

[...]

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 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" (2), 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 platiitudes les plus répandues, sans se soucier de "look out of the cave" (3). 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 déficit 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 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 (4). Donc les juristes, les gouvernants et les gouvernés des Etats 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 sous l'effet d'une philosophie et d'une politique découlant de la même prémissse : 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" (5).

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, familiale 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" (6).

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 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 Etats-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 démerite) 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 (7) :

Ainsi, autour du deuxième après guerre (8), 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" (9).

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 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 (10).

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 (11).

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

soeur 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. Ils n'ont jamais nourri une admiration sans boute 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 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 (12), 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'elever 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 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 plaît 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'" (12). [...]

L'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française

(1) Bentham étant lui- même l'auteur d'un Traité de législation civile et pénale, paru en 1802.

(2) Rappr. Xavier de Roux (Vice-président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, senior partner du cabinet Gide Loyrette Nouel), Le Code civil reste un outil privilégié (La Tribune, 18 mars 2004) : "Le Code civil crée d'abord la sécurité juridique, il sait s'adapter aux évolutions de la société. Facile à lire, clair dans ses énoncés, il est par nature même d'essence démocratique. La méthode qu'il utilise, non seulement a fait ses preuves, mais devrait rester pour le législateur un modèle. Il est désormais accessible sur Internet en anglais et en espagnol. Il doit rester pour le juriste et pour longtemps l'outil privilégié".

(3) Au contraire, la common law anglaise s'est fondée dans la continuité. Fruit de l'expérience, elle n'a jamais fait table rase du passé.

(4) V. les Giri au Japon. Plus généralement, V. : R. David et C. Jauffret-Spinosi, Les grands systèmes de droit contemporain, Dalloz, 11e éd., 2002 ; L'influence du Code civil dans le monde, Travaux de la Semaine Internationale de Droit, Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française et Société de législation comparée, Paris, 1950, Pédone, 1954 ; La circulation du modèle juridique français, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XLIV, Journées franco-italiennes de 1993, LITEC 1994 ; M. Grimaldi, L'exportation du Code civil, in Le Code civil, Rev. Pouvoirs, n° 107, 2003, p. 80 et s..

(5) R. David et C. Jauffret-Spinosi, op. cit., n° 460.

(6) Sans préjudice de ce que pourrait être un tel Code : un Code qui évincerait les codes nationaux ou s'y ajouterait (seule solution aujourd'hui raisonnable) ; un code plénier ou un code limité au patrimoine, voire aux obligations et même aux seuls contrats ; un code limité ou non aux relations transfrontalières ; un code obligatoire ou optionnel, et, dans ce cas, avec une option soit d'entrée soit de sortie, de sorte qu'il serait applicable soit sur demande soit par défaut. Sur cet

hypothétique Code européen, V. notamment : G. Cornu, Un Code civil n'est pas un instrument communautaire, D. 2002.351 ; B. Fauvarque- Cosson, Vers un Code civil européen ?, RTD civ. 2002.463 ; Y. Lequette, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar, D. 2002.2202 ; Ph. Malinvaud, Réponse - hors délai - à la Commission européenne : à propos d'un code européen des contrats, D. 2002.2542 ; Cl. Witz, Plaidoyer pour un Code européen des obligations, D. 2000.79 ; L'influence des codifications nouvelles sur le Code civil de demain, in Livre du bicentenaire, préc., p. 687 et s..

(7) V. infra, n° 80.

(8) Décision du C. constit. n° 99-421 du 16 décembre 1999. A propos de la loi autorisant neuf codes à être publiés par voie d'ordonnance, le Conseil constitutionnel a proclamé "l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi" au motif que "l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas". Sur cette décision, qui traduit la conception politique selon laquelle l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi assurent non seulement le principe de l'égalité des citoyens devant la loi mais aussi l'effectivité de la citoyenneté de chacun. V. not. M.-A. Frison-Roche et W. Baranès : "Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi", D. 2000.361. Interprétée à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel et de ses travaux préparatoires, cette loi poserait donc deux contraintes : l'accessibilité matérielle d'une part, l'intelligibilité d'autre part. Une loi du 12 avril 2000 relative à l'accès aux règles de droit renforce à cet égard les obligations de l'Etat, notamment en prévoyant ceci : "les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller". Autant l'exigence d'accessibilité peut être considérée comme un principe constitutionnel, autant celle d'intelligibilité de la loi ne constitue qu'un "objectif à valeur constitutionnelle", ce qui pourrait s'expliquer par le fait qu'"une intelligibilité parfaite serait la mort de l'interprétation : or, interpréter est, pour le juge civil (art. 4 C. civ.) ou même pénal (sous une réserve, art. 111-4 NCP), un devoir qui pourrait, lui aussi, être érigé en principe constitutionnel" (Jean Carbonnier, Droit civil, Introduction, Puf, Thémis, 27ème éd. 2002, p. 241).

(9) Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, "Loi de finances pour 2006" : le Conseil a censuré l'article 78, relatif au plafonnement global des avantages fiscaux, en raison de son excessive complexité, qu'aucun motif d'intérêt général ne suffisait à justifier. "77. Considérant que l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et 'la garantie des droits' requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée ; qu'en particulier, le droit au recours pourrait en être affecté ; que cette complexité restreindrait l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel 'tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas' ; 78. Considérant qu'en matière fiscale, la loi, lorsqu'elle atteint un niveau de complexité tel qu'elle devient inintelligible pour le citoyen, méconnaît en outre l'article 14 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel : 'Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la

quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée".

(10) OUP Oxford 2000, vol. I, xxix. V. aussi, dans le même sens, E. McKendrick, *The Common Law at work : the Saga of Alfred McAlpine Construction Ltd v. Panatown Ltd*, Oxford University Commonwealth Law Journal, 2003, vol. 3, n° 2, p. 145. L'auteur observe que les ouvrages comme les décisions sont désormais encombrées de références non nécessaires aux arrêts ainsi qu'aux "academic writings". Plus grave encore : "le détail prévaut et le principe est perdu (...) La vie devient une jungle d'instances particulières, sans que l'on puisse discerner de but ou de principe qui la traverse" (p. 145-146). On pourra encore signaler, à cet égard, les propos de Lord Justice Brooke, prononcés lors d'une conférence à Melbourne en avril 2003. Soulignant le rôle essentiel de l'État dans la publication des jugements, l'éminent juge estime que "Le droit serait en chaos si nos décisions étaient rendues dans l'ignorance de ce qu'une autre juridiction a dit sur le même point", tout en reconnaissant que l'accès aux décisions de justice par internet nourrit l'"information overload". Il met en garde contre la pratique des avocats, qui usent et abusent de la citation des arrêts qui n'apportent rien de nouveau au droit, ce qui augmente le volume des dossiers à lire pour les juges et, ajoutera-t-on à l'attention des auteurs du Rapport de la Banque Mondiale, que l'on sait très préoccupés par les enjeux économiques, le coût du traitement des litiges.

(11) Rapport établi en 1994 par la Plain language commission, cité in *L'influence internationale du droit français*, Rapport du Conseil d'Etat, La documentation française, 2001, p. 26.

(12) R. David et C. Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz 11ème éd., 2002, p. 343.

(13) Près de 70 % des lois françaises sont codifiées de façon rationnelle dans des codes consultables en accès libre et gratuit sur www.legifrance.gouv.fr (suivant les statistiques de la Direction des Journaux officiels, au 1er semestre 2002, le droit français serait codifié à hauteur de 64 % si l'on prend en compte les seules normes législatives, taux que l'on peut aujourd'hui raisonnablement estimer à environ 70 % compte tenu de l'entrée en vigueur de codes récents, tels le Code du patrimoine, le Code monétaire et financier, etc.).

(14) Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 1ère éd., 2004, n° 118 et n° 123 ("Plus il y aura de codes pour 'parquer' les lois existantes, moins il y aura de textes en liberté : ce droit 'en captivité' se laissera enfin découvrir ; il sera plus facilement connaissable par les justiciables"). Comp. F. Terré, *Introduction générale au droit*, n° 342 : La tromperie du droit constant.

(15) Article 146 : "Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement" ; article 544 : "la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements" ; article 1134 : "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" ; article 1382 : "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer". Certaines formules célèbres ont même pu s'inscrire dans l'imaginaire collectif, telle celle de l'article 815 : "Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision".

(16) E. Huber (qui fut le père du Code civil suisse), cité par A. Martin, *Le Code civil dans le canton de Genève*, in *Livre du centenaire*, préc., p. 895.

(17) P.-A. Crépeau, op. cit., p. 28.

(18) Exemples : les articles 1375 et 2805 sur la bonne foi, 1405 sur la lésion, ou 708 sur la capacité testamentaire du mineur.

(19) A. Viandier, *Recherches de légistique comparée*, Springer Verlag, 1988, p. 109, n° 10 citant l'expérience d'un certain Dale.

(20) V. par ex. G. Cornu, *Linguistique juridique*, éd. Monchrestien, 3ème éd., 2005 ; adde, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, sous la direction de G. Cornu, 7ème éd., 2005.

(21) Maurice Druon, de l'Académie française, ancien ministre, ancien député européen, Otto de

Habsbourg, ancien député européen Président de l'Union paneuropéenne, Mario Soarès, ancien Président de la République du Portugal, ancien député européen, Bronislaw Geremek, ancien ministre des Affaires étrangères de Pologne, Siméon de Saxe Cobourg, Premier ministre de Bulgarie, Dora Bakoyianni, maire d'Athènes, Adrian Nastase, Premier ministre de Roumanie, Suzanna Agnelli, ancien ministre des Affaires étrangères d'Italie, Federico Mayor, ancien ministre de l'Education d'Espagne et député européen, ancien directeur général de l'UNESCO, Ismail Kadare, écrivain albanais, Kiro Gligorov, premier Président de la République de Macédoine, Antoinette Spaak, ministre d'État de Belgique, ancien député européen, et, au titre de Secrétaire général de l'Organisation Internationale francophone Abdou Diouf, ancien Président du Sénégal. Ce manifeste peut être consulté le site www.village-justice.com.

(22) Cl. Hagège, *Combat pour le français*, éd. O. Jacob, 2006.

(23) Sans doute n'est-ce d'ailleurs pas tout à fait un hasard si ce type de système est un produit républicain -quoiqu'il ait certes été mûrement réfléchi sous l'Ancien régime à la faveur notamment de la codification royale des coutumes- tandis que la common law porte sans doute encore de ce point de vue la trace du contexte monarchique dans lequel elle s'est épanouie, et qui est en principe moins sensible à de tels objectifs démocratiques.

(24) Supra, n° 1.

(25) Etude du Conseil d'Etat, *L'influence internationale du droit français*, La documentation française, 2001, p. 103 ; V. également, Travaux de l'Association Henri Capitant, *La circulation du modèle juridique français*, Journées franco-italiennes, t. XLIV, 1993.

(26) John Bell, *French legal cultures*, 2001, cité par H. Moutouh, *Le droit et l'influence internationale de la France*, in "Le modèle juridique français : un obstacle au développement économique ?" in Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 81.

(27) V. infra § 1 C, la jurisprudence apportant de ce point de vue la flexibilité nécessaire.

(28) V. infra § 2 C, sur les qualités économiques du droit civil.

(29) En ce sens, V. not. R. Panhard, *Common law et droit latin, deux systèmes concurrents au service des entreprises*, Les Cahiers Techniques, spéc. p. 8. V. également infra 1.3 relatif à l'économie de coûts.

(30) Toute une veine littéraire illustre, en France, un sentiment de défiance envers le procès, notamment, au XVII^e, avec Racine, dans *Les plaideurs*, ou La Fontaine, dans *Le chat, la belette et le petit lapin*, ou *L'huître et les plaideurs*.

(31) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 29, n° 230 et 231 : "Les actes extrajudiciaires, dressés par les officiers ministériels, sont, en effet, ceux dont le but est d'établir en matière civile, dans l'ordre des intérêts privés, la preuve des droits et des obligations des citoyens. Dans cet ordre, les officiers publics, qui ont la charge de recevoir et de dresser les actes authentiques sont principalement : les notaires, les officiers de l'état civil, les greffiers des tribunaux, les huissiers".

(32) V. R. Stürner, *L'acte notarié dans le commerce juridique européen*, Rev. dr. comp. 1996, p. 315 : l'auteur souligne l'importance du notariat "pour le sort de la juridiction préventive en Europe".

(33) Exposé des motifs de la loi relative à l'organisation du notariat, in *Destin d'une loi : Loi du 25 Ventôse An XI*, p. 17, éd. Conseil Supérieur du Notariat, Institut International d'Histoire du Notariat, 2003.

(34) C'est parce que le droit constaté par l'acte notarié est tenu pour vrai qu'il est possible de passer, sans autre vérification, à l'exécution forcée.

(35) Si, cependant, l'on consulte les différents droits nationaux, on constate que tous les actes notariés n'ont pas la force exécutoire.

(36) Règlement n° 44/2001, issu d'une transformation de la Convention du 27 septembre 1968, dite Bruxelles I.

(37) Règlement n° 805/2004.

(38) CEDH 21 avril 1998, *Estima Jorge c/ Portugal* : Recueil des arrêts et décisions, 1998-II/495 ; D. 1978.somm. comm., obs. Fricero ; RTD civ. 1998.993, obs. Marguenaud. Et, depuis, V. CEDH 28

octobre 1998, Peres de Rada Cavanilles c/ Espagne : Recueil des arrêts et décisions, 1998-VIII/3242 ; JCP 1999.I.105, n° 21, obs. Sudre.

(39) CEDH 19 mars 1997, Hornsby c/ Grèce : Recueil des arrêts et décisions, 1997-II/495 ; D. 1978.74, note Fricero ; JCP 1997.II.22949, note Dugrip et Sudre ; RTD civ. 1997.1009, obs. Marguenaud.

(40) Est-ce ce qui a conduit à la modification, en juillet 2005, des Civil Procedure Rules en Angleterre qui reconnaissent désormais une "certaine" force probante à l'acte notarié : "un acte notarié ... peut être admis comme élément de preuve de droit, sans preuve supplémentaire, comme étant dûment authentifié conformément aux exigences de la loi jusqu'à preuve contraire" ?

(41) Pour user d'une image, on sait que même l'individu le plus indigent, en tant qu'il est une personne, est titulaire d'un patrimoine au sens de la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau : l'existence d'un contenant (le patrimoine de la personne) ne préjuge en rien de la composition et de l'étendue de son contenu (actif ou passif).

(42) J.-L. Halperin, Le regard de l'historien, in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz, Litec 2004, p. 43, spéc. p. 53.

(43) V. l'introduction au code civil d'un régime de responsabilité du fait des produits défectueux : articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil.

(44) Sur ce point, V. les études récentes sur Le droit civil hors le Code civil, publiées en 2005 par Les Petites Affiches.

(45) Infra, n° 87.

(46) Infra, n° 96.

(47) H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, t. 1 et 2, Dalloz, 11ème éd., 2000.

(48) Supra, n° 74 et s..

(49) Ph. Rémy, Regards sur le Code, Livre du bicentenaire, Dalloz, Litec 2004, p. 99, sp. p. 105.

(50) Ibid..

(51) Il peut être consulté sur le site de l'Association Henri Capitant : www.henricapitant.org.

(52) Nombre de lois ont créé un véritable statut visant à protéger l'une des parties, par exemple, le locataire dans le contrat de bail à usage d'habitation ou le fermier dans le bail rural.

(53) Ainsi que l'a relevé G. Cornu (Droit civil, Introduction, Les personnes, les biens, Montchrestien 2003, n° 336), à travers elles, "le législateur prend en considération, non seulement la volonté probable des intéressés, mais tout un ensemble de considérations sociales, économiques, historiques, qui n'ont pas leur source dans la pensée supposée des intéressés. En fonction de ces données, il forge un modèle idéal, c'est-à-dire une solution-type quoi lui paraît la mieux adaptée - tous facteurs considérés- au milieu social auquel il le destine". Adde, C. Pérès-Dourdou, La règle supplétive, préface G. Viney, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 421, 2004.

(54) Dans le même ordre d'idées, on signalera encore que les contrats spéciaux peuvent être nommés ou innommés, ce qui a permis à la pratique d'introduire, en France, toutes sortes de nouveaux contrats d'inspiration étrangère (souvent en 'ing : franchising, leasing, sponsoring etc...) et de laisser les parties prévoir le régime de ces contrats, jusqu'à ce qu'un jour ou l'autre, le législateur intervienne pour les nommer et les réglementer (ex. : le leasing, devenu le contrat de crédit-bail, désormais partiellement régi par la loi du 2 juillet 1966).

(55) Rappr. B. Mallet-Bricout, art. préc., p. 874.

(56) V. infra, IV.

(57) Cf. not. les lettres d'intention, les garanties autonomes, la titrisation, la corporate governance. Sur l'importance de ces acteurs, qualifiés de "machines à produire le droit", dans le domaine financier, V. le rapport préc. du Conseil d'Etat.

(58) Le phénomène est illustré par l'existence de contrats spéciaux, qui d'abord innommés, c'est-à-dire ignorés de la loi, ont été ensuite nommés, c'est-à-dire consacrés par elle. Ainsi, la pratique

a-t-elle introduit, en France, toutes sortes de nouveaux contrats d'inspiration étrangère (souvent en 'ing : franchising, leasing, sponsoring etc...), dont les parties ont construit le régime de toutes pièces, avant que, pour certains d'entre eux, ne viennent la reconnaissance légale (ex. : le leasing, devenu le contrat de crédit-bail, désormais partiellement régi par la loi du 2 juillet 1966). Sur la question, V. Le rôle de la pratique dans la formation du droit, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXIV, Journées suisses de 1983, Economica, 1985.

(59) V. not. J. Paillusseau, La contractualisation de la société anonyme fermée, Gaz. Pal., 9-10 octobre 1998, p. 16 et s. ; F.-J. Pansier, De la contractualisation du droit de la famille en général et du droit du mariage en particulier, Gaz. Pal. 1999, 1, doctr., p. 287 et s. ; O. Tiquant, La contractualisation des procédures collectives, thèse Paris I, 1999 ; A. S. Rau et C. Pédamon, La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain, Rev. arb. 2001, p. 451 et s..

(60) Rappr. le discours du Premier Président Guy Canivet lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire 2005, si la règle générale est fixée par la loi, elle est appliquée et interprétée par le juge qui assume ainsi une "fonction supplétive, intégratrice et adaptatrice". Dans cette "complémentarité entre la loi et la jurisprudence" résident "l'originalité et le génie du système juridique français, à la fois soucieux de permanence, de stabilité et de sécurité, mais évolutif, apte à s'adapter aux situations nouvelles et à gérer la complexité".

(61) M. Halévy, Essai sur l'accélération de l'histoire, 1948.

(62) Acts of parliament britanniques, statutes, lois uniformes fédérales aux Etats-Unis, divers restatements of the law, etc. A l'inverse, le système français est devenu plus prétorien que par le passé ce qui montre que la civil law et la common law, plutôt que de s'opposer catégoriquement, exercent une mutuelle influence.

(63) Tandis que la profession juridique française, trop éclatée, souffre encore de nombreux handicaps structurels : V. sur ce point l'étude, préc., du Conseil d'Etat, p. 75 et s..

(64) Comp. infra, n° 101.