

HANDICAPS ET ATOUTS AU RAYONNEMENT DU DROIT FRANÇAIS

*Par Olivier Devaux,
Professeur à l'Université des sciences sociales de Toulouse*

Ce qui apparaît aux yeux de beaucoup comme une crise de la francophonie rejaillit négativement sur l'image récurrente du rayonnement du droit français. Encore que les deux éléments ne soient pas absolument liés, une tendance assez générale consiste à dénoncer le déclin de l'influence française, le plus souvent pour le déplorer au nom de la disparition d'une certaine forme de pluralisme des influences au profit d'un modèle anglo-saxon dominant, parfois pour s'en féliciter, en y voyant la possibilité d'apparition de droits autochtones correspondant aux besoins des peuples et refusant une tendance au mimétisme, notamment juridique.

Dans le court propos qui suit, nous ne chercherons pas à trancher entre ces thèses opposées, mais simplement à tenter d'évaluer les handicaps et les atouts qui affectent le rayonnement du droit français. La tendance actuelle est d'insister plutôt sur les handicaps et de stigmatiser de façon un peu contradictoire, d'une part le caractère insolemment dominateur d'un système juridique qui se présenterait comme l'un des meilleurs du monde, tout en ne répugnant pas à s'appuyer sur les facilités que donne une posture hégémonique à base d'occupation militaire, d'autre part le déclin d'un ensemble de règles qui régissent une population dont le poids démographique diminue régulièrement dans le monde et un système économique considéré comme de moins en moins performant en regard de la montée en puissance des jeunes nations.

Si l'on refuse d'opposer handicaps et atouts et si l'on souhaite plutôt se situer dans une logique telle qu'un certain nombre de caractéristiques du système juridique français peuvent, selon la façon dont on les exploite, soit jouer un rôle de repoussoir, soit exercer une fonction de séduction, il n'est jusqu'à la place désormais minoritaire

des valeurs francophones dans le monde qui ne puisse constituer un atout par la volonté de certains de se démarquer de la pression d'une pensée unique d'origine nord-américaine. Dans ces conditions, il convient d'étudier, en premier lieu, les éléments qui feraient considérer le droit français comme comportant un certain nombre de composantes qui le desservent en en faisant un droit apparemment dressé contre lui-même, pour opposer en second lieu les caractéristiques d'une législation porteuse de principes qui se veulent valables partout et toujours, fournissant l'exemple d'une structure juridique à forte capacité d'adaptation.

I - UN DROIT APPAREMMENT CONTRE LUI-MEME

A - Le volontarisme universaliste

Le droit français tel qu'il se présente aujourd'hui au plan international n'est pas né dans une ambiance de modestie. Pour ce qui est du droit privé, il est lié aux codifications napoléoniennes en matière civile, pénale, procédurale et commerciale. Il a été, dès le début, conçu par son auteur comme un instrument de maintien de la domination politique sur toute l'Europe conquise. De ce point de vue, il se contentait de reproduire et de prolonger le schéma du droit romain, applicable, pour ce qui des Romains à l'Europe méditerranéenne, pour ce qui est de Napoléon, à l'Europe continentale. Une posture aussi impérialiste semblait devoir provoquer une réaction de rejet. Il reste pourtant que le reflux de l'hégémonie française à partir de 1813 ne s'est pas traduit par un abandon immédiat des textes français, ce qui montre qu'en dépit de réactions nationalistes très légitimes, l'image que les contemporains se faisaient d'un droit jugé *a priori* en avance sur son temps était plutôt positive.

L'idée des révolutionnaires était d'offrir au monde un ensemble de normes correspondant à une raison universelle, donc applicable à tous. Il y avait là une ambition qui, par sa sincérité ambiguë, suscita un fort effet de séduction. On l'a bien vu lors de l'arrivée des troupes révolutionnaires lorsqu'une partie de la bourgeoisie éclairée des pays conquis a accueilli les armées françaises comme des libérateurs. Les excès de l'occupation n'ont pas totalement fait disparaître ces préjugés.

Si les Pays-Bas ont été le premier pays à rompre avec les codes napoléoniens, il fallut néanmoins attendre pour cela la deuxième moitié du XIXe siècle. Si les États composant l'Italie se sont dotés d'ensembles législatifs autonomes, c'est en s'inspirant fortement du modèle français, se l'appropriant d'autant mieux qu'ils l'avaient en quelque sorte nationalisé. Si la Suisse s'est dotée d'un droit fédéral, c'est en y intégrant des composantes cantonales lesquelles, qu'il s'agisse des cantons de Vau, de Genève ou du Valais, reprenaient parfois textuellement les textes français. Il n'est jusqu'au droit allemand, le principal rival du droit français au XXe siècle, qui n'ait préservé, tout au long du XIXe siècle, des éléments français applicables aux pays rhénans protégés par la spécialisation de l'une des chambres de la cour d'Empire mise en place après l'unification de 1871.

Le schéma napoléonien, celui d'un droit imposé à des pays dominés, mais sous couleur d'apporter, au minimum un progrès technique, au mieux une libération sociale, se retrouve avec la colonisation. Si discutable que puisse aujourd'hui paraître cette idée, un certain nombre d'hommes politiques de gauche à la fin du XIXe siècle interprètent l'impérialisme français en Afrique et en Asie comme résultant d'une volonté d'expansion des conquêtes de la Révolution, comme manifestant la supériorité des cultures européennes sur des nations considérées comme provisoirement en retard. Sur le plan juridique, cette stratégie conduisait à unifier des systèmes juridiques traditionnels très diversifiés sous une codification globale destinée à s'appliquer partout avec les mêmes effets pour des configurations économiques ou sociales différentes. Ici également, le modèle français a fait l'objet, de la part des populations auxquelles il était imposé, d'une forme d'appropriation telle qu'il a continué de s'appliquer par-delà la domination politique puis la décolonisation.

Tels sont les paradoxes du volontarisme universaliste qui animait les juristes français, à la remorque des troupes d'occupation, à la jointure des XVIIIe-XIXe puis des XIXe-XXe siècles. S'appuyant sur des moyens rien moins que rationnels, que fournit une domination militaire brutale, ils ont cru de bonne foi transmettre à des nations auxquelles la fatalité des temps avait imposé un certain retard, les

éléments d'un droit permettant nombre d'avancées sociales et un progrès tout à la fois intellectuel et moral. Il en alla de même d'ailleurs au plan des droits administratif et constitutionnel. Ici, l'influence française s'est fait sentir via un appareil administratif et politique d'autant plus tenté de transmettre ses schémas qu'il en avait intériorisé les valeurs. S'ajoutait à l'idée de rationalité du modèle administratif français, la conviction qu'il était le mieux à même de défendre les libertés publiques, à travers des procédures tel le recours pour excès de pouvoir. S'agissant du droit constitutionnel français, ce n'est que tardivement qu'il s'est cru une vocation messianique. La France a été longtemps cantonnée à une fonction d'expérimentation, d'autant moins convaincante que les régimes changeaient tous les quinze ans. En fait, c'est depuis 1958 que le modèle constitutionnel français se voit reconnaître valeur d'exemple. Même s'il fut tempéré, le mimétisme n'en est pas moins là également.

B - Un droit non négociable

La confiance même des juristes français dans la valeur des principes qui inspirent leur droit leur interdit d'imaginer qu'il soit possible de composer avec les règles qu'ils ont élaborées. Deux éléments contradictoires justifient cette quasi-déification de la loi. Le premier est hérité des valeurs du siècle des Lumières : le droit positif doit se rapprocher de la loi naturelle et se voit reconnaître à ce titre une valeur universelle. Le rôle des autorités politiques est moins d'imaginer des règles par essence fragiles et passagères que de constater les normes qui dérivent de la nature des choses et de les officialiser en adaptant les institutions politiques et sociales dans une société. Simultanément, l'idée de loi issue de la volonté générale aboutit pour des raisons différentes au même résultat. Les représentants du peuple, titulaire d'une souveraineté qu'ils tiennent du suffrage, ne sauraient être soumis à aucune espèce de contrôle ni de contestation.

Ces deux éléments contribuent à donner au droit toute sa puissance. Le juge lui-même, dans la logique de Montesquieu, et quoi que l'on dise du pouvoir judiciaire qu'il préconise, se voit réduit à un rôle d'application quasi mécanique de lois élaborées en dehors de lui.

Il n'est que la bouche du droit. Cette position atteint son apogée sous la Révolution où le magistrat était censé n'avoir aucune marge de manœuvre, notamment dans l'application de la loi pénale. La règle du référé législatif sanctionnait cette volonté poussée jusqu'à l'extrême d'interdire au juge de prétendre interpréter la loi. Une solution différente apparaissait comme impliquant d'accepter l'idée que la loi soit ambiguë et de permettre au magistrat de substituer sa volonté à un législateur armé tant des principes d'un droit naturel progressiste que de l'onction démocratique. Cela semblait inacceptable.

Même si cette volonté d'empêcher le juge de se mêler de l'élaboration des normes est apparue intenable, même si la jurisprudence s'est vue reconnaître un certain rôle de création des règles, l'idée de négocier avec le droit est restée largement absente de la tradition juridique française. À l'inverse, la pratique anglo-saxonne admet une forme de supériorité de la convention sur la norme imposée par le pouvoir politique. Pour le légiste français et d'abord celui du code civil, la meilleure façon de consolider les accords entre particuliers est de les faire participer de la force de la loi comme en témoigne l'alinéa premier de l'article 1134 du Code civil : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". En droit anglo-saxon, la loi se consolide d'apparaître comme fondée sur un accord à base de concessions intervenu entre les membres du corps social. Le droit pénal constitue le domaine où cet aspect est le plus avéré. Plutôt que de courir les risques d'un procès pour ce qui est de l'accusé, plutôt que de mettre en œuvre des procédures coûteuses pour ce qui est du ministère public, l'on admet qu'il est préférable de passer un accord sur la reconnaissance de culpabilité, sur l'ampleur de la peine et surtout sur l'importance du préjudice, donc de l'indemnité. Au-delà des aspects dramatiques que revêt la répression criminelle, le droit anglo-saxon privilégie la convention sur la loi. La norme y gagne en souplesse. Elle peut s'adapter à la volonté des parties.

Le droit français, lui, se croit légitimé à imposer à des sociétés plurales des règles uniformes. Le phénomène colonial en est un témoignage évident, mais il en est d'autres. Le législateur français puisa dans le souvenir d'avoir imposé les mêmes normes aux sociétés

rurales d'Ancien Régime très diverses, une justification, voire une incitation à appliquer le même traitement à des populations d'Afrique ou d'Asie. Pour éviter de tomber dans la caricature, il convient cependant de rappeler que l'application du droit se faisait de telle façon que les coutumes traditionnelles, pour autant que l'ensemble de la population y demeure attaché, gardaient une certaine place. Simplement, le droit d'origine française restait considéré comme un idéal vers lequel il fallait progressivement tendre, même si la prédilection pour des traditions présentées comme obsolètes, voire barbares, expliquait que l'on en retarde l'application. D'un certain point de vue, cette attitude n'a pas disparu avec l'accession à la souveraineté. Les élites nationales occidentalisées se résignent à ce que les codes, *a priori* plus émancipateurs et plus progressistes, protégeant mieux l'autonomie des individus et les catégories victimes d'un traitement inégalitaires, demeurent inappliqués aussi longtemps que l'unanimité de certaines populations le souhaite. C'est la confiance même des élites dans la supériorité de ce droit qui explique leur tolérance à l'égard de coutumes traditionnelles dont elles n'imaginent pas qu'elles puissent durablement faire obstacle à l'application d'une législation moderne.

À l'heure où, un peu partout dans le monde, en Amérique latine par exemple, se fait jour une tendance à admettre la prise en compte officielle des particularismes ethniques, la logique homogénéisatrice, unificatrice et uniformisatrice semble mal adaptée.

II - UNE STRUCTURE JURIDIQUE A FORTE ADAPTABILITE

A - Un droit d'accès facile

Le droit français relève d'un ensemble, le droit romano-germanique, dont l'intitulé le protège de l'accusation de nationalisme. Il ne fait pas de doute qu'il y a là une méthode juridique, fondée sur le raisonnement par déduction, capable de séduire un certain nombre d'esprits par opposition à la méthode anglo-saxonne de raisonnement par analogie. Dans cette perspective, le droit allemand, composante éponyme de l'ensemble instauré à Rome il y a plusieurs millénaires, ne fait pas figure d'article d'exportation des plus aisés à promouvoir. Il est

vrai que le code de 1900 a bénéficié, tant en Europe centrale qu'en Amérique latine et en Asie, d'un fort prestige au début du XXe siècle. Certes, il s'appuyait sur la réputation d'un pays dont le développement économique et la puissance politique semblaient incontestable. Il s'agit cependant d'un droit complexe fondé sur la recherche de notions finement définies et articulées de façon parfois subtile, ses admirateurs même reconnaissant que certaines distinctions, par leur complexité, ne semblent pas répondre à une nécessité du point de vue de la solution des problèmes concrets.

Par opposition, le droit français présente des qualités de forme, du moins dans ses dispositions originaires du début du XIXe siècle. Ce serait sans doute se montrer trop optimiste qu'il les ait intégralement préservées et que la terminologie juridique ait maintenu cette fluidité et ce souci de donner à chaque qualification le terme le plus adapté et le plus évocateur qui était caractéristique des légistes héritiers de l'Ancien Régime et de la Révolution ; autrement dit, un système libéré des pesanteurs liées à la nécessité de conserver un droit issu d'un passé très lointain, une jurisprudence d'une complexité qu'aggravaient la pluralité des conseils souverains et des pratiques s'appuyant sur l'exaltation des particularismes locaux. Même si l'on a vanté avec quelque complaisance les qualités stylistiques du Code civil et des ses déclinaisons pénale et commerciale, ce n'est sans doute pas se montrer trop louangeur que de reconnaître aux textes du XIXe siècle une belle clarté, facilitant même le travail de traduction. Par rapport à la tentation à laquelle peu de juristes résistent de privilégier la logomachie pour rendre leur intervention plus nécessaire, le législateur napoléonien a su rechercher la formulation la plus simple, la plus immédiatement compréhensible de manière univoque par les justiciables. Sans doute faut-il voir dans ce souci d'être immédiatement saisissable par ceux qui devaient respecter le droit, à la fois le souci des révolutionnaires de faire un droit si simple qu'il n'aurait besoin d'aucun médiateur professionnel et la volonté du régime impérial de rétablir un ordre dont chacun connaîtrait, à la simple lecture des textes, les exigences et les sanctions qui en découlent. Il est vrai que, de nos jours, la préoccupation de rendre la répression acceptable, le vœu de paraître protéger le plus démun

lorsqu'il commet quelque excès, conduisent à des formulations faussement sociales. Il n'en demeure pas moins que la tradition de l'impitoyabilité du droit français subsiste.

Ce droit se présente en outre comme une architecture rationnelle et logique qui peut séduire un certain nombre d'esprits et qui en lisse, en quelque sorte, toute la complexité.

B - Une architecture globale rationnelle

C'est à la fois la faiblesse et l'élément susceptible de favoriser les imitations extérieures que la volonté du législateur français de dépasser les caractéristiques sociales, *a fortiori* ethniques, des populations auxquelles s'applique le droit. Il y avait là une préoccupation poussée jusqu'à la caricature sous la Révolution française, avec la volonté du législateur d'élaborer des normes valables dans le monde entier, que résume la formule de Saint-Just dans son projet de constitution, selon laquelle "le peuple français vote la liberté du monde". Cette prétention a disparu, mais plus progressivement qu'on ne l'imagine en général, dans les pays sous influence française où les légistes se sont parfois crus fondés à imposer des règles qu'ils jugeaient de bonne foi comme capables d'accélérer l'évolution de la société à la quelle elle s'appliquait. Alors qu'une conception dominante du droit dans le monde voit dans les règles applicables, plutôt le moyen de constater des équilibres dominants, d'assurer la sécurité juridique aux positions existantes, la conception française continue de considérer la législation comme un moyen d'accélérer les transformations. Il s'agit d'un droit structurant destiné à organiser la société, à la rapprocher d'un modèle idéal élaboré par des théoriciens et imaginé *a priori* comme progressiste.

En fait, les légistes français de l'époque révolutionnaire ont sans doute contribué simplement à la sécularisation d'un droit d'origine magique et à légitimation religieuse héritée de l'Ancien régime. Ce droit tendait à se présenter comme un système visant à régir l'ensemble des rapports sociaux selon une logique uniforme. Malgré la préservation par les codes napoléoniens de quelques innovations introduites dans le cadre du droit intermédiaire, l'essentiel des normes mises en place au début du XIXe siècle reprend les éléments légués

par les coutumes et les ordonnances de la monarchie. Le système conserve sa logique interne mais avec quelques principes fondamentaux qui se veulent progressistes, même si certains puisent leurs origines dans un passé fort lointain, avec des principes tels l'autonomie de la volonté, l'égalité des enfants au sein de la famille, le refus des engagements indéfinis dans le cadre du droit positif, une répression pénale fondée sur la responsabilité personnelle, etc. Ces principes donnent à ce droit qui conserve toute sa cohérence des possibilités de flexibilité, d'évolution en fonction des attentes du corps social, quelles que soient les formes de développement de ces sociétés.

*

**

Au demeurant, l'on peut se demander s'il y a là un véritable enjeu. Un discours implicite conduirait à imaginer que l'influence juridique d'un pays sur d'autres serait porteuse d'un prestige culturel, d'influence sociale et de développement économique. Ce serait comme si le rayonnement du droit français favoriserait les exportations, faciliterait les contrats avec des clients étrangers et encouragerait l'appel à des experts nationaux. Il est vrai que la tendance constatée partout à la juridicisation des rapports au sein des sociétés post-modernes conduit à exalter l'influence du droit, voire à en surestimer le poids sur des États, des administrations, des structures économiques fréquemment rappelés à l'ordre par le juge.

En fait, les rapports de force paraissent plus présents que jamais. Au plan international, ils peuvent revêtir la forme la plus brutale, celle des expéditions militaires qui bouleversent les équilibres mondiaux. De façon plus habituelle et avec des conséquences plus durables, les rapports de force économiques sont porteurs d'arbitrages juridiques dans lesquels la règle de droit s'adapte aux hiérarchies financières. Sans privilégier un discours sceptique, sinon cynique, la détermination des grandes familles juridiques semble avoir perdu une partie des enjeux dont elles étaient porteuses. On recherche moins une justice abstraite, voire immanente, que des procédures susceptibles de mettre

fin, dans des conditions les plus rapides et plus économiques, aux conflits sur la base d'arbitrages acceptables par chacun. Le "doux droit" est inséparable du "doux commerce". Il n'est plus là pour imposer des valeurs mais pour imposer des rapports de force. Dans ces conditions, les idéaux des révolutionnaires de 1793 et les rigueurs du codificateur napoléonien, les valeurs progressistes des socialistes humanistes, ont de la peine à maintenir leur place dans le monde juridique actuel.