mondiale se trompe quand elle choisit l'argument ethnique en faveur d'un système juridique et cela en particulier quand ce qu'elle désire est l'adoption par les pays en voie de développement d'un modèle idéologique qui, à bien ou à mal, s'est imposé dans tout l'occident.

## QUÉBEC

Jean-Louis BAUDOUIN\*

La section québécoise de l'Association Henri Capitant entend réagir au document intitulé : *Doing Business in 2005 : removing obstacles to growth*, (France). Elle a, par ailleurs, pris connaissance de la réponse de l'Association mère Henri Capitant des Amis de la culture juridique française.

Au Québec, comme on le sait, le système de droit en vigueur est un système mixte puisque l'ensemble du droit public s'inspire largement de *common law*, alors que le droit privé (famille, personnes, contrats, sûretés, etc.) est d'inspiration romaniste et de tradition française. Le nouveau Code civil du Québec de 1994 a d'ailleurs fortement inspiré, en tout et en partie, de nombreux pays d'Europe de l'est (par exemple, la Roumanie, la Bulgarie, etc.) et d'Amérique latine (l'Argentine en est un bon exemple).

Le Code civil du Québec résolument moderne a, par ailleurs, su s'adapter aux réalités commerciales actuelles en codifiant des institutions de *common law*, telles l'hypothèque mobilière (*chattel mortgage*) et la fiducie (*trust*).

Il n'appartient évidemment pas à la section québécoise de se prononcer sur cette partie du rapport qui traite des institutions françaises particulières (droit du travail, publicité foncière, etc.), puisque son expertise en la matière est trop limitée pour pouvoir permettre une appréciation critique.

Deux commentaires généraux méritent toutefois d'être faits :

Le premier porte sur la méthodologie utilisée dans le Rapport *Doing Business in 2005 : removing obstacles to growth*.

Cette méthodologie est celle de l'école américaine de l'analyse économique du droit. Il s'agit d'une méthode qui a apporté au Droit un éclairage intéressant, tout comme par exemple la méthode d'analyse

---

\* Président du Groupe canadien de l'Association Henri Capitant.

sociologique. Si elle a ses vertus, elle a cependant aussi ses limites intrinsèques puisqu'elle se base exclusivement sur le critère économique d'analyse, critère par ailleurs simplificateur qui met de côté les autres dimensions, sociologiques et culturelles des systèmes juridiques. Cette méthode est donc essentiellement réductrice et ne saurait en aucun cas être utilisée seule, exclusivement, et sans référence aux autres facteurs comme étalon pour juger un système quel qu'il puisse être.

Cette méthode a également pour résultat de poser un jugement de valeur tranché et sans nuance destiné, selon ses auteurs, à repérer le « meilleur » système de droit. Le rapport *Doing Business* montre clairement un préjugé en faveur du système de *common law* principalement américain. Or, ce système de *common law* ne représente que 6.5% des pays du monde. À cet égard, il est d'ailleurs curieux de constater que pour ce qui est de la protection des investissements, les États-Unis récoltent une note de 7/7 alors que les tribunaux américains sont saisis à l'heure actuelle d'une série d'affaires de corruption, de fraude et de malversation dont l'affaire *Enron* est la plus connue

Pour conclure donc sur ce premier point, nous pouvons constater qu'il est dangereux de vouloir porter un jugement de valeur sur le système de droit de quelque pays que ce soit, à l'aide de la seule méthode de l'analyse économique du droit qui, délibérément ignorante de tous les autres facteurs modulateurs d'un système juridique, demeure essentiellement incomplète et fondée sur des postulats contestables.

En second lieu, le Québec en est un exemple vivant : le droit civil d'inspiration romaniste n'a jamais causé à nos proches voisins les États-Unis de problèmes lorsqu'il s'est agi, pour eux, d'y faire affaire.

Chaque pays n'a que le système qu'il mérite. Au Québec, les juristes, les tribunaux fonctionnent parfaitement et aussi bien en alternance dans l'un et l'autre des deux grands systèmes. Le droit civil codifié est, en général, vu comme ayant l'avantage sur le *judge made law* de présenter au citoyen non spécialiste une plus grande accessibilité à la règle de droit et donc, dans un certain sens, une sécurité accrue dans la prédiction des solutions juridiques. Le système de *common law* pour sa part est souvent considéré comme étant plus souple et plus adaptable aux nouvelles réalités financières et commerciales.

On observera en terminant que souvent le droit jurisprudentiel est trop complexe et trop diversifié pour être, d'une part, facilement accessible et, d'autre part, pour permettre d'avoir une vision claire et précise des tenants et aboutissants d'un système juridique. La preuve en est que même les USA, pourtant résolument inscrits dans un système de *common law*, ont décidé de codifier (dans un style, il est vrai, bien particulier) certaines parties de leur

droit dont le *Uniform Commercial Code* et le *Uniform Laws of Evidence*, sont des exemples.



## ROUMANIE

Dr. Mircea Dan BOCŞAN\*

Lors du Congrès de Québec, le groupe roumain de l'Association Henri Capitant a été averti sur le contenu d'un rapport publié par la Banque Mondiale sous le titre *Doing Business in 2004 : Understanding regulation*. Les membres de l'Association se sont unanimement prononcés pour la nécessité d'une réponse. On a vu aussi en 2005 et 2006 comment la Banque Mondiale a réitéré ses positions critiques vis-à-vis des systèmes de droit romanistes, notamment ceux français et francophones.

Compte tenu des (parfois) graves inexactitudes contenues dans les documents mentionnés, de la forte parenté entre les systèmes juridiques français et roumain, de la réponse exhaustive donnée par le groupe français de l'association, le groupe roumain a mandaté son secrétaire général afin de formuler sa position.

La lecture des Rapports *Doing Business* et l'analyse du contexte intellectuel qui les a occasionnés nous montre d'importants manquements à l'histoire du droit européen, et français notamment.

La méthode suivie nous semble utiliser des critères logiquement insuffisants ; en même temps, elle ignore l'importante place occupée par l'élément humain dans la configuration d'un ensemble de règles juridiques. Une rigueur scientifique élémentaire et une modestie minimale auraient dû tempéré le ton catégorique adopté par les rapports en question. Personne n'oserait des qualifications tellement tranchantes, même venues d'un pays actuellement dominant la scène économique mondiale.

Une véritable science juridique a toujours été et sera toujours le résultat plus ou moins direct des efforts déployés par des générations successives de savants issus des quatre coins du monde ; afin qu'elle puisse offrir une aide véritable aux investisseurs, cette science doit éviter les analyses partielles

---

\* Correspondant de l'Association Henri Capitant.

vouées à l'occultation des données et à l'appropriation réductionniste de la vérité.

La critique est toujours bienvenue ; mais l'impératif de la *bona fides*, quoiqu'il ait été formulé par les jurisconsultes romains, n'est point étranger aux deux côtés de l'Atlantique. L'influence de la politique sur le domaine juridique est largement reconnue et dans une certaine mesure, inévitable ; mais la coopération internationale des juristes ayant une prétendue stature scientifique ne saurait point céder aux demandes d'un pouvoir temporel.

La Roumanie a connu des problèmes importants durant ces dernières décennies. Mais la situation change depuis, parce qu'on a pris conscience d'une chose essentielle : ce n'est pas une réglementation juridique issue d'une tribune hautement placée qui résoudra la crise, mais l'observation des questions morales et l'indispensable coopération humaine fondée sur la sincérité. C'est précisément de cette manière que le groupe roumain entend assumer le but et la mission de l'Association Henri Capitant et, en même temps, le motif pour lequel il entend repousser les Rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale.

## SUISSE

Christophe RAPIN\*, Pierre WESSNER\*\*

### *1. Quant à la problématique posée et à l'impact des rapports en discussion*

Globalement dit, les rapports de la Banque mondiale se penchent sur la comparaison de régimes juridiques – dont on a pu déduire peut-être hâtivement des conclusions d'efficience – en mettant singulièrement en miroir ceux qui sont de tradition écrite, issus de la conception romano-germaniste (*Civil Law*) et ceux qui se rattachent à des systèmes jurisprudentiels fondés sur les précédents (*Common Law*). Cette problématique est bien sûr très complexe et son analyse mériterait une étude d'envergure. Les quelques remarques qui suivent sont donc empreintes d'une grande modestie, d'autant que les soussignés ont eu de la peine à susciter des observations des membres consultés de leur groupe, qui se sont sentis peu concernés par cette question. Il est vrai que les rapports de la Banque mondiale ont été perçus en Suisse comme une sorte d'épiphénomène qui, et de loin, n'a pas connu l'ampleur ressentie en France. L'explication tient sans doute au fait que la Suisse, selon les auteurs des rapports, n'est pas véritablement mal classée dans les différents *rankings*, également au fait que neuf juridictions parmi les vingt qui seraient supposées être les plus favorables au développement des affaires sont de tradition civiliste, selon le classement de la Banque mondiale. Il est vrai que certains juristes suisses auraient pu s'insurger contre une des hypothèses du rapport de 2004 (p. 117), qui classe la Confédération suisse, Etat fédératif trilingue et multiculturel, dans les nations rattachées à une origine

---

\* Avocat.

\*\* Professeur, Membre du Comité, Président du Groupe suisse de l'Association Henri Capitant.

allemande. Nous n'avons pas eu connaissance dans notre pays de réactions d'importance.

En revanche, on peut comprendre que le monde juridique français se soit senti offusqué par ces rapports, dans la mesure où ils reposent sur des partis pris discutables et combinent des méthodes de raisonnement pouvant dévaloriser les systèmes de droit écrit. C'est le cas notamment du système juridique français, dont il était déplacé, dans les termes employés, de critiquer un formalisme excessif et une relative rigidité, interprétés comme des défauts d'efficacité, et à tout le moins insultant de laisser entendre qu'il pouvait être source de corruption.

## 2. *Quant à l'approche des rapports*

La corrélation entre la nature d'un droit et son efficacité pratique ne se résout pas, ou pas seulement, en terme de causalité. Toutes sortes de facteurs, culturels, sociaux (liés notamment à la protection des travailleurs et au développement des assurances sociales), politiques (alternance ou consensus dans le gouvernement, pratiques de référendum populaire), économique (régulation plus ou moins large de la concurrence) participent à la mesure de l'efficacité d'un système juridique. Ces facteurs – qui peuvent s'exercer indistinctement dans les pays rattachés à la *Civil Law* comme dans ceux qui sont de *Common Law* – apparaissent comme des variables significatives dans l'appréciation. Or, les auteurs des rapports se fondent sur une corrélation trop simpliste et pas assez affinée. En clair, ils ne prennent guère en compte les variables susmentionnées. Ils semblent justifier leurs conclusions en se fondant sur le raisonnement que certaines réglementations, par leur nature et leurs institutions juridiques spécifiques, conduisent à démotiver les investisseurs et à gripper le monde des affaires. A cela, on rétorquera qu'*a priori* il n'y a pas de bonne ou de mauvaise réglementation. Ainsi, en cas de faillites multiples ou à grande échelle dans un pays, il peut y avoir des arguments valables de mettre en place des mesures impliquant une intervention étatique, et les Américains en auront sans doute mesuré l'importance dans la désastreuse affaire Enron. Au surplus, en cas de mauvais fonctionnement d'un marché, il peut être intéressant de se demander pourquoi une réglementation a été adoptée ou ne l'a pas été; et, le cas échéant, si cette réglementation avait pour but de promouvoir l'investissement ou la protection d'un secteur socio-professionnel, comme le monde du travail; et, au surplus, ce qui se serait passé si cette réglementation n'avait pas été instaurée. En tout cas, et cette remarque nous a été faite par un professeur qui est spécialiste du droit de l'Organisation mondiale du commerce, la France n'a apparemment pas souffert, en terme d'investissements, de sa réglementation jugée plutôt dense et assez rigide. Il

suffit de connaître pour l'année 2005 la croissance considérable des grandes sociétés de l'Hexagone, en tout cas de celles qui sont cotées en bourse. Ce pays reste sans doute de ce point de vue un pays attractif, même si la question de la répartition des revenus découlant des activités en cause est discutable. Il n'en demeure pas moins que les déductions sur l'efficacité d'un droit deviennent hasardeuses, voire tendancieuses, si elles occultent les raisons d'être de la réglementation qui le caractérise.

### 3. *Quant au regard du juriste suisse sur le droit français des transactions*

*A priori*, l'idée imprègne le monde juridique suisse que le droit français qui régit les transactions, la responsabilité civile et les sûretés est quelque peu vieilli, hormis celui de la consommation, ce qui pourrait être de nature à le considérer comme un droit propre à défavoriser le commerce et les affaires. Cette opinion est corroborée par certaines règles connues, qui pourraient sans doute être édulcorées par des contre-exemples. Ainsi, on relèvera que la France soumet la constitution d'une association à un contrôle étatique là où par exemple la Suisse, autre pays de tradition civiliste, y renonce. A l'évidence, l'activité associative sera jugée plus aisée dans le second Etat que dans le premier. De même, la marge de manœuvre laissée au juge pour interpréter les textes, combler les lacunes, c'est-à-dire créer la règle de droit dans l'hypothèse où la loi ne donne pas de réponse, ou de réponse satisfaisante, varie considérablement dans les pays latins et ceux d'inspiration germanique. Ainsi, pour parler de la Confédération suisse, son droit confère sans doute au juge un pouvoir d'interprétation et d'équité très supérieur à celui du juge français. Pour donner un exemple, on citera l'article 43 de notre Code des obligations, qui permet de fixer l'indemnisation de la victime selon les « circonstances », ce qui laisse bien sûr au tribunal, et cela est vu d'un bon œil dans la résolution des litiges, un large pouvoir d'appréciation. Par ailleurs - ce sera le dernier exemple - le droit suisse prévoit qu'en cas de demeure du débiteur dans l'exécution d'un contrat, le créancier peut résoudre ce contrat sans passer par le juge, contrairement au droit français (qui, il est vrai, connaît dans la pratique de nombreuses clauses résolutoires). Au surplus, le créancier suisse pourra demander des dommages et intérêts sans exécuter sa prestation et sans résoudre le contrat, ce qui laisse à la solution du litige une flexibilité non négligeable.

A cette impression de manque de souplesse du droit français s'ajoute aussi l'information relayée récemment par la presse, fût-ce le Canard enchaîné (édition du 22 mars 2006), d'une inflation inquiétante de la législation. Cette évolution trouve sans doute de multiples explications, qui

touche le système législatif de l'Hexagone en lui-même comme celui purement politique de l'alternance, sans parler de la nervosité qui imprègne l'atmosphère de la gouvernance du pays. Ainsi, en l'an 2000, le Conseil d'Etat français avait recensé 9'000 lois et 120'000 décrets, alors qu'en 2005, on serait passé à 9'350 lois et 127'500 décrets, ce qui donne l'impression d'un système surréglementé et donc peu flexible. A cela s'ajoute bien sûr la composition sociale de la France et la distanciation, voire l'incompréhension de certains groupes socio-professionnels à l'égard de la classe politique. Ainsi, et pour s'en tenir à un sujet qui fait la une de toute la presse européenne aujourd'hui, les manifestations de rues issues de l'instauration d'un contrat de travail pour les jeunes reflètent indéniablement une image négative. Mais, nous le soulignons immédiatement, il faut savoir que les travailleurs suisses sont sans aucun doute moins bien protégés que ceux qui sont visés par le contrat de première embauche français, sans que cela n'entraîne dans le monde syndical (en pourcentage plus important que celui de la France) ou chez les jeunes des manifestations publiques. Tout ici est question de culture et d'habitudes politiques. De ce point de vue, on rappellera « de façon immodeste » que notre pays pratique d'une manière assez poussée ce qu'on appelle la démocratie directe, qui fait que la population est invitée plusieurs fois par année par référendum à répondre à des questions des autorités cantonales ou fédérales, ce qui peut être considéré comme une sorte d'exutoire institutionnel. En résumé, et l'on en revient à une remarque qui a été faite plus haut, le fait qu'un pays connaisse une législation plus ou moins contraignante – ici en matière de licenciement - n'a à nos yeux rien ou en tout cas peu à voir avec la tradition de son droit, et donc avec son appartenance à la *Civil Law* ou à la *Common Law*.

#### 4. *Quant aux atouts des systèmes de droit écrit*

Dans les pays d'Europe continentale, mais aussi dans bien d'autres pays du monde, c'est la tradition romaniste de droit écrit qui prévaut, avec des liens de rattachement au droit commun et des régimes de codification régissant de façon systématique les transactions commerciales. A cela s'ajoute le mouvement constant d'européanisation du droit privé, singulièrement de celui des contrats et de la responsabilité civile. Ce mouvement touche aussi des pays qui, comme la Suisse et la Turquie, ne sont pas membres de l'Union européenne. La Directive sur la responsabilité du fait des produits de 1985 a même influencé les droits japonais et australien. Tout cela est propre à favoriser l'harmonisation et la modernisation des droits de tradition écrite. Il est vrai qu'on ne peut gommer aisément des siècles marqués de l'empreinte de nationalisme juridique et qu'il est souvent complexe en Europe de synthétiser la méthode jugée

pragmatique de la *Common Law* et les concepts inscrits dans la loi des pays de *Civil Law*. Il est vrai aussi que les groupes travaillant au rapprochement des divers ordres juridiques – des groupes souvent « autoproclamés » et composés trop exclusivement de professeurs – manquent parfois d'une réelle légitimité. Pourtant, et sur ce point les rapports de la Banque mondiale sont plutôt discrets, on ne saurait nier qu'on assiste en ce début de 21<sup>ème</sup> siècle à une certaine intégration européenne du droit des obligations, en particulier du droit des contrats, ce qui devrait rendre plus claires et plus loyales les transactions. Ce phénomène se manifeste dans le cadre de processus distincts, mais néanmoins parallèles : d'une part par le rapprochement des droits nationaux, d'autre part par l'avènement d'un nouvel ordre juridique autonome, impliquant des juridictions et instances judiciaires communes. D'une certaine manière, on peut parler de la renaissance d'un *jus commune* européen.

Il n'empêche que les codes nationaux continuent d'être les piliers des principes et concepts réglementant le droit des affaires. Sur ce point aussi, les rapports de la Banque mondiale ne mettent pas assez en exergue les avantages de la codification du droit, et l'on pense ici surtout à l'accessibilité, la lisibilité, la prévisibilité et la sécurité.

##### 5. *Quant à l'objectif des rapports de la Banque mondiale et à la réponse de l'Association Capitant*

Les rapports de la Banque mondiale laissent transparaître des critiques à l'encontre des régimes de droit écrit, en particulier de ceux qui s'inspirent directement du Code civil français. Ces critiques portent sur le formalisme et la rigidité de ces régimes, voire la quantité pléthorique des règles qu'ils génèrent, bref autant de handicaps qui seraient propres à nuire à la marche des affaires, au regard des modèles anglo-saxons de *Common Law*, jugés plus flexibles et plus pragmatiques. A vrai dire, et à notre opinion, les rapports attaquent davantage les coûts réglementaires que les systèmes juridiques eux-mêmes. En d'autres termes, si l'on examine notamment la qualité des destinataires des questionnaires qui ont servi à la rédaction des rapports, ce sont essentiellement des grandes études d'avocats ou cabinets d'audits qui ont été consultés. Par une telle méthode, on ne saurait évaluer la pertinence, les avantages ou les inconvénients d'un système juridique par rapport à un autre. En réalité, on cherche à évaluer l'efficacité de tel ou tel ordre juridique national déterminé. Ce constat amène à cette critique générale de la démarche, qui consiste à reprocher à la tradition de droit civil des inconvénients qui ressortissent plutôt à tel ou tel ordre juridique, et qui ont été générés pour des motifs qui ne tiennent pas aux principes de cette tradition mais à des raisons politiques, sociales, économiques ou culturelles.

Le débat est donc biaisé quand il essaie, à l'aide de praticiens traitant d'une catégorie très typée d'affaires, de déterminer dans quelle juridiction les entreprises qui souhaitent réaliser leurs activités ont le plus de facilité à le faire. Une fois encore, on peut relever que l'amalgame qui consiste à constater des freins à l'activité entrepreneuriale, en les imputant à l'une ou l'autre tradition juridique, n'est pas en pratique fondé, tant les ordres juridiques nationaux diffèrent les uns des autres. Et ici, on peut soutenir que les systèmes de tradition écrite permettent un accès, une connaissance et une étude grandement facilitées des règles de droit, ce qui devrait se traduire en pratique par des services juridiques plus efficaces et moins coûteux. A entendre en tout cas certains avocats de l'Association qui pratiquent le monde des affaires et qui ont dû mener des procès dans des pays de *Common Law*, il est erroné de s'entendre dire que le coût de la justice serait moindre par rapport à celui de l'Europe occidentale. De manière générale, la réponse de l'Association Capitant pourrait être considérée comme décevante dans la mesure où elle se laisse quelque peu enfermer dans les prémisses méthodologiques, voire idéologiques, qui sont posées dans les rapports de la Banque mondiale. A notre sens, on doit clairement briser l'amalgame entre d'une part le droit d'un pays, et d'autre part le système politico-social où il s'applique et donc l'opportunité d'instaurer tel ou tel système régulateur des transactions.

L'expérience de praticiens du droit des affaires ne doit pas être considérée comme une vérité historique. Ainsi dans l'hypothèse vraisemblable où les cabinets français consultés se sont montrés sévères, voire trop sévères, avec le système de l'Hexagone, l'Association Capitant a peut-être eu le tort d'insister sur l'idée récurrente qui revient dans sa réponse que c'est la France et son droit qui sont surtout malmenés par les rapports, et par voie de conséquence les systèmes de *Civil Law* comme tels. De ce point de vue, la réponse de l'Association Capitant nous paraît trop réactive, voire trop compulsive face à une méthode dont nous avons dit plus haut qu'elle nous paraissait biaisée, empreinte d'un parti pris et réduite de façon binaire. À tout le moins, et nous insistons sur ce point, les rapports de la Banque mondiale ne mettent pas assez en valeur dans les pays de la tradition de droit civil l'importance de la jurisprudence et celle attribuée au juge dans les pouvoirs d'équité qui lui sont conférés.

Pour clore, nous aimerions souligner que nous n'avons aucune sympathie pour des prises de position qui induisent d'une manière ou d'une autre des idées empreintes d'un esprit impérialiste. Les rapports de la Banque mondiale ont certes l'avantage de permettre de souligner le clivage entre les systèmes de *Civil Law* et de *Common Law*. Nous pensons que, même si nos pays doivent admettre un déclin de la francophonie (voir le Nouvel Observateur du 16 mars 2006), il ne faut pas croire à l'universalité

des valeurs. Pour notre part, les juristes suisses, en tout cas les juristes de la Suisse francophone qui appartiennent au Groupe suisse de l'Association Henri Capitant, ont une profonde attache avec le droit français. La meilleure réponse qui peut être donnée, et cela vaut pour chacun, c'est de s'inscrire dans l'idée d'un droit en mouvement. Et de ce point de vue, la France s'est mise à l'œuvre dans le domaine qui nous concerne par la révision actuellement entreprise de son droit civil, notamment de son droit des obligations.



## SYRIE

Jacques EL-HAKIM\*, Youssef EL-HAKIM\*\*

### *L'attachement traditionnel de la Syrie au système juridique de droit civil*

Berceau du droit romain à l'évolution duquel les préteurs pérégrins et des juristes syriens aussi éminents que Papinien<sup>1</sup> et Ulpien, ont contribué activement, la Syrie a toujours consacré les institutions romanistes soit à travers les coutumes reflétées par les décisions judiciaires, notamment en matière commerciale, soit à travers la doctrine des juristes du droit musulman, dont l'interprétation des règles coraniques ou de la Tradition (« *sunna* ») du Prophète représente une grande similitude avec les principes du droit romain<sup>2</sup>. À partir du XIX<sup>ème</sup> siècle, le développement des relations économiques avec l'Europe a mis au jour la nécessité de refléter dans des codes de forme moderne les différentes règles du droit et comme les codes napoléoniens représentaient alors en Europe le modèle le plus récent de législations modernes, il était normal que l'Empire ottoman s'inspire des codifications françaises de l'époque à l'occasion du mouvement de réformes « *Tanzimat* » déclenché en 1839, par le Sultan Sélim III et ses successeurs. En matière civile, une équipe de juristes hanafites<sup>3</sup> avait établi, à partir de 1876 un code – « *Majalla* » - reflétant les règles essentielles de ce droit qui devaient être appliquées par les tribunaux islamiques – « *char'is* » المحاكم الشرعية - en attendant d'être progressivement remplacés par les tribunaux

---

\* Professeur Agrégé à la faculté de droit, correspondant de l'Association Henri Capitant.

\*\* DEA-LL.M (Londres), avocat.

<sup>1</sup> Préfet du Prétoire et cousin de l'impératrice Julia Domna, épouse de Septime Sévère, lui-même d'origine phénicienne.

<sup>2</sup> Principalement, par le recours au raisonnement analogique ou « *qiyas* » القياس qui constitue la source principale des règles du droit musulman.

<sup>3</sup> Principale École Juridique sunnite en faveur dans les pays ottomans.

de droit commun. En matière foncière, une législation inspirée des droits occidentaux (notamment la loi foncière du 7 ramadan 1274 de l'Hégire قانون الأراضي et ses amendements) avait régi la majeure partie des immeubles en dehors des agglomérations bâties<sup>4</sup> et avait même établi des règles propres de transmission successorale consacrant l'égalité entre les sexes.

À la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, l'Égypte avait adopté, à partir de 1875, une série de codes d'inspiration occidentale d'abord applicables auprès des tribunaux mixtes<sup>5</sup> puis, à partir de 1883, auprès des tribunaux égyptiens. L'éclatement de l'Empire ottoman, à l'issue de la première guerre mondiale, avait ensuite permis aux États arabes issus de ce démembrement, dont la Syrie et le Liban, de promulguer progressivement leurs législations propres et c'est ainsi que la Syrie avait adopté, dès 1924, des lois foncières fondées sur le système Torrens et le Registre foncier, instaurés sous le Mandat français (1920-1945), et à partir de 1949, des codes modernes inspirés soit de la législation du Mandat (en matière foncière) soit des codes égyptiens, en ce qui concerne les obligations (Code civil égyptien de 1948) ou la procédure civile, soit des Codes libanais (Codes de commerce, de commerce maritime etc...) ou des lois propres (Codes du travail, du Statut Personnel etc...).

L'interprétation des lois par les tribunaux ottomans et syriens aux deux siècles précédents s'est faite conformément aux principes suivis en droit français et de nombreux recueils ont été publiés à cet effet. Quant à la doctrine, elle s'est également inspirée des règles suivies par les auteurs occidentaux de droit écrit, notamment dans les ouvrages didactiques ou les commentaires des lois modernes. Le rôle constructeur de la jurisprudence dans ce domaine a été déterminant. On doit y déplorer cependant l'attachement aveugle à la tradition, notamment islamique, sans souci de la concilier avec les exigences de la législation moderne et les objectifs du législateur<sup>6</sup>. C'est ainsi que les dommages-intérêts moratoires sont abusivement limités, voire même délibérément écartés en matière de responsabilité contractuelle bien que la prohibition, d'origine mosaïque, de l'intérêt se limite au prêt à consommation et ne peut s'étendre à la réparation d'un dommage. De même, l'indemnité afférente à un décès d'origine délictuelle est souvent accordée aux héritiers en proportion de leurs parts successorales, contrairement à la généralité des textes qui imposent l'octroi

---

<sup>4</sup> Ces immeubles, dit « *amiris* », étaient censés appartenir à l'État personnalisé par « le prince » ou « *amir* » - le Sultan - qui concédait aux particuliers le pouvoir d'en disposer - « *tassarrof* ».

<sup>5</sup> Comportant des juristes égyptiens et étrangers et compétents en matière de litiges entre étrangers de nationalités différentes ou de nationaux et d'étrangers.

<sup>6</sup> Cf. sur la question notre ouvrage sur le dommage de source délictuelle en droit musulman, *Survivances en droit syrien et libanais*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 94 et 191.

de la réparation à la personne lésée, dans la mesure du préjudice personnel qu'elle invoque. Une limitation aussi induite de l'application des textes est évidemment peu propice à l'évolution économique et sociale dont le besoin se fait sentir d'une manière accrue à l'époque de la globalisation et souligne encore davantage la nécessité de règles écrites qui orientent l'action des tribunaux et réduit le recours plus ou moins conscient, à des règles d'équité qui dépendent surtout des conceptions subjectives des juges et de leur appartenance économique ou sociale. C'est ce qui explique l'attachement traditionnel de la Syrie et de nombreux pays arabes aux systèmes de droit civil, difficilement conciliables avec le système de la *common law* dans les pays du *Commonwealth*.



## **L'INFLUENCE DU DROIT FRANÇAIS SUR LE SYSTÈME JURIDIQUE TUNISIEN**

Nadhir BEN AMMOU\*

Les préjugés sont les pires ennemis du savoir car à force de les répéter on peut finir par y croire. De tous les préjugés, celui qui consiste à dire que le droit tunisien n'est qu'une réplique du droit français, est peut-être l'un des plus répandus dans le monde des juristes. Ceux qui y croient sont certainement victimes d'une manière superficielle de voir les choses. À s'en tenir aux apparences on peut leur trouver des excuses. Mais en allant au fond des choses on peut affirmer sans aucune hésitation que le droit tunisien n'est pas une copie du droit français, loin s'en faut. Cette affirmation n'est pas cependant de nature à nier toute influence du droit français sur le système tunisien.

Dans les rapports entre individus l'influence est synonyme d'ascendant, de domination, d'emprise, de puissance et de pouvoir. Entre systèmes, elle n'est pas entièrement débarrassée de ces caractéristiques bien que les contacts entre ordres juridiques ne soient pas toujours commandés par la force. Évoquer l'influence dans ces brefs propos aura pour finalité moins de rappeler la présence du droit français dans le système juridique tunisien que d'en évaluer la valeur et l'avenir.

Auparavant, un regard rétrospectif permettra de dire qu'il ne s'agit pas de remonter très loin dans l'histoire pour trouver les racines de cette influence. Celle-ci n'est pas, contrairement à ce qu'on peut penser, une conséquence directe de la colonisation. Gouvernée par le droit musulman pendant plusieurs siècles, la Tunisie n'avait pas un système propre. Le droit en vigueur et l'organisation de la justice étaient ceux du système musulman.

---

\* Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis, avocat près la Cour de cassation.

Cependant une spécificité allait se dessiner sous le poids des faits politiques. Alors que le pays était majoritairement malékite, la dynastie husseinite y avait imposé, pour côtoyer le premier, le rite hanafite. Cette dualité des rites devait marquer aussi bien le fond du droit que l'organisation de la justice. Chose qui n'était pas sans donner lieu à des difficultés. Ainsi se posait constamment la question de savoir selon quel rite la décision devait-elle être rendue. Des doutes sur la conformité des décisions au droit étaient légitimes. Mais qu'importe du moment qu'un recours pouvait être exercé ? Curieusement, cependant, aucune limite temporelle n'était imposée aux recours et les décisions rendues pouvaient perpétuellement être remises en question. Voilà autant de signes qui montraient la faiblesse du système et qui, en même temps, justifiaient les critiques et les remises en question dont il faisait l'objet. Cela correspondait à une époque où on déplorait la dégradation générale du monde musulman, sa désorganisation et l'anarchie qui y régnait. Des penseurs et des politiques musulmans comme Khérédine et Ahmed Ibn Abi Dhi'af avaient fait sentir aux gouvernants la nécessité de corriger les défaillances du système musulman. Les modèles de référence étaient les systèmes européens. Les effets de ce mouvement n'allaient pas tarder à se manifester. Ainsi, pour la première fois dans le monde musulman le droit hanafite fut codifié (la Medjella) sur le modèle des codes européens dont le code civil français était le fer de lance.

La fin du XIX<sup>ème</sup> siècle allait être marquée par un tournant dans l'histoire du système Tunisien par l'adoption, sous la pression de la France et de la Grande-Bretagne, du Pacte Fondamental et de la constitution de 1861. De nouvelles juridictions devaient être créées et des codes qui étaient destinés à être appliqués par ces juridictions étaient adoptés (le code civil et criminel et le code de commerce). Ces codifications n'avaient pas entièrement révolutionné l'ancien ordre établi<sup>1</sup>. Mais aucun doute n'était possible sur l'esprit français, et à tout le moins européen, de cette œuvre. Sans être déterminante, l'influence du droit français était, cependant, visible.

Parler d'une influence suppose l'existence de deux entités ou plus dont l'une exercera sur l'autre ou les autres un pouvoir de nature à emporter des modifications dans la structure de l'entité réceptrice. La question traitée dans ces quelques lignes ne peut pas être présentée avec autant de simplicité. Dans les premiers temps des rapports entre le droit français et le système en vigueur en Tunisie, le mot influence apparaîtra comme totalement inadapté. Ce que cherchait la puissance coloniale de l'époque c'était de substituer le système en place par un autre calqué sur le modèle du droit français. La

---

<sup>1</sup> S. DEROUICHE-BEN ACHOUR et F. MECHRI, « Rapport tunisien » aux travaux de l'Association Henri Capitant, *La circulation du modèle juridique français*, Tome XLIV, Paris, Litec, 1994, p. 284 et s., spéc. p. 288.

véritable influence était celle qui devait résulter du bouleversement du système en place par une véritable acculturation juridique (I). Plus tard lorsqu'un système tunisien fut construit l'influence prendra la forme d'une transmission en douceur des solutions et principes français pour permettre de parler d'une imprégnation du système tunisien par le droit français (II).

## I. L'ACCULTURATION

Dans sa signification initiale l'acculturation suppose une adhésion volontaire au système de l'autre, c'est le processus par lequel un groupe (ou un individu) assimile les valeurs culturelles de l'autre. Tel n'a pas été le cas dans les rapports entre le droit français et le système tunisien. L'acculturation a été au départ imposée (A). Avec le temps, elle sera progressivement intégrée, en d'autres mots elle sera volontaire et contrôlée (B).

### A. - *Une acculturation imposée*

L'acculturation s'est traduite par un bouleversement à une double échelle : une réorganisation de la justice sur le modèle du système français, d'une part, et la mise en place d'un système de droit écrit, d'autre part.

Des tribunaux séculiers créés à partir de 1896 devaient accaparer l'essentiel de la compétence des juges (*Cadhis*) enfermés dans les questions de statut personnel des musulmans. On retenait la possibilité d'appel devant l'*Ouzara* qui allait par la suite ressembler à un tribunal de cassation. En 1910 un code de procédure civile a été adopté. L'esprit de ce code était le même que celui du décret de 1896 ; la figure retenue dans l'organisation de la justice tunisienne ressemblait à celle de l'organisation judiciaire française : les tribunaux régionaux étaient l'équivalent des tribunaux de grande instance, le principe du double degré de juridiction allait être retenu avec la différence que l'appel devait être porté devant une juridiction unique qui était en même temps une chambre d'évocation. Tout au long du protectorat, le bouleversement du paysage juridictionnel était maintenu par la coexistence de trois ordres juridictionnels : les tribunaux français de Tunisie, les tribunaux séculiers et les tribunaux religieux (tribunaux charaïques pour les musulmans et les tribunaux rabbiniques pour les israéliites)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Sur l'ensemble de la question, R. JAMBU-MERLIN, *Le droit privé en Tunisie*, Paris, LGDJ, 1960, p. 132 et s.

À chacun des ordres juridictionnels correspondait un ordre juridique, ce qui devait emporter comme conséquence que l'influence bouleversante du droit français devait toucher la conception même du système pour opérer une mutation radicale d'un système casuiste où les jurisconsultes devaient jouer un rôle prépondérant vers un système positif de droit écrit. En effet, le droit français devait fournir au système tunisien sa matière essentielle, au point de vue législatif par l'intermédiaire de la codification d'abord et par celui des textes spéciaux ensuite.

Une commission de codification des lois tunisiennes fut chargée en 1896 d'élaborer des codes en matière civile et pénale « sur le modèle des codes français »<sup>3</sup>. Le plus célèbre des codes que la commission ait élaborés n'est autre que le code tunisien des obligations et des contrats de 1906. L'auteur du projet préliminaire de code civil et commercial affirme n'être pas resté enfermé dans les codes français. Ses notes au bas de chaque article du projet montrent toutefois la présence remarquable du droit français dans son acception la plus large (codes, jurisprudence et doctrine). Il est bien évident que le droit français n'était pas la source exclusive du code des obligations et des contrats, il y occupe cependant une place de choix. C'est le même phénomène qui va être observé dans le code pénal de 1913 qui s'inspirera quasi exclusivement du code pénal français et dans le code de procédure pénale de 1921 très largement inspiré du code français d'instruction criminelle.

Le bouleversement législatif n'était pas l'œuvre exclusive des codes. Ceux là avaient au moins le mérite de maintenir une apparence d'autonomie du droit tunisien par rapport au droit français. Par une méthode inédite la puissance colonisatrice rendait applicable à la Tunisie des lois françaises. La loi sur les assurances, la loi sur les sociétés anonymes, celle sur les sociétés à responsabilité limitée, la loi sur la vente et le nantissement du fonds de commerce avaient été rendues applicables en Tunisie par des décrets du Bey soumis au visa du résident général.

Si dans le code des obligations et des contrats les rédacteurs se sont efforcés de montrer les liens de cette œuvre avec le droit musulman, dans les autres codes comme le code pénal et le code de procédure pénale, la rupture était incontestable. Il en était de même pour les lois spéciales. La nature des matières (sociétés commerciales, assurances) empêchait, pense-t-on, de par leur nouveauté tout rapport avec le droit musulman.

Avec l'indépendance, une question devait être résolue. Faut-il rompre avec cette œuvre ou au contraire la préserver ? De la réponse à cette question dépendait une autre ; l'acculturation imposée perçue comme un

---

<sup>3</sup> *Projet préliminaire de code civil et commercial tunisien* soumis à la Commission de codification des lois tunisiennes, par M. D. SANTILLANA, Tunis, 1897, « Avant-propos », p. I.

phénomène négatif devait-elle être reniée ou au contraire acceptée et contrôlée ?

### B. - *Une acculturation contrôlée*

L'option de l'État nouveau a consisté à ne pas rompre avec le système hérité de la colonisation. Cette œuvre allait être adoptée après avoir été adaptée. La justice fut « tunisifiée » et unifiée, il n'y aura plus de place pour les tribunaux religieux et encore moins pour des juridictions françaises. Dans l'œuvre d'unification le législateur a suivi le modèle français. Il y aura deux ordres de juridictions, les juridictions de l'ordre administratif et les juridictions de l'ordre judiciaire. Celles-ci sont réparties en tribunaux de première instance et en cours d'appel. À la tête de cette hiérarchie une Cour de cassation, juge du droit, calquée sur le modèle français a été créée. Critiqué, le dédoublement des ordres juridictionnels a été pourtant renforcé, et continuant de s'inspirer du modèle français, le législateur a institué depuis 1996 un tribunal des conflits.

Vis-à-vis des codes, le législateur de l'indépendance a observé la même attitude. Le code pénal comme le code des obligations et des contrats ont été maintenus en vigueur et ont même bénéficié d'une légitimation grâce à leur recodification à droit constant. À l'image d'une codification de souveraineté, le *Centenaire du code des obligations et des contrats* vient d'être célébré pour donner la preuve d'une continuité intellectuelle de l'œuvre législative. Les lois spéciales ont, pour leur part, bénéficié d'une légitimation comparable. Ainsi, les textes sur les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée<sup>4</sup> ou encore ceux sur la vente et le nantissement du fonds de commerce ont-ils été intégrés au code de commerce de 1959. Ceci n'empêchera pas de remarquer que le législateur tunisien n'a pas voulu aller plus loin dans le mimétisme ; ainsi a-t-il préféré des codes civils (Code des obligations et des contrats, Code des droits réels, Code du statut personnel et Code de l'état civil) à un seul Code civil<sup>5</sup> à la Française comme pour marquer cette idée d'une autonomie de plus en plus grandissante des matières formant le droit civil classique. D'autres codes régissant d'autres matières « chassées » du champ d'intervention du législateur colonial vont marquer une autre spécificité, une marque

---

<sup>4</sup> Ces sociétés sont actuellement régies par le Code des sociétés commerciales du 3 novembre 2000.

<sup>5</sup> M. K. CHARFEDDINE, « Code civil ou codes civils », in *L'apport du XX<sup>ème</sup> siècle au droit privé tunisien*, Coll. « Forum des juristes », n° 8, Tunis, Faculté de Droit et des Sciences politiques de Tunis, 2000, p 35 et s.

d'identité du droit tunisien. Tel est le cas du Code du travail, du Code de la nationalité et du Code du statut personnel.

On remarquera avec ces codes et notamment avec le dernier la tendance du droit tunisien à marquer son autonomie par rapport au droit français. Mais malgré cette tendance le législateur restera sous l'effet d'une sorte de nostalgie. Le droit français continuera d'exercer son influence sur le système tunisien. Il ne s'agira pourtant plus d'une domination ou d'une emprise mais bien plutôt d'une d'imprégnation.

## II. L'IMPRÉGNATION

Il est compréhensible que lorsqu'un système s'impose comme modèle le système de réception demeure sous son influence et continue pendant au moins un certain temps à en suivre les pas. Plus tard, le récepteur aura tendance à se détacher du modèle pour affirmer son identité propre. Il est cependant pour le moins curieux de remarquer que le système tunisien continue, plusieurs années après l'indépendance, à s'inspirer très largement du modèle français. La présence des solutions d'origine française se manifeste comme un phénomène « naturel » et marque ainsi une acceptation de l'imprégnation. (A) Cependant, pour remarquable qu'elle soit, cette imprégnation restera limitée (B).

### A. - *Une imprégnation acceptée*

L'imprégnation peut être constatée dans toutes les manifestations d'emprunt au droit français de concepts et d'institutions. Ce phénomène ne se limite pas à une période de temps déterminée, il est visible même dans les lois les plus récentes. Ainsi on remarquera parfois l'existence d'une quasi identité entre certaines institutions françaises et tunisiennes. Sans revenir aux concepts et institutions qui sont hérités de la période du protectorat (relativité des conventions, force obligatoire des contrats, etc.), on remarquera que des disciplines, des solutions et des notions nouvelles ont fait leur apparition dans notre droit pour y apparaître comme des reproductions des solutions françaises. Ainsi, en est-il du droit de la concurrence avec ses institutions et ses concepts comme le conseil de la concurrence, les concentrations et les ententes. Il en est de même pour la loi sur la protection du consommateur et, d'une manière générale, des lois qui permettent d'évoquer l'existence d'un droit de la consommation. Le droit des sociétés emprunte très largement au droit français des modèles jusque là inconnus dans notre droit (société unipersonnelle, GIE), il prévoit des

solutions semblables à celles retenues en droit français comme en matière de groupes de sociétés. La loi sur les entreprises en difficultés économiques s'inspire très largement des textes français, il en est de même pour le commerce électronique. Le droit de la preuve consacre comme en droit français le document électronique et la signature électronique. Enfin la législation boursière ou encore celle relative au marché financier reposent sur des institutions empruntées au droit français (bourse des valeurs mobilières, Conseil du marché financier, etc.)

À ce phénomène on ne peut pas donner pour explication une quelconque paresse intellectuelle bien que la tentation en soit grande par moments. Mis à part la raison historique, il existe une raison juridique : l'accord de partenariat conclu avec l'Union européenne impose à la Tunisie une mise à niveau de sa législation. Le droit français passe dans le droit tunisien par le truchement du droit européen.

Mais la persistance du phénomène se remarque dans le comportement des juristes de tous bords, universitaires ou praticiens. Rares ceux qui nient le lien entre le droit français et leur manière de penser. Certains, plus radicaux, ne peuvent lire les textes tunisiens qu'avec des yeux français. Les réformes les plus récentes des lois françaises, les dernières décisions de la jurisprudence et les derniers articles ou commentaires de la doctrine sont plus connus que les développements les plus récents du droit tunisien. Ecrire dans la langue de Molière est un signe de distinction pour certains. Les genres littéraires sont presque les mêmes : articles de doctrine et commentaires de jurisprudence sont assez courants malgré la rareté des supports de la publication juridique. Les thèmes choisis par les auteurs sont presque les mêmes que ceux qui intéressent les juristes français. Cependant, malgré les ressemblances, l'influence reste limitée.

### B. - *Une imprégnation limitée*

L'engouement aussi bien législatif que doctrinal pour le modèle français n'exprime pas toujours la réalité des choses : deux éléments permettent de relativiser l'attachement au droit français : le dépassement et la déformation.

Le système tunisien influencé au départ par le droit français a tendance à s'en écarter, soit en ne faisant rien pour en suivre les dernières modifications, soit en s'inscrivant résolument dans une voie nouvelle. Ainsi, bien que le code de procédure civile et commerciale soit d'inspiration française le droit tunisien de la procédure civile et notamment dans sa partie relative aux voies d'exécution n'est plus à comparer avec le droit français. À titre d'exemple, les saisies attribution ou le juge de l'exécution sont

inconnus dans notre droit. Avec le temps et l'évolution des institutions, l'influence de départ se relâche. Les réformes successives dessineront la spécificité du système tunisien. Dans cet esprit on remarquera que le paysage juridictionnel n'est pas le reflet fidèle de l'image de l'organisation judiciaire française. Le Tribunal immobilier figure unique de par le monde n'a pas son équivalent dans le système français. Élément essentiel d'un véritable droit foncier tunisien, il assure une fonction « d'assainissement » du paysage foncier (immatriculation, cadastre, mise à jour des titres gelés). Par ailleurs, et à la différence du droit français, l'organisation judiciaire ne connaît pas de juridictions consulaires. Cependant, depuis 1995 les Tribunaux de première instance du siège des cours d'appel sont dotés de chambres commerciales appelées à connaître des litiges qui opposent les commerçants en ce qui concerne leur activité commerciale. Le législateur n'a pas entendu doter les commerçants de juridictions propres composées exclusivement de commerçants ; il a préféré le système de l'échevinage. Tenant compte des critiques dont le droit français fait l'objet sur cette question, il a entendu expérimenter un autre modèle.

La mentalité, les traditions et les idées reçues influencent le système et conduisent en fait à un clivage entre la conception de départ et la réalité des choses. Ainsi, la Cour de cassation que les textes chargent d'une mission de juge du droit devient, parfois, un juge du fond, étant considérée par les plaideurs, par certains avocats et même par certains magistrats de cassation comme un ultime recours.

Une autre manifestation des limites de l'imprégnation apparaît dans la déformation qui consiste pour le législateur à ne prendre de l'institution en question que sa façade ou encore ses composantes essentielles. Dans l'œuvre de détail, des modifications vont lui être apportées comme pour lui permettre de réaliser le passage de frontières ... parfois avec des dégâts assez visibles. On en prendra à témoin la société unipersonnelle à responsabilité limitée. Consacrée par le code des sociétés commerciales de 2000, d'inspiration française, elle ne peut pas servir de technique de filialisation en raison de l'interdiction faite par le législateur aux personnes morales de constituer des SUARL.

Ces limites de l'influence ne sont pas des anomalies. Tout au contraire. Elles sont la manifestation de l'idée selon laquelle les systèmes juridiques sont d'abord le fruit d'une expérience sociale et d'une réalité économique. Une donnée fondamentale permet de comprendre le sens dans lequel se tracent les différences entre le droit tunisien et le droit français malgré l'influence du second sur le premier : les textes sont rédigés en arabe, la justice est rendue dans la même langue. Derrière celle-ci se cache toute une culture, une histoire et une réalité qui se joue sur un espace différent de celui de la France. Le comprendre c'est comprendre qu'il ne peut pas y avoir un

système unique pour des mondes divers. Les juristes de tradition civiliste vivent actuellement une crise<sup>6</sup> comparable à celle qui été vécue par les juristes tunisiens à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, une crise d'identité et une crise d'existence<sup>7</sup>. Pouvons-nous les tranquilliser pour dire que la mondialisation du droit est peut être un phénomène irrésistible mais qu'elle ne sera jamais un phénomène irréversible ? Destiné à s'appliquer à un groupe social, un modèle aussi parfait soit-il finira par prendre les caractères distinctifs de ce groupe et s'érigera en un système autonome.

---

<sup>6</sup> *Les droits de tradition civiliste en question, À propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Travaux de l'association Henri Capitant, Vol. 1, Paris, Société de législation comparée, 2006, 143 p.

<sup>7</sup> Notre étude, « La doctrine tunisienne de droit privé de l'aube du XX<sup>ème</sup> siècle à la veille du XXI<sup>ème</sup> siècle », in *L'apport du XX<sup>ème</sup> siècle au droit privé tunisien*, *op. cit.*, p. 65 et s.



## VIETNAM

Ngoc Dien NGUYEN \*

Les Vietnamiens de l'époque ancienne ne connaissaient pas la division du droit en diverses branches. Par conséquent, toutes les règles fondamentales destinées à régir la vie juridique des personnes sont insérées dans un code et on peut trouver dans un même texte de loi des dispositions qui, au regard du droit occidental, relèvent de différentes branches du droit.

Quant à la forme, le droit vietnamien, comme le droit chinois, est traditionnellement un droit codifié. Dans la pensée des Vietnamiens de l'ancien temps, la codification du droit facilite la consultation des règles et surtout l'application de la loi fondée sur la combinaison de différentes dispositions. La prédilection pour la codification du droit a été conservée à travers le temps. Cela explique qu'à la suite de la conquête du pays par les colonisateurs français, l'idée d'élaboration des codes civils pour les territoires colonisés a été bien accueillie et par suite très rapidement concrétisée, comme en témoigne la promulgation des Codes civils du Tonkin (1931) et de l'Annam (1936) qui ont d'ailleurs été taillés sur le patron du Code Napoléon.

Quant au fond, le droit vietnamien se trouve au carrefour de diverses influences : culture juridique romano-germanique, culture juridique anglo-américaine, idéologie socialiste, pensée confucéenne, croyance bouddhiste... Mais, l'influence du système juridique français est la plus remarquable comme en témoignent les traces des institutions conçues en droit civil français et introduites dans le pays pendant la colonisation dans la coutume vietnamienne actuelle. Il faut observer que l'application des codifications coloniales en matière civile a permis l'introduction au Vietnam de la pensée

---

\* Docteur en droit, Doyen de la Faculté de droit de Can Tho, Secrétaire général du Groupe vietnamien de l'Association Henri Capitant.

juridique romano-germanique. Au bout d'un certain temps, cette pensée, après avoir été adaptée, a été considérée comme étant propre au Vietnam.

D'ailleurs, avant même l'arrivée des Français, le Vietnam avait un droit civil. Il s'agissait d'un ensemble de règles destinées à régir les rapports patrimoniaux et extrapatrimoniaux entre particuliers. D'un point de vue technique, ces règles n'étaient pas suffisantes pour la constitution d'un système de droit civil à proprement parler. De toute façon, elles servaient de fondement au développement des rapports sociaux dans la vie civile des Vietnamiens de l'ancien temps. Le droit civil vietnamien de l'ancien temps a généralement reposé sur les mêmes principes fondamentaux que ceux établis dans le droit français : l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle; l'importance des devoirs familiaux qui justifie la prépondérance de la succession légale, l'égalité des parties dans les rapports contractuels... Les affinités entre le droit vietnamien et le droit français pourraient être expliquées par les similitudes entre l'idéologie confucéenne et les philosophies ayant inspiré le système juridique français.

Parmi les institutions originaires du droit français dont l'introduction au Vietnam a connu des succès remarquables, on peut citer celles du droit des biens. De plus, la position du droit vietnamien en matière de modes de création des règles de droit est aussi très proche du système de droit civil.

### *1. Les modes de création des règles de droit*

Sur le terrain des sources du droit, le droit vietnamien est marqué de tous temps par la primauté de la loi, c'est-à-dire la règle de droit écrite.

Autrefois, la prépondérance de la loi était parfaitement en rapport avec la conception vietnamienne de la société. En effet, dans sa conception ancienne imprégnée du confucianisme, la société vietnamienne se considérait comme une grande famille ayant pour chef le Roi. Cette grande famille était composée des groupements de personnes liées, soit par la parenté du sang, soit par l'alliance et qui étaient qualifiées de familles privées. La gestion de la société était conçue en s'inspirant du mécanisme de gestion familiale. D'où les attributions omnipotentes du Roi-chef de la grande famille. Au point de vue de la création des règles de conduite, la volonté du roi l'emportait. Il est bien entendu que la coutume occupait une place importante notamment dans la mesure où la loi était insuffisante. En revanche, le juge vietnamien n'était pas investi de pouvoir de créer des règles de droit : sa fonction ne consistait qu'à appliquer la loi ou la coutume.

La société vietnamienne contemporaine, en dépit de la tendance à l'interpénétration de cultures, demeure traditionnelle en ce sens que l'idée d'organiser la société suivant la forme de la famille domine toujours dans la pensée de la plupart des Vietnamiens. Donc, il est dit que dans la mesure où

le régime politique prend le caractère républicain, la souveraineté s'incarne dans le peuple, et l'exercice du pouvoir du souverain est assuré par un organe étatique composé des députés élus par les citoyens et qui est dénommé Assemblée Nationale. L'organisation de l'État fondée sur l'idée de concevoir la société comme une famille mène logiquement à ce que le pouvoir d'édicter les règles de droit écrites doit appartenir à l'organe des représentants des citoyens qu'est l'Assemblée Nationale.

En somme, à l'égard des Vietnamiens, une règle de conduite ne s'impose en tant que règle de droit que lorsqu'elle émane d'une personne qui représente le peuple et qui, par conséquent, est capable de manifester la volonté de la nation. En d'autres termes, la règle de droit doit refléter la volonté de la masse. Il est d'ailleurs généralement admis que le fait qu'une règle se trouve en conformité avec la volonté de la majorité de la population constitue la garantie de son respect par le peuple. Dans cette mesure, ils imaginent mal la possibilité de conférer le pouvoir de création d'une règle de droit au juge.

## 2. *Le droit des biens*

*Théorie du patrimoine.* La théorie française du patrimoine a été introduite au Vietnam pendant la colonisation. Elle a d'ailleurs été adaptée avant d'être accueillie par les Vietnamiens. Elle a pu être conservée à travers le temps pour s'intégrer dans le droit actuel et le patrimoine en droit vietnamien est une conséquence de la personnalité. À titre d'exception, la succession culturelle, qui est une fraction du patrimoine affectée par la volonté du testateur au financement de la célébration des anniversaires funéraires des ancêtres, est retenue comme un patrimoine sans titulaire en droit vietnamien. Mais, ce n'est pas une véritable exception à la règle selon laquelle le patrimoine est une émanation de la personne, puisque le patrimoine culturel, du fait de son affectation, est mis hors circulation: il est incessible et insaisissable.

D'une manière générale, il ne peut exister à l'égard du droit vietnamien un patrimoine sans titulaire affecté à un but comme il ne peut exister de droits sans sujet de droit. Au cours de son intégration à la vie juridique mondiale, le Vietnam a pu connaître la théorie du patrimoine d'affectation; mais les juristes vietnamiens répugnent à appliquer cette théorie. Pour les Vietnamiens, toute dette engagée par une personne doit être normalement garantie par tous les biens appartenant à cette personne. La garantie par la personne d'un engagement pécuniaire est en fin de compte la garantie la plus sûre, puisque, d'une part, elle permet d'identifier clairement le débiteur de l'obligation et tant que la personne existe, le créancier a encore la chance d'obtenir le paiement en saisissant tous les biens appartenant à cette

personne. L'institution du patrimoine sans maître est considérée comme une sorte de diminution de cette garantie: elle facilite le morcellement un peu artificiel du patrimoine d'une personne en plusieurs groupements de biens, ce qui implique tout d'abord le morcellement de l'actif qui entraîne donc la limitation du gage des créanciers.

*La classification des biens.* La division des biens entre meubles et immeubles paraît convenir à la mentalité vietnamienne. En effet, dans le Vietnam ancien, les immeubles, plus précisément les rizières, constituent le noyau dur du patrimoine privé. La réglementation des meubles était un peu négligée par le législateur de l'ancien temps de telle sorte que par droit des biens, les Vietnamiens entendaient essentiellement droit des immeubles. Il est bien entendu que les biens meubles occupent une place de plus en plus importante dans la vie civile des Vietnamiens de l'époque contemporaine. Mais, cela ne les empêche pas de retenir que l'immeuble est le bien fondamental, la base de toute entreprise économique. Aussi bien, les choses évaluables en argent sont divisées en droit vietnamien actuel en meubles et immeubles, la distinction de la *realty* et de la *personalty* étant inconnue de notre système.

*La notion de droit de propriété.* La souveraineté du Roi de l'ancien temps n'importe pas nécessairement l'exclusivisme des droits du Roi sur le territoire royal. Le droit vietnamien de l'époque ancienne ne connaît pas la division entre la propriété du Roi et la « *tenure* » du sujet. En revanche, il connaît le droit de propriété privée au sens du droit romain. Il s'agit notamment d'un droit exclusif sur la chose. Cela explique que l'introduction faite par les Français de l'institution de la propriété retenue dans le Code civil français a été accueillie sans difficulté par les Vietnamiens.

Le système mis en place dans le droit positif vietnamien se caractérise par l'admission de la propriété publique des sols ; les particuliers ne se voient conférer qu'un droit d'usage. Mais les attributs du titulaire du droit d'usage du sol sont définis en s'inspirant de l'institution du droit de propriété. En effet, le droit vietnamien retient que sur le bien il ne peut y avoir qu'un seul droit de propriété. Mais, rien n'interdit l'exercice de ce droit par plusieurs personnes. Partant effectivement de l'idée que tous les droits sur le sol sont initialement conférés à l'État-proprétaire, la loi admet qu'il appartient à celui-ci de céder une partie de ses droits aux particuliers dans le cadre de l'établissement au profit de ces derniers du droit d'usage du sol. Il en découle que le droit d'usage du sol, qui constitue le bien immobilier de base en droit de la propriété immobilière vietnamien actuel, peut s'analyser en un droit de propriété limité : là où le propriétaire renonce à telle ou telle prérogative faisant partie de son droit de propriété sur le sol, là où cette prérogative est reconnue au titulaire du droit d'usage du sol. De tel mécanisme permettrait, selon les Vietnamiens, de définir clairement les

droits des particuliers sur les sols dans les rapports avec l'État et de tracer facilement une ligne de démarcation entre les droits des particuliers et les droits de l'État sur le sol.



**GROUPES AUTRES QUE LE GROUPE FRANÇAIS  
DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE  
JURIDIQUE FRANÇAISE**

**ALBANIE**

KRYEZIU, Selim : Correspondant albanais de l'Association Henri Capitant

**ALGÉRIE**

ISSAD, Mohand : Correspondant algérien de l'Association Henri Capitant

SAADI, Raïs : Correspondant algérien de l'Association Henri Capitant

**ALLEMAGNE**

HOHLOCH, Gerhard : Correspondant allemand de l'Association Henri Capitant

SONNENBERGER, Hans Jürgen : Correspondant allemand de l'Association Henri Capitant

**ARGENTINE**

SALERNO, Marcelo Urbano : Président du Groupe argentin de l'Association Henri Capitant

**AUTRICHE**

RAINER, J. Michael : Correspondant autrichien de l'Association Henri Capitant

**BELGIQUE**

MERCHIERS, Yvette : Président du Groupe belge de l'Association Henri Capitant

WATTE, Nadine : Vice-Président du Groupe belge de l'Association Henri Capitant

LECOCQ, Pascale : Secrétaire général du Groupe belge de l'Association Henri Capitant

**BRÉSIL**

WALD, Arnaldo : Président du Groupe brésilien de l'Association Henri Capitant

BAPTISTA, Luiz Olavo : Secrétaire Général du Groupe brésilien de l'Association Henri Capitant

**BULGARIE**

GUEORGUIEV, Emile : Président du Groupe bulgare de l'Association Henri Capitant

TZANKA, Tsankova : Correspondant du Groupe bulgare de l'Association Henri Capitant

**CAMBODGE**

PHOV, Samphy : Correspondant du Groupe cambodgien de l'Association Henri Capitant

**CAMEROUN**

POUGOUE, Paul-Gérard : Groupe camerounais de l'Association Henri Capitant

**CANADA**

BAUDOUIIN, Jean-Louis : Président du Groupe canadien de l'Association Henri Capitant

MOORE, Benoît : Secrétaire général du Groupe canadien de l'Association Henri Capitant

**CHILI**

DOMINGUEZ AGUILA, Ramon Horacio : Président du Groupe chilien de l'Association Henri Capitant

LOPEZ SANTA MARIA, Jorge : Correspondant chilien de l'Association Henri Capitant

**CHINE**

SHI Jiayou : Président du Groupe chinois de l'Association Henri Capitant

**COLOMBIE**

HINESTROSA, Fernando : Président du Groupe colombien de l'Association Henri Capitant

**COSTA RICA**

TREJOS Gerardo : Président du Groupe costaricain de l'Association Henri Capitant

BAUDRIT Diego : Secrétaire Général du Groupe costaricain de l'Association Henri Capitant

**COTE D'IVOIRE**

LOHOUES-OBLE, Jacqueline : Présidente du Groupe ivoirien de l'Association Henri Capitant

AYIE AYIE, Alexandre : Secrétaire Général du Groupe ivoirien de l'Association Henri Capitant

**ÉGYPTE**

EL BADRAWI, Abbel Mohamed : Président du Groupe égyptien de l'Association Henri Capitant

MAHDI Abdel Raouf : Secrétaire Général du Groupe égyptien de l'Association Henri Capitant

**ESPAGNE**

DIAZ ALABART, Silvia : Présidente du groupe espagnol de l'Association Henri Capitant

LAUROBA, Elena : Secrétaire général du groupe espagnol de l'Association Henri Capitant

**GRANDE BRETAGNE**

PUGSLEY, David : Président du Groupe britannique de l'Association Henri Capitant

**GRÈCE**

SPILIOTOPOULOS, Epaminondas : Président du Groupe grec de l'Association Henri Capitant

**GUATEMALA**

MAYORA Eduardo : Président du Groupe guatémaltèque de l'Association Henri Capitant

**HONGRIE**

HAMZA, Gabor : Correspondant hongrois de l'Association Henri Capitant

**INDE**

DAVID, Anoussamy : Correspondant en Inde de l'Association Henri Capitant

**IRAN**

ERFANI, Mahmoud : Président du Groupe iranien de l'Association Henri Capitant  
GOLDOUZIAN, Iradj : Secrétaire Général du Groupe iranien de l'Association Henri Capitant

**ITALIE**

DE VITA, Anna : Présidente du Groupe italien de l'Association Henri Capitant  
ALPA, Guido : Secrétaire Général du Groupe italien de l'Association Henri Capitant

**JAPON**

YAMAGUCHI, Toshio : Président du Groupe japonais de l'Association Henri Capitant  
KITAMURA, Ichiro : Secrétaire général du Groupe japonais de l'Association Henri Capitant  
OMURA, Atsushi : Secrétaire général adjoint du Groupe japonais de l'Association Henri Capitant

**KOWEIT**

ELASSAR, Yousri  
ROSHDI, Saïd

**LIBAN**

GANNAGE, Pierre : Président du Groupe libanais de l'Association Henri Capitant

**LOUISIANE**

LEVASSEUR, Alain A. : Président du Groupe louisianais de l'Association Henri Capitant  
DOMAS, George J. : Secrétaire général du Groupe louisianais de l'Association Henri Capitant

**LUXEMBOURG**

PRÜM, André : Président du Groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant  
ELVINGER, Marc : Secrétaire général du Groupe luxembourgeois de l'Association Henri Capitant

**MADAGASCAR**

RAMAROLANTO-RATIARAY, Correspondant malgache de l'Association Henri Capitant

**MALI**

ALASSANE, Diallo : Correspondant malien de l'Association Henri Capitant

**MAROC**

KETTANI, Azzedine : Président du Groupe marocain de l'Association Henri Capitant

EL MERNISSI, Mohamed : Vice-Président du Groupe marocain de l'Association Henri Capitant

EL HOUAZZANI CHAHDI, Hassan : Vice-Président du Groupe marocain de l'Association Henri Capitant

**MEXIQUE**

SANCHEZ CORDERO DAVILA, Jorge : Président du Groupe mexicain de l'Association Henri Capitant

**PANAMA**

BOUTIN ICAZA, Gilberto : Président du Groupe panaméen de l'Association Henri Capitant

CORBETTI, Ariel : Secrétaire Général du Groupe panaméen de l'Association Henri Capitant

**PAYS-BAS**

WEDEKIND, Wil : Président du Groupe néerlandais de l'Association Henri Capitant

DANKERS-HAGENAARS, Diana : Secrétaire Général du Groupe néerlandais de l'Association Henri Capitant

**PÉROU**

AVENDANO VALDEZ, Jorge : Président du Groupe péruvien de l'Association Henri Capitant

TORRES MENDEZ, Miguel : Secrétaire Général du Groupe péruvien de l'Association Henri Capitant

**POLOGNE**

SEWERYNSKI, Michal : Président du Groupe polonais de l'Association Henri Capitant

OLECHOWSKI, Marcin : Secrétaire Général du Groupe polonais de l'Association Henri Capitant

ROGACKA-RZEWNICKA, Maria : Secrétaire Général Adjoint du groupe polonais de l' Association Henri Capitant

**PORTUGAL**

EHRHARDT SOARES, Rogerio : Président du Groupe portugais de l'Association Henri Capitant

LEITE DE CAMPOS, Diogo : Secrétaire Général du Groupe portugais de l'Association Henri Capitant

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. : Secrétaire Général Adjoint de l'Association Henri Capitant

**PUERTO RICO**

MUNIZ-ARGUELLES, Luis : Président du Groupe portoricain de l'Association Henri Capitant

**RÉPUBLIQUE DOMINICAINE**

C. ALVAREZ HIJO, Federico : Président du Groupe dominicain de l'Association Henri Capitant

**ROUMANIE**

CHIRICA, Dan : Président du Groupe roumain de l'Association Henri Capitant

BOCSAN, Mircea Dan : Secrétaire général du Groupe roumain de l'Association Henri Capitant

**RUSSIE**

MEDVEDEV, Igor : Président du Groupe russe de l'Association Henri Capitant

GRIADOV, Alexis : Secrétaire général du Groupe russe de l'Association Henri Capitant

**SUÈDE**

W. DUFWA, Bill : Correspondant suédois de l'Association Henri Capitant

**SUISSE**

PATRY, Robert : Président honoraire du Groupe suisse de l'Association Henri Capitant

WESSNER, Pierre : Président du Groupe suisse de l'Association Henri Capitant

MOREILLON, Laurent : Secrétaire général du Groupe suisse de l'Association Henri Capitant

**SYRIE**

EL HAKIM, Jacques : Correspondant syrien de l'Association Henri Capitant

**TCHAD**

NODJIGOTO, Enoch : Président du Groupe tchadien de l'Association Henri Capitant

DJONATA DJATTO : Secrétaire Général du Groupe tchadien de l'Association Henri Capitant

**THAÏLANDE**

PRASERT LIMPRASERT : Correspondant du Groupe thaïlandais de l'Association Henri Capitant

VIJAYKADGA, Songkhla: Correspondant du Groupe thaïlandais de l'Association Henri Capitant

**TUNISIE**

BEN HALIMA Sassi : Président du Groupe tunisien de l'Association Henri Capitant

BOSTANJI, Sami : Secrétaire général du groupe tunisien de l'Association Henri Capitant

**TURQUIE**

POROY, Reha : Président du Groupe turc de l'Association Henri Capitant

KOCAYUSUFPASAOGLU, Necip : Secrétaire Général du Groupe turc de l'Association Henri Capitant

ÜNAN, Samim : Secrétaire Général Adjoint du Groupe turc de l'Association Henri Capitant

**URUGUAY**

A. FERRO ASTRAY, José : Correspondant uruguayen de l'Association Henri Capitant

**VIETNAM**

VAN DAT, Luu : Président du Groupe vietnamien de l'Association Henri Capitant

NGUYEN Ngoc, Dien : Secrétaire général du Groupe vietnamien de l'Association Henri Capitant

**SERBIE**

PEROVIC, Slobodan : Correspondant du Groupe serbe de l'Association Henri Capitant

ORTIC, Miodrag V. : Correspondant du Groupe serbe de l'Association Henri Capitant.

