

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 platitudes 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 correct", 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 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" (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, 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 oeillères [...] 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 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 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'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 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'" (12).

Anna de Vita, Professeur de Droit Comparé à l'Université de Florence, Présidente du Groupe italien de l'Association Henri Capitant

(1) 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.

(2) Cf. P. Bruckner, *Misère de la prospérité - la religion marchande et ses ennemis*, Paris, Grasset, 2002.

(3) 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".

(4) V. R. Sacco, Introduzione al Diritto comparato, in Trattato di Diritto comparato, R. Sacco (dir.), 5ème éd., Turin, 1992, Chap. Ier et passim.

(5) I. Hill, Comparative Law, Law Reform and Legal Theory, Oxford Journal of Legal Studies, 1989, p.106.

(6) I. Vanderlinden, Comparer les droits, Diegem (Belgique), 1995.

(7) 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 econotnista, 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'oeuvre 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 Etats-Unis. V. surtout, Rischio e responsabilità oggettiva, Milan, 1961, et L'analisi economica del diritto, tenderize e prospettive, din Il Quadrimestre, 1987, p. 563 et s..

(8) 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'oeuvre fondamentale de P. Samuelson, Foundations of Economic Analysis.

(9) V. R. Cooter et Th. Ullen, Law and Economics, Londres, 1988.

(10) R. Pardolesi, Un moderno Minotauro, op. cit., pp. 228-233. L'auteur se réfère manifestement aux thèses, notoirement plus extrêmes, du chef de l'Ecole de l'analyse économique du droit, R. Posner, Economic Analysis of the Law, 3ème éd., Boston/Toronto, 1986.

(11)V. supra, note 8. 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.

(12) 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..

(13) Bruckner, Misère de la prospérité ; op. cit., p. 48.