

Louisiana Law Review

Volume 63
Number 4 *Louisiana Bicentenary: A Fusion of
Legal Cultures, 1803-2003*
Summer 2003

Article 4

8-1-2003

Influence croisée de la Common Law et du Droit Civil

Guy Canivet

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev>



Part of the Law Commons

Repository Citation

Guy Canivet, *Influence croisée de la Common Law et du Droit Civil*, 63 La. L. Rev. (2003)
Available at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol63/iss4/4>

This Article is brought to you for free and open access by the Law Reviews and Journals at LSU Law Digital Commons. It has been accepted for inclusion in Louisiana Law Review by an authorized editor of LSU Law Digital Commons. For more information, please contact kreed25@lsu.edu.

Influence croisée de la Common Law et du Droit Civil*

Guy Canivet**

Lorsque l'on parle d'« influence croisée » entre deux systèmes juridiques, ce ne sont pas tellement les ressemblances ou les différences sur le fond du droit qui comptent, mais plutôt les différents types de rencontres et d'échanges entre les systèmes juridiques qui sont aménagés par chaque culture juridique. Une culture juridique est un esprit, une mentalité, un ensemble de réflexes des professionnels du droit devant un problème pratique. Comme le dit le grand juriste du 19^{ème} siècle Rudolf von Jhering dans son ouvrage *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, « Tandis que les règles se révèlent de prime abord, tandis que les institutions et les définitions du droit se dénoncent elles-mêmes dans leur application pratique, les forces motrices du droit sont enfouies au plus profond de son essence intime. Elles n'agissent que peu à peu, s'infiltrant, il est vrai, dans l'organisme tout entier, mais en ne se manifestant nulle part d'une manière assez évidente pour qu'on doive nécessairement les apercevoir . . . Ce ne sont point des règles mais des qualités, des traits de caractère des institutions juridiques, idées générales qui par elles-mêmes ne sont susceptibles d'aucune application, mais qui ont exercé une influence déterminante sur la formation des règles pratiques du droit ».

Les deux grandes cultures juridiques du monde, la culture de *common law* et celle de *civil law*, renvoient à deux conceptions profondes de la justice, c'est-à-dire de la manière d'arriver à une décision juste. Ces conceptions peuvent être dites « profondes » en ce qu'elles sont liées à une histoire, à des représentations et des traditions juridiques, à une philosophie politique et à une sociologie des professions juridiques. Tous ces éléments forment un environnement peuplé de récits, de symboles et de sens partagés implicitement par une communauté, un milieu qui, bien qu'omniprésent dans les pratiques juridiques, ne se formule jamais en tant que tel. Chaque culture juridique est, donc, comme un pli original qui est la matrice des mentalités et des réflexes professionnels des juristes d'un pays.

Or le processus de mondialisation est si prégnant que désormais tous les juristes ont le sentiment de vivre une sorte d'acculturation juridique généralisée du fait de la compétition à laquelle se livrent les systèmes juridiques. Car, quelles que soient leur force nationale et identitaire, les deux grandes cultures juridiques ne sont certainement pas monolithiques et fermées; elles se définissent et s'influencent

Copyright 2004, by LOUISIANA LAW REVIEW.

* The authenticity of this article was ascertained only by the author.

** Premier président de la Cour de cassation.

réciroquement, elles s'affirment dans la confrontation et la comparaison plus que dans le repli sur soi et la protection illusoire du « souverainisme » juridique. La culture n'est pas un dogme intangible et figé, elle n'est pas un refus du renouvellement; elle est une réalité dynamique, interactive et vivante. Puisque le propre d'une culture juridique est d'évoluer, et d'évoluer par son ouverture à d'autres traditions juridiques, se pose inéluctablement le problème de la réceptivité de chaque culture aux autres.

Il existe, à mon sens, deux formes de croisement d'influence entre les deux grandes cultures juridiques, la *common law* et la *civil law*, qui constituent autant de modèles de mondialisation juridique: la *convergence* et l'*hybridation*. Ces modèles surdéterminent les solutions que chaque système juridique donnera aux mêmes types de problèmes qu'il a à résoudre. Ils représentent deux sensibilités différentes, deux modes de rencontre et d'échange entre l'univers de la *common law* et celui du droit romaniste.

I. CONVERGENCE

Le processus de convergence de deux systèmes juridiques est sans doute stimulé par le fait que ces systèmes ont partout les mêmes types de problèmes à affronter. Le droit n'est pas une science exacte; il est plutôt une forme de concrétisation de la raison pratique. Les juristes sont des gens pragmatiques; ils s'intéressent avant tout à résoudre des problèmes concrets au moyen des outils institutionnels dont ils disposent ou d'autres, qui soient en mesure de réaliser les objectifs escomptés. Or, puisque la mondialisation nous met de plus en plus aux prises avec les mêmes types de problèmes pratiques, quoi de plus simple et de plus naturel que de trouver des réponses en droit qui se ressemblent? Le modèle de convergence paraît plus simple aux yeux des juristes parce qu'il n'engage que le niveau *institutionnel* de la justice. Il s'agit d'un parallélisme de formes juridiques qui ne s'intéresse pas de savoir si tel transplant institutionnel du pays d'origine sera compatible avec la culture juridique et les mœurs professionnels du pays destinataire.

La principale raison d'être du modèle de la convergence est sans doute la pression des faits, les besoins impératifs — notamment matériels — de l'appareil de justice d'un pays. Ce modèle monte en puissance au fur et à mesure que les citoyens ayant recours à la justice ne se considèrent plus comme des simples usagers d'un service public régalién sur lequel ils n'ont aucun pouvoir. Le mouvement irréversible vers une évaluation de la qualité de la justice et l'instauration d'une culture de responsabilité chez les magistrats montre que les anciens « administrés » adoptent désormais des comportements de véritables clients d'un bien rare, qui a un certain

coût. Partant, nous assistons à la fois au développement d'une conscience du rapport qualité-prix chez les « consommateurs » de la justice et à l'entrée en scène de considérations d'ordre financier au sein des pouvoirs publics. Or une des grandes forces des systèmes de *common law* est justement le fait qu'ils ont très tôt intégré dans leur raisonnement le critère de l'*efficacité* de la justice. Les bons rendements en matière de désengorgement des rôles d'audience, de rapidité des décisions et de respect réel des règles de droit sont visibles à œil nu par les juristes continentaux. Il est, dès lors, logique que ces derniers aient la tendance à recopier des solutions étrangères qui ont « fait leurs preuves », comme on dit. On peut résumer tout cela en disant que l'influence grandissante du modèle de convergence que nous observons de nos jours est due, à coup sûr, à sa force empirique et à la prise en compte de considérations pragmatiques et financières par les juristes continentaux.

Un bon exemple de ce type d'influence exercée par l'univers de la *common law* sur le droit français provient du droit pénal: c'est le *plea bargaining*, ou « négociation du plaider coupable ». Il s'agit d'une forme de justice négociée qui est désormais devenue un des outils principaux d'exercice de la politique pénale aux Etats-Unis. Sa justification principale réside dans des considérations d'économie de la justice. Cette institution, qui permet au procureur de négocier avec le prévenu une peine moins sévère si celui-ci reconnaît les faits, fut conçue puis institutionnalisée aux Etats-Unis pour libérer la ressource la plus précieuse de la justice, à savoir le temps consacrée aux audiences publiques. Elle s'étend désormais aux pays de tradition juridique latine. En effet, le problème de surcharge des tribunaux — notamment des audiences de comparution immédiate — a déjà pris une telle ampleur chez nous que la Chancellerie a mis tous ses espoirs dans un projet dit de « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ». Cette procédure, lorsqu'elle aura été votée par le Parlement, pourra s'appliquer à toute personne reconnaissant avoir commis un délit puni de 5 ans d'emprisonnement au plus, et pourra aboutir à un accord sur la peine agréée par le juge du siège et allant jusqu'à 6 mois de prison ferme.

En quoi l'introduction du *plea bargaining* en France obéit-il au modèle de la convergence entre la *common law* et la *civil law*? La réponse est que cette institution est purement et simplement transplantée dans notre culture juridique uniquement pour ses vertus d'efficacité, sans aucun effort d'adaptation de sa philosophie sous-jacente à nos données culturelles. En théorie économique du droit, le *plea bargaining* est un contrat gagnant-gagnant, une allocation rationnelle des risques pour les parties: puisque tout procès pénal est incertain dans son aboutissement, l'accusé rationnel est incité à éviter une audience où il pourrait être condamné à une peine plus sévère que

celle qu'il mérite et le procureur est incité à éviter un procès long et coûteux qui pourrait se terminer par une peine trop faible ou un acquittement. Aussi la défense et le parquet s'accordent-ils, dans une procédure plus ou moins informelle scellée par une convention écrite homologuée par le juge en audience publique, sur une peine inférieure à la peine maximale prévue par la loi en échange d'une renonciation de l'accusé au procès et aux droits de la défense qui y sont attachés.

Mais la théorie ne résiste guère à la réalité. Le procureur dispose d'un pouvoir de négociation bien supérieur à celui du prévenu; il est capable d'imposer à celui-ci un règlement qui s'apparente plutôt à un chantage à la peine maximale. On sait que beaucoup d'innocents sont incités, par ce système de négociation de la peine, à se déclarer coupables pour des crimes qu'ils n'ont pas commis, de peur de se voir encore plus lourdement condamnés s'ils prenaient le risque d'un véritable procès. Ainsi l'idée même d'un bien public de la justice impartiale et respectueuse des droits fondamentaux de la personne est-elle minée.

La philosophie pénale dominante en France est très méfiante à l'égard du modèle économiste et utilitariste de la peine en *common law*. Dans notre culture juridique, les droits subjectifs ne sont normalement pas des titres juridiques aliénables à souhait par leurs détenteurs. Le droit à un procès équitable et les droits de la défense sont absolus et inaliénables; ils ne peuvent pas être négociés ou marchandés, quel que soit le bénéfice escompté pour leur titulaire ou pour d'autres parties. Le procès pénal n'existe pas dans l'intérêt des justiciables; la présomption d'innocence et les droits de la défense, qui forment la structure de tout procès pénal, n'ont pas de prix et ne peuvent pas être échangés contre une promesse d'utilité ou de bien-être collectifs accrus.

Cependant, force est de constater que, même dans notre système qui attribuait jadis une grande force symbolique à la peine d'enfermement, la finitude des ressources fait qu'il s'agit désormais de plus en plus pour les juges de gérer le flux d'affaires plutôt que de rendre solennellement la justice. Le projet de la chancellerie montre clairement qu'en France, malgré les barrières culturelles qui nous séparent de la culture anglo-saxonne, les peines privatives de liberté deviennent petit à petit un risque parmi d'autres à gérer rationnellement, à marchander, même, dans des conditions optimales. La convergence ici est en sens unique. La peine, une forme publique et solennelle de manifester la réprobation sociale, une manifestation de souveraineté qui a accompagné la naissance de l'Etat moderne après les Lumières, aura perdu par là beaucoup de son aura symbolique au sein de notre culture juridique.

II. HYBRIDATION

Si le modèle de la convergence est, finalement, un modèle pragmatique qui repose sur la similitude des problèmes qu'ont à gérer les deux grandes systèmes juridiques du monde, le modèle de l'hybridation est un modèle qui prend la forme d'un mélange des éléments *structurels* de ces systèmes. Dans ce cas de figure, les différences entre les cultures juridiques anglo-américaine et continentale ne sont pas occultées: les difficultés auxquelles sont confrontés les deux systèmes judiciaires sont différentes, voire diamétralement opposées. Mais chaque système est mutuellement influencé par des solutions qui semblent attrayantes chez l'autre. L'aboutissement est une hybridation procédurale ou substantielle, qui résulte en une construction originale mêlant des éléments de l'un et de l'autre des deux grandes familles de systèmes juridiques.

Derrière l'existence de deux cultures juridiques qui s'affirment d'emblée comme très différentes et qui, par conséquent, résistent aux convergences consciemment poursuivies, se cachent tout de même des évolutions internes à tous les pays démocratiques. Ces évolutions sont induites par la mondialisation. La justice est devenue un bien rare parce que de plus en plus populaire. En se démocratisant, en devenant un bien de consommation comme les autres, la justice, tant en milieu de *common law* qu'en milieu de droit romaniste, se métamorphose. Même si les difficultés sont propres à chaque culture juridique, les défis que la justice a désormais à affronter se ressemblent partout: lenteur et coût excessifs, incertitude, manque de transparence et de réactivité vis-à-vis des usagers. C'est le point de départ du processus d'hybridation. Cependant, à la différence du processus de convergence, l'hybridation est le signe tant de l'existence des cultures juridiques que de leur évolution en parallèle. Les solutions tendent, certes, vers une convergence des systèmes juridiques, mais n'oblitérent pas la spécificité culturelle des points de départ respectifs de chaque système.

On peut voir ce processus à l'œuvre dans le domaine de la justice civile. Le fameux rapport de 1996 de Lord Woolf sur l'accès à la justice civile en Angleterre et au Pays de Galles nous servira d'appui à la démonstration concernant la justice civile.

Il est bien connu que la *civil law* est une culture de droit écrit, exhaustif et codifié, exprimé en commandements généraux, ne laissant au juge qu'une marge étroite d'interprétation, mais lui donnant, en revanche, tant en matière pénale que civile, un rôle actif dans la direction du procès et l'administration de la preuve. On dit beaucoup moins que la *civil law* est une culture de multiplication des voies de recours, de soupapes de sûreté pour s'assurer que justice sera effectivement rendue. En *common law*, la justice est rendue par un

corps de magistrats peu nombreux mais de grande qualité, reconnus par les professionnels du droit pour leur excellence. Il est, donc, difficile d'accéder au jugement, mais une fois cet accès acquis, tout — ou presque — se joue au premier degré de juridiction (au niveau du *trial*); en définitive, il est difficile d'*entrer* dans le système judiciaire, mais non pas d'*en sortir*, étant donné que les voies de recours ne sont pas indispensables. En revanche, en France, le grand nombre de juges, leur mode de recrutement et leur statut rend la qualité de la justice plus aléatoire. D'où la nécessité de multiplier les voies de recours pour s'assurer de la qualité du « produit final » de la justice. Autant traiter vite les affaires en première instance, puisque l'on sait que la décision définitive interviendra au niveau de l'appel, voire de la cassation, qui est ouverte à tous sans restriction, contrairement aux pays de *common law*.

Dès lors, le problème des délais et des coûts excessifs ne se produit qu'en première instance dans un pays comme l'Angleterre (avec le gonflement anormal, avant le procès, des motions de procédure et des échanges de documents), tandis qu'il se produit après la première instance en France (avec la prolifération des appels dilatoires ou infondés, des voies de recours sur des mesures conservatoires etc.). Mais si les abus que doivent combattre les deux systèmes sont opposés (verticaux pour le système français, horizontaux pour le système anglais), les solutions imaginées de part et d'autre de la Manche obéissent en réalité à un objectif commun: exclure de la justice civile les affaires qui ne font qu'encombrer les rôles d'audience pour libérer les juges pour le « vrai » contentieux. Dans les pays de *common law*, les obstacles à une justice civile démocratique, proche aux gens ordinaires, sont essentiellement les excès du système accusatoire. Ce système laisse l'administration de la preuve et la maîtrise du déroulement du procès aux seules mains des parties et de leurs avocats-conseils, qui sont extrêmement chers. Comme l'indique Lord Woolf dans son rapport, « l'argument en faveur d'une application universelle du modèle accusatoire le plus pur ne vaut que si les questions de temps et de coûts sont mises de côté. Le système actuellement marche de manière suffisante pour les avocats et les juges, mais les gens ordinaires sont maintenus en dehors du procès . . . ».

En France, au contraire, nous avons une justice qui ne coûte pas beaucoup aux justiciables, mais qui tend à rendre les magistrats eux-mêmes oublieux de la « vérité économique » du procès. La justice française fonctionne traditionnellement comme une administration et les professionnels français n'ont pas encore intégré le fait que les ressources de la justice sont finies. Le fameux principe de la gratuité du service public va souvent à l'encontre de la rationalité économique du système.

Force est de constater que les réformateurs au sein des systèmes de *common law* (comme Lord Woolf) essayent de maîtriser les professionnels du droit en cassant leur emprise sur le fonctionnement du système judiciaire. A cet effet, ils proposent des mesures largement inspirées à la fois de l'univers culturel continental (des mesures telles que la logique publique de contrôle administratif) et de la culture libérale (des mesures telles que la large ouverture et transparence du marché des services juridiques). De l'autre côté, les réformateurs des systèmes continentaux (comme le premier président Coulon, auteur d'un rapport sur les réformes souhaitables en matière de procédure civile française) essayent plutôt de responsabiliser les professionnels du droit à des considérations d'ordre économique. Mais les deux systèmes se dirigent vers une sorte de « justice d'économie mixte » en empruntant l'un à l'autre divers éléments structurels pour les combiner en un assemblage inédit.

Le besoin d'une rationalisation économique, administrative et procédurale de la justice, qui se traduit dans les deux cas en un besoin de simplification, d'unification et de standardisation de la saisine, vont résulter à des propositions de rééquilibrage et d'hybridation du procès civil. Ainsi, Lord Woolf propose deux idées très continentales pour la réforme de la justice civile de son pays, à savoir l'engagement actif des juges en amont du procès — juges qui perdraient ainsi leur statut immémorial d'arbitres neutres et impartiaux qui ne sortent jamais de leur prétoire — et l'instauration d'un début de hiérarchie entre les juges du même degré de juridiction — juges qui s'éloigneraient ainsi de leur image superbement solitaire de « héros du droit ». Tellement le besoin d'une authentique politique de la justice civile se fait sentir chez Woolf que celui-ci vante ouvertement, à la fin de son rapport, les mérites de toujours du droit continental codifié: l'unité, la simplicité, et surtout l'accessibilité au droit.

Sur l'autre rivage, les propositions du rapport Coulon tendent, elles aussi, vers un modèle mixte empruntant plusieurs éléments de la *common law*, notamment l'exécution immédiate de la décision de première instance afin de raréfier le recours à l'appel et la réhabilitation de l'avocat dans la justice civile en tant que contre-pouvoir institué à l'*imperium* du juge, qui doit être préservé dans un souci d'efficacité de la conduite du procès. L'appel à la responsabilisation des professionnels du droit est certainement quelque chose de nouveau dans l'univers de la *civil law*. Cette responsabilisation est exigée à la fois des juges et des avocats. Il faut rationaliser les premiers en les sensibilisant aux contraintes économiques du procès, tandis que les seconds doivent améliorer la qualité de leurs écritures et de leur argumentation.

En définitive, ce modèle d'influence réciproque et d'hybridation ne répond pas à un besoin de copier ou, au contraire, de résister au

modèle opposé, mais simplement à un besoin commun de rationalisation de la justice. Les propositions faites récemment par d'éminents juristes des deux grandes cultures juridiques dessinent les contours d'un nouveau procès, mixte entre la *common law* et le droit continental. Nous pouvons espérer que cet hybride qui nous est proposé réunira les meilleurs éléments des deux cultures, dans le respect de l'identité culturelle de chacune.