

**LES GRANDS SYSTÈMES
JURIDIQUES CONTEMPORAINS**

Faculté de Droit

- 19 -

LES GRANDS SYSTÈMES JURIDIQUES CONTEMPORAINS

Actes du Colloque international

11, 12 Février 2016



Presses de l'Université
Saint-Esprit de Kaslik

Les Grands systèmes Juridiques Contemporains: actes du Colloque international 11 et 12 février 2016 / [organisé par le Centre de Recherche Juridique de la Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik] – Kaslik: PUSEK, impr 2016. – 1 vol. (104 p.); 24 cm. – (Faculté de Droit; 19).

Bibliogr. – ISBN 978-614-8007-60-6.

1- Common law. 2- Droit comparé. 3- Droit islamique. 4- Pluralisme Juridique. I- Université Saint-Esprit de Kaslik. Faculté de Droit. Colloque international (2016 ; Kaslik). II- Centre de Recherche Juridique. éd. III- Série.

cdd23340.5

Organisé par :

Le Centre de Recherche Juridique de la Faculté de Droit,
sous la direction de M^{me} le Professeur Leila Saadé et M. le Magistrat Rodney Daou

En collaboration avec :

La Faculté de Droit de l'Université Saint-Esprit de Kaslik (USEK)
L'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF)
L'École Doctorale de Droit du Moyen-Orient (EDDMO)

ISBN 978-614-8007-60-6

© PUSEK, Kaslik, 2016

Tous droits réservés
Université Saint-Esprit de Kaslik

B. P. 446 Jounieh, Liban

Tél. : +961 9 600 275

Fax : +961 9 600 273

Mél. : pusek@usek.edu.lb

usek.edu.lb

Sommaire

P. HADY MAHFOUZ	
Mot de bienvenue	7
Hervé SABOURIN	
Allocution d'ouverture	11
Leila SAADE	
Allocution d'ouverture	15
Jean FAHED	
Conférence inaugurale : « Identité nationale et systèmes juridiques contemporains »	19
<i>Modératrice : Léna GHANNAGÉ</i> <i>Les systèmes de droit occidentaux</i>	
Maroun BOUSTANY	
Le droit continental, droit écrit	29
P. Talal HACHEM	
La common law, droit jurisprudentiel	37
Amale ABDALLAH	
La méthodologie de la thèse de doctorat	49

Modératrice : Mabassen ALJAAHOUB

Le droit islamique, droit oriental (en langue arabe)

Hassan Abdel HAMID

Tradition musulmane et langage du droit 61

Béatrice JALUZOT

Le formel et l'informel dans le droit japonais 79

Marcel-René TERCINET

Droit comparé et thèses de droit 93

Mot de bienvenue

P. Hady MAHFOUZ

Président de l'Université Saint-Esprit de Kaslik

« *Le système juridique et le bien de la personne humaine* » : voilà bien le sujet que fait émerger le titre de notre colloque d'aujourd'hui : *Les grands systèmes juridiques contemporains*, en générant une réflexion académique et juridique - je dirais même existentielle, laquelle regroupe d'ailleurs d'éminentes personnalités juridiques et académiques.

Un système juridique a pour vocation d'instaurer la justice, pour le bien et le développement de toute personne humaine, donc de chaque individu et de toute la société. Il est plus particulièrement voué à créer un sens égalitaire de la justice. Cependant, un système juridique est produit par des humains, notamment les législateurs ou les juges qui prennent appui sur la jurisprudence. Ce système est appliqué par des humains, les juges ou les jurés, suite à la plaidoirie d'humains, en l'occurrence les avocats et les personnes concernées. Qu'en tirer comme constat sinon que tout système juridique et son application sont marqués par l'imperfection, caractéristique des fils et des filles d'Adam ? Par ailleurs, combien de despotes ont-ils recouru à des systèmes juridiques pour asseoir leur dictature ? N'est-ce pas cette réalité qui a poussé l'écrivain italien Alessandro Manzoni à s'écrier : « *Une force cruelle possède le monde et les gens l'appellent justice* » ? Il y a là certes à voir

un nœud de paradoxes et de contradictions. N'est-ce pas de là que dérive la triste constatation de Cicéron : « *Summum jus summa injuria* : trop de justice équivaut à trop d'injustice » ? ou de Térence : « *lus summum saepe summa est malitia* : trop de justice découle souvent de trop de méchanceté ? ».

Or, force est de reconnaître que tout système juridique doit être observé et toute autorité juridique respectée, pour le bien de toute personne et de la société.

Mais dans la quête continue de la justice, de l'égalité et du bien de toute personne et de la société, il conviendrait de nous ouvrir au parfaitement juste, à Dieu, pour essayer, autant que possible, de parfaire l'application de nos systèmes juridiques. Il s'agit de créer une culture d'une juste justice, insufflée par l'esprit, autrement dit d'une justice qui transcenderait la notion classique du Droit.

Comment ne pas penser alors, dans le contexte de l'année de la miséricorde, au rapport entre justice et miséricorde ? Dans ce sillage, Sa Sainteté le Pape François écrit :

« Il n'est pas inutile de rappeler le rapport entre justice et miséricorde. Il ne s'agit pas de deux aspects contradictoires mais de deux dimensions d'une unique réalité qui se développe progressivement jusqu'à atteindre son sommet dans la plénitude de l'amour. La justice est un concept fondamental pour la société civile, quand la référence normale est l'ordre juridique à travers lequel la loi s'applique. La justice veut que chacun reçoive ce qui lui est dû. Il est fait référence de nombreuses fois dans la Bible à la justice divine et à Dieu comme juge. On entend par là l'observance intégrale de la Loi et le comportement de tout bon israélite conformément aux commandements de Dieu. Cette vision est cependant souvent tombée dans le légalisme, déformant ainsi le sens originel et obscurcissant le sens profond de la justice. Pour dépasser cette perspective légaliste, il faut se rappeler que dans l'Écriture, la justice est essentiellement conçue comme un abandon confiant à la volonté de Dieu » (Misericordiae Vultus, n° 20).

Le système juridique est nécessaire. Nécessaires aussi sont la conscience qui s'ouvre à Dieu et l'esprit qui vivifie la lettre. Par ailleurs, dans les grands systèmes juridiques, ne trouve-t-on pas la notion de grâce présidentielle ou de grâce du gouverneur ? N'est-ce pas là une ouverture par-delà la lettre ?

Ces diverses réflexions se concluent en un appel à un retour aux valeurs transcendant tout système juridique, en l'occurrence l'ouverture au Juste, tout cela, s'inscrivant dans la quête du bien de la personne humaine. Il ne s'agit pas, je le répète, de négliger le système juridique en vigueur, mais il est question de l'approcher et de l'appliquer avec une ouverture d'esprit, ouverture à la juste justice. Cet appel fait écho aux propos de notre Seigneur Jésus, dans le Sermon sur le Mont, où il affirme ne pas être venu pour abroger la Loi, mais pour accomplir, ajoutant qu'il faut surpasser la justice des scribes et des Pharisiens, gardiens et interprètes du système juridique d'alors (Mt 5, 17-48).

Je me réjouis donc de la tenue de ce colloque et voudrais remercier ceux qui l'ont occasionné. Merci à l'AUF, au Directeur de son bureau régional, le cher ami M. Hervé Sabourin, à Docteur Leila Saadé, Présidente du Conseil scientifique de l'École Doctorale du Moyen-Orient et aux doyens des Facultés de Droit participant à ce colloque. Je remercie de même tous les juges et les académiques ici présents.

Tout particulièrement, je voudrais remercier le Président Jean Fahd, premier président de la Cour de cassation libanaise d'avoir accepté de donner la conférence inaugurale de ce colloque et d'être témoin, à beaucoup d'égards, de la juste justice. Je tiens aussi à m'adresser au Président Rodny Daou le remerciant pour son dévouement à toute bonne cause. Il a entre autres gracieusement coordonné les préparatifs de la tenue de ce colloque.

Pour conclure et dans un cadre académique et juridique impressionnant que représente cette auguste assemblée, je constate, encore une fois, que la Faculté de Droit, sous l'égide de son Doyen, le Révérend Père Talal Hachem, brille dans le choix des amis, des partenaires et des sujets, rayonne dans l'ouverture, l'originalité, la robustesse mais surtout aussi dans l'excellence. Au Père Hachem et à son équipe, j'adresse mes remerciements et ma reconnaissance les plus sincères.

Que ce colloque porte des fruits dont bénéficiera toute personne en quête de vraie justice, cherchant à jeter de solides ponts entre le système juridique et le bien de la personne humaine.

Allocution d'ouverture

Hervé SABOURIN

Directeur régional du bureau Moyen-Orient de l'AUF

Révérend Père Recteur de l'Université Saint-Esprit de Kaslik,
Madame la Présidente de l'École Doctorale de Droit du Moyen-Orient,
Monsieur le Professeur Rodny Daou,
Madame l'attachée de coopération à l'ambassade de France à Amman,
Mesdames et Messieurs les chercheurs, professeurs,
Mesdames et messieurs,
Chers étudiants,

Ce cinquième séminaire organisé par l'École Doctorale de Droit du Moyen-Orient, EDDMO pour les initiés, s'ouvre donc aujourd'hui à l'USEK sous un titre bien prometteur : « *les grands systèmes juridiques contemporains* », séminaire qui nous invite apparemment à un voyage passionnant entre l'occident et l'orient, entre le droit continental, le Common Law, et les systèmes juridiques du Japon, de Chine ou d'Inde. Vous comprendrez donc pourquoi, en tant que Directeur du bureau Moyen-Orient de l'Agence Universitaire de la Francophonie (BMO), je puisse être si heureux d'être avec vous tous aujourd'hui, heureux mais aussi particulièrement fier de la qualité des activités proposées par l'EDDMO au sein de l'AUF.

L'AUF, parlons-en un peu, est, vous le savez bien, un opérateur mondial de la francophonie universitaire. Acteur de référence de la coopération universitaire francophone à travers le monde, l'AUF forte aujourd'hui de 821 établissements-membres répartis sur 106 pays agit pour soutenir un espace scientifique d'excellence au service du développement des sociétés. Ses missions traversent les grands défis éducatifs et sociétaux de notre temps : la modernisation de la formation universitaire et de l'accès aux métiers, l'accompagnement à la recherche et à l'innovation, l'aide à une meilleure gouvernance au sein des établissements, le rayonnement international à travers la valorisation de la francophonie et de ses valeurs de partage, avec cependant un objectif de base : par l'usage du français et au-delà de l'usage du français, transmettre toutes les valeurs de l'identité francophone, ses savoirs et ses savoir-faire, faire de la langue française un vecteur de partage et de rassemblement, tout en promouvant avec force la diversité linguistique et culturelle, source de tant de richesse intellectuelle et dont le Liban est un exemple particulièrement illustrant. Cette diversité s'inscrit pleinement dans la dimension régionale du bureau que je dirige, 59 membres à ce jour répartis sur 13 pays, dimension dont je suis pleinement conscient et particulièrement fier. Le périmètre de l'EDDMO souligne d'ailleurs tout à fait cet aspect, son réseau formé de 5 Universités du Liban, 4 d'Égypte, 2 de Syrie, 1 de Djibouti et 1 des Émirats Arabes Unis prouve bien son ancrage régional autant que son dynamisme, sans oublier d'autres pays, d'autres établissements qui frappent à la porte et que nous accueillerons prochainement avec grand plaisir.

Parmi ses nombreuses activités, le BMO inscrit comme l'une de ses missions prioritaires le soutien à la recherche universitaire, la recherche qui repousse constamment les frontières des savoirs et des savoir-faire et qui, de ce fait, est garant de l'excellence de la formation universitaire dont elle est indissociable, la recherche, source d'innovation et de création qui rend compte des évolutions de nos sociétés et de leur complexité et dont une des grandes missions est de proposer des réponses aux nombreux défis sociétaux auxquels nous devons faire face aujourd'hui.

L'EDDMO, créée sous l'égide du BMO il y a maintenant 8 ans et à la demande explicite de professeurs et de chercheurs égyptiens, libanais et syriens, s'inscrit pleinement dans ces perspectives et cela pour plusieurs raisons :

- l'EDDMO a une dimension fédératrice en réunissant des chercheurs de la région pour une même cause, celle de la recherche.

- l'EDDMO a une dimension formatrice en direction de ses doctorants qu'elle aide et dont elle soutient les mobilités.
- l'EDDMO a une dimension francophone bien-sûr ; le Droit, il faut le dire, est l'un des domaines académiques où la francophonie vit le mieux ; on dénombre en effet beaucoup de filières francophones dans les facultés de droit des établissements de l'AUF, et on sait bien les liens conceptuels qui existent entre le droit français voire francophone et celui adopté par certains pays de la région.

La très grande qualité des activités qui sont proposées chaque année par l'EDDMO à ses doctorants et ses chercheurs prouve que cette école doctorale remplit parfaitement ses missions et qu'elle est une vraie réussite ; réussite due essentiellement aux nombreuses personnes qui depuis des années s'y sont impliquées : chercheurs du Moyen-Orient mais aussi de France, personnels des universités d'accueil des différentes activités, personnels du BMO, et je tiens ici à remercier tout particulièrement Madame Mireille El-Rayess pour son investissement remarquable. Cette réussite est aussi due à l'engagement et la clairvoyance du Conseil Scientifique de l'EDDMO. Cette réussite est enfin et sans nul doute le fruit de l'exceptionnel dynamisme et du remarquable dévouement à la cause de l'EDDMO de sa présidente, Madame Leila Saadé, que je souhaite remercier chaleureusement ici pour tout ce qu'elle apporte à l'AUF, car il n'y a pas que l'EDDMO, la présidence du réseau des femmes est aussi une grande mission. Merci Leila.

Révérend Père Recteur, je tiens à vous remercier pour l'accueil que votre Université fait au séminaire EDDMO durant ces prochains jours, comme à son habitude l'USEK accueille ses hôtes avec professionnalisme, mais aussi générosité et chaleur humaine, c'est toujours un vrai plaisir de venir ici.

Merci enfin à toutes celles et ceux qui, à l'USEK et au BMO, ont contribué à l'organisation de cette manifestation, avec une attention toute particulière au Professeur Rodney Daou, l'initiateur et le concepteur de ce bel événement.

Je vous souhaite à toutes et à tous un excellent séminaire, entre échanges, dialogues et débats.

Je vous remercie.

Allocution d'ouverture

Leila SAADÉ

Présidente de l'EDDMO

Professeur de Droit à l'Université Libanaise

Révérend Père Recteur de l'Université Saint-Esprit de Kaslik,
Monsieur le Premier Président de la Cour de cassation,
Monsieur le Directeur du Bureau Moyen-Orient de l'Agence
Universitaire de la Francophonie,
Madame l'Attachée de Coopération auprès de l'Ambassade de France
en Jordanie

Père Doyen, Mesdames et Messieurs les Doyens, Doyen Honoraire
et Vice-Doyens,

Mesdames et Messieurs les magistrats et les collègues Professeurs,
Mesdames et Messieurs les membres de l'administration de l'USEK
et de l'AUF,

Mesdames et Messieurs,

Chers doctorants, Chers étudiants,

Je voudrais commencer par vous dire tout le plaisir que j'ai à me
retrouver à l'Université Saint-Esprit de Kaslik à l'occasion de ce cinquième
séminaire de l'EDDMO consacré aux « *Grands systèmes juridiques*

contemporains » qui fait suite à ceux organisés par l'Université Saint-Joseph, l'Université Libanaise, l'Université Ain Shams et l'Université Senghor.

Ces séminaires annuels sont, pour les treize universités membres de l'EDDMO et pour les doctorants, d'une importance capitale, car ils permettent de mettre en œuvre les objectifs qu'affiche notre École Doctorale, au premier rang desquels :

- valoriser la recherche doctorale autour de thèmes d'actualité, notamment régionale, et de droit comparé,
- favoriser l'excellence juridique et de la recherche par la mutualisation des compétences et l'élargissement des horizons scientifiques de nos doctorants
- et lutter contre le cloisonnement juridique et humain dont on mesure tous les jours les méfaits.

Mesdames et Messieurs,

En ces jours où le succès, particulièrement universitaire, nécessite une coopération engagée de plusieurs composantes au service d'objectifs clairs et précis, l'EDDMO est, à l'évidence, sur la bonne voie, car c'est une belle rencontre qui, à elle seule, constitue une assurance qualité pour notre École Doctorale. C'est la rencontre d'un projet ambitionnant l'excellence universitaire et de la recherche, de l'AUF et les valeurs d'un monde meilleur qu'elle défend, des universités membres qui sont, à la fois, diversité et complémentarité et de nombreuses bonnes volontés, dont les vôtres Mesdames et Messieurs, qui pourraient faire bouger - je ne dirai pas des montagnes en la présence du Révérend Père Recteur, mais - les lignes...

Dans cet ordre d'idées, je suis heureuse de vous annoncer que le nombre des membres de l'EDDMO va augmenter au courant de l'année 2016, car plusieurs universités ont manifesté leur intérêt pour notre École Doctorale.

Mes chers doctorants,

Ce séminaire aura la couleur de vos ambitions. Il sera un grand succès si votre curiosité scientifique vous poussera au débat d'idées et au dialogue constructif.

Vous allez être éclairés, grâce à la haute compétence des intervenants, non seulement sur les grands systèmes juridiques contemporains, mais aussi sur la méthodologie de la recherche en général et particulièrement en droit comparé.

Par ailleurs, en assistant aux ateliers interactifs, vous serez à même de juger de la pertinence de vos projets de recherche, de vos points de vue et de votre démarche scientifique et méthodologique.

Mesdames et Messieurs,

Je voudrais terminer en remerciant vivement, sincèrement et profondément tous ceux qui ont permis la réalisation de ce séminaire :

- l'USEK qui nous accueille et, plus particulièrement, le Révérend Père Recteur Hadi Mahfouz, le Père Doyen Talal Hachem, le Professeur Rodny Daou maître d'œuvre de cette manifestation, la Professeure Maria Kamouh pour la gestion de ce séminaire, ainsi que les professeurs et les membres de l'administration qui se sont investis dans l'organisation de ce projet,
- l'AUF, le Professeur Hervé Sabourin, Directeur du BMO, pour son indéfectible soutien et Mesdames Mireille El Rayess et Lolita Chami pour leur engagement, leur professionnalisme et l'immense plaisir que j'ai eu à travailler avec elles,
- les collègues intervenants qui ont accepté de mettre leurs compétences au service de cette manifestation
- et, enfin, les doctorants qui sont le cœur battant, la raison d'être et la fierté de l'EDDMO.

Mesdames et Messieurs, Chers étudiants,

L'essentiel reste à faire. Il faudrait, maintenant, que ce séminaire réponde aux attentes de nos doctorants et accompagne leur évolution juridique.

Je vous souhaite, donc, un excellent séminaire et vous remercie de votre présence si nombreux et de votre attention.

Conférence inaugurale : Identité nationale et systèmes juridiques contemporains

Jean FAHED

*Premier Président de la Cour de cassation libanaise
Président du Conseil supérieur de la magistrature*

Révérend Père Recteur,

Monsieur le Directeur régional de l'AUF,

Madame la Présidente du Conseil scientifique de l'EDDMO,

Monsieur le représentant du Bâtonnier de l'Ordre des avocats
de Beyrouth,

Mesdames et Messieurs les Présidents, les Doyens et les Professeurs,

Chers collègues,

Chers doctorants et étudiants,

Mesdames et Messieurs,

Je suis honoré d'être parmi vous à ce séminaire de l'École Doctorale de Droit du Moyen-Orient, organisé par la Faculté de Droit de l'USEK, pour ouvrir ses travaux et débattre de l'identité nationale et des systèmes juridiques contemporains en la présence d'éminents juristes et spécialistes de la matière.

En avril 2014, je participais à une conférence régionale à Lisbonne réunissant des juristes des pays du pourtour méditerranéen. Une délégation israélienne y était présente. Son président, un cadî d'un tribunal israélien de la Charia islamique, a interpellé l'Europe entière sur les affaires de statut personnel surtout le mariage et le divorce. Il considérait que règlementer les affaires de statut personnel par des lois, des administrations et des tribunaux civils portait atteinte à la liberté individuelle des croyants en Europe. Ironiquement, par cette interpellation, Israël voulait s'introniser en gardienne d'un système juridique respectant aussi bien la diversité culturelle et communautaire de la société que les droits du citoyen. Le perplexité de certains juges européens face à cette question a attiré mon attention. Tandis que nombre d'entre nous présente le système politico-juridique libanais comme un épouvantail responsable de tous les maux de la société, un autre peuple vivant à côté sans être voisin, surenchérit en la sauvegarde des droits de l'Homme en vantant les bienfaits de ce même système issu du mandat britannique sur la Palestine en 1922, où toutes les communautés religieuses disposent de leurs propres cours de justice religieuses : rabbiniques, musulmanes, chrétiennes et druzes, compétentes pour statuer sur les questions de statut personnel et de la famille les concernant.

À l'heure des graves crises institutionnelles que traversent la plupart des pays qui nous entourent, et des problématiques identitaires qui surgissent dans les milieux minoritaires de certains pays européens, il est peut-être temps de regarder de près la relation entre l'identité individuelle et le système juridique censé régir le statut des personnes et des biens, ainsi que les rapports entre les sujets et l'État.

Pensez-vous que le système juridique libanais caractérisé par un communautarisme constitutionnel et des spécificités juridiques en matière de statut personnel, est une simple dérive de la suggestion institutionnelle autrichienne lors de l'implantation de la *Moutassarifia* comme il était mentionné jadis dans certains livres scolaires d'histoire ? Croyez-vous que les systèmes juridiques sont transposables en dépit de la culture, l'histoire et les traditions d'un pays, et qu'ils seront viables sans rester à l'ombre d'une épée ?

Laissons défilé quelques pages de notre propre histoire. Nous, peuples d'histoire et de culture hétéroclites, qui, depuis des siècles,

avons scionné la terre des éleveurs nomades du nord et du centre de la péninsule arabique jusqu'aux campagnes et villes-marchés des empires chrétiens des Lakhmides et des Ghassanides, sur l'Euphrate du croissant fertile. Nous qui partageons une langue poétique rythmée, rimée et soutenue, l'arabe. Essayons d'identifier l'impact réel de l'identité nationale sur le système juridique. Soufflons la poussière du temps pour apercevoir les racines et l'évolution de notre système juridique et les répercussions qui ont dérivé sur les entités étatiques contemporaines du Proche-orient.

Certes, l'existence de l'École de Droit de Béryte au II^e siècle au temps de l'empire romain et qui a fait éclipsé celle de Rome¹ ainsi que son célèbre professeur Ulpien (170-228) originaire de Tyr, dont les œuvres sont pérennisées dans le Digeste de Justinien, est une preuve irréfutable que les peuples d'Orient étaient des artisans assidus du Droit avec la même habileté de jongler avec les lettres pour en faire des poèmes. Ces peuples hétérogènes qui ont vu défilé les empires Sassanide, Romain, Byzantin, ceux des Omeyyades de Damas, des Abbassides de Bagdad, des Fatimides de la vallée du Nil² et des Mamelouk d'Égypte et de Syrie, ont su bien gardé leurs structures juridiques tribales et communautaires intactes. Tous les efforts de ces empires à les faire mouler dans une société homogène sont restés vains.

-
1. Paul COLLINET, *Histoire de l'École de Droit de Beyrouth*, Société Anonyme du recueil Sirey, 1925, p. 181.
 2. Cf. Jean FAHED, « Dialogue et identité – Le Proche Orient à la découverte de soi et de l'autre dans une communauté de synthèse », in : *Colloque, Budapest, 23 avril 2015* : Selon une étude prenant pour base documentaire l'adoption de noms spécifiquement musulmans, au VIII^e siècle moins de 10 % des habitants de l'Iran, l'Irak, la Syrie, l'Égypte, la Tunisie et l'Espagne étaient musulmans. Au X^e siècle une grande partie de la population était devenue musulmane (R.W. BULLIET, *Conversion to Islam in the Medieval period*, Cambridge, Massachusetts, 1979). Le statut des chrétiens, des juifs et des zoroastriens était fixé. On les définissait comme les « gens du livre » ou les gens du pacte, ils payaient un impôt spécial, ils n'avaient pas le droit de porter les vêtements de certaines couleurs, ils ne pouvaient pas épouser des musulmanes, au tribunal leur témoignage ne valait pas contre celui d'un musulman, leurs maisons, leurs lieux de prières ne devaient pas être ostentatoires, ils ne devaient pas construire de nouveaux lieux de culte, ils ne pouvaient pas monter à cheval ni être armés, ils étaient exclus des positions du pouvoir. Ces restrictions ne furent pas constamment et uniformément imposées. L'incitation à se convertir existait.

L'Empire ottoman était plus pragmatique, il n'a point cherché à instaurer un système juridique commun s'appliquant à tous les sujets de l'Empire. Bien au contraire, il considérait la population, non comme un ensemble d'individus avec lesquels il devait traiter directement, mais plutôt en tant que groupes communautaires (en turc « *millet* »). Il est allé même jusqu'à institutionnaliser les communautés en personnes de droit public jouissant de certaines prérogatives législatives, administratives et judiciaires³ surtout en matière de statut personnel. Le *Hatti-Humayoun* de Gul-Hane pérennisa ces prérogatives.

Ce système est resté intact lors de la modernisation du système juridique ottoman sous Selim II influencé en grande partie par le système juridique français. La codification du Droit dans les domaines civil, pénal et commercial, n'a pas touché au système juridique concernant une vaste partie du statut personnel.

Avec la chute de l'Empire ottoman en 1918⁴, les Arabes et leurs diverses communautés virent la structure étatique au sein de laquelle la plupart d'entre eux avaient vécu se désintégrer.

Un vent nouveau souffla. L'idée d'une nation arabe intégrant tous les arabophones, apparut durant la *Nabda*⁵ (la Renaissance arabe) du XIX^e siècle. Elle a dû attendre la fin de la Deuxième guerre mondiale pour que sa concrétisation soit tentée. Entretemps, des entités étatiques nouvelles

-
3. La population des communautés chrétiennes au Liban a augmenté considérablement sous l'Empire Ottoman. Du XVI^e au XIX^e siècle la frontière de leur présence s'est déplacée vers le sud. De Bikfaya, au milieu du Liban actuel jusqu'à Rmeich et Kleiya à la frontière sud du Liban actuel.
 4. À la fin de l'Empire Ottoman, trois courants ont émergé au sein de *l'intelligencia* ottomane. Le courant islamiste qui prônait le retour aux fondements de l'Islam. Le courant progressiste qui prônait un État ottoman, laïc et libéral, présidé par le libanais Khalil Ghanem qui fut l'un des quatre pères de la Constitution ottomane de 1876. Le courant turc qui prêchait la suprématie de la race turque. Ce dernier a prédominé les autres. Il a été l'un des éléments déclencheurs des identités nationales (arabe, arménienne, kurde etc).
 5. Des éléments de spécificité commençaient à avoir plus de valeur. Il s'agit tout d'abord de la langue, de la littérature, de l'histoire, de la philosophie, etc. Les chrétiens arabes ont joué un grand rôle dans la *Nabda* à travers leurs journaux, leurs écoles, leur littérature et leur culture en général.

furent créées⁶ au Proche-Orient, avec, parfois, des tracés frontaliers arbitraires sans rapport avec l'histoire⁷.

Dans les années 1940-1950, ces États furent dotés de nouvelles constitutions. La Syrie, l'Irak et l'Égypte s'y essayèrent : à travers le Baasisme, en Irak et en Syrie, et le Nassérisme en Égypte. L'idée était simple : tout individu se trouvant dans l'espace national est citoyen de l'État, en principe, laïc. Toute autre appartenance identitaire doit s'effacer devant la société supposée arabe, donc homogène, le système juridique nouvellement établi reflétait cette idée. Ce nationalisme, s'est emparé du discours politique et a obligé toutes les autres allégeances ou identités à se taire, que ce soit en Syrie, en Irak ou en Égypte...

Pourtant, l'idée de base, était d'élaborer un nouveau cadre constitutionnel où tous les Arabes, indépendamment de leur appartenance religieuse, ethnique, tribale, linguistique, culturelle... peuvent se reconnaître et s'identifier en tant que membres d'une seule nation.

Mais qu'en fut-il dans la réalité ? Dans les faits, on chercha à éradiquer toute appartenance communautaire, ethnique, tribale, ou linguistique. Le miracle espéré de l'intégration forcée, ne se produisit pas.

Ainsi, l'identité laïque « à l'arabe », fruit de la *Nabda* et de l'arabité, ne put constituer par la seule force d'une constitution laïque, une identité arabe viable au-dessus de tous les clivages. Au contraire, elle a emmené les communautés majoritaires à l'extrémisme tout en marginalisant les minorités. Les drames que traversent actuellement l'Irak et la Syrie sont pour partie le fruit de l'application forcée et erronée de la laïcité. Résultat, le projet de la constitution d'une citoyenneté arabe a échoué.

6. Le traité de Versailles stipula que l'indépendance des pays arabes anciennement sous domination ottomane serait reconnue conditionnellement. Ces pays devraient recevoir l'assistance et les conseils d'un État chargé d'exercer sur eux un « mandat ». Le Liban et la Syrie ont été placés sous mandat français et la Palestine et l'Irak sous mandat britannique par la Société des nations en 1922. Les britanniques ont promis aux juifs la création d'un foyer juif en Palestine, ce qui est connu sous l'appellation « la promesse de Balfour » le 2/11/1917.

7. Les frontières du Liban ont été élaborées à partir du territoire de la Principauté libanaise et de la *Moutassarifiya*.

Le Liban, lui, a choisi d'être plus pragmatique. Riche de l'expérience d'un gouvernement basé sur le partage communautaire du pouvoir, qui s'était incarné dans les régimes des deux préfectures, *Caimacamiats*^{8/9} et de la Province autonome, la *Moutassarifia*¹⁰, lesquels avaient émergé suite à de grandes troubles communautaires entre 1840 et 1860, le Liban réalisait la nécessité de concilier la généralité de la norme juridique avec les spécificités des communautés du territoire, afin d'éviter tout clivage entre les attentes des majorités et les craintes des minorités, et de construire, avec la patience du tapissier, une identité nationale libanaise.

En 1926, la première Constitution garantissait le statut de chacune des communautés, ainsi que le maintien de l'indépendance des lieux de cultes et des institutions scolaires et éducatives communautaires. Elle leur garantissait également une représentation équitable dans les emplois publics et dans la composition du gouvernement¹¹, et cela dans une intention de justice et de concorde. En outre, les communautés gardèrent le droit de légiférer et une compétence judiciaire en matière de statut personnel. Le système juridique libanais qui commença à prendre sa forme actuelle, s'était teinté par les couleurs de la France, pays mandataire de 1920. La rédaction du Code des obligations et des contrats en est le produit le plus illustre. Cependant, les efforts de la France à introduire une communauté de droit commun, restèrent vains. En fait l'arrêté numéro 60 dans son article 14 a envisagé l'institution d'une communauté de droit commun échappant aux statuts personnels religieux. Il ne fut jamais mis en application par l'État libanais. Au contraire il a été inscrit dans l'article 9

8. Dans le régime de la *Caimacamiatain* les féodaux maronites et druzes deviennent les représentants et gouvernants des communautés auxquelles ils appartiennent. Ce régime n'a pu durer en raison des problèmes insurmontables que posait l'administration des villages mixtes.

9. Issam KHALIFE, *Ordonnances et décrets de l'émir Bachir Ahmad Abillama dans le caïmacamat des chrétiens 1855-1856*, Beyrouth, 2014.

10. Un Conseil administratif, créé pour siéger aux côtés du gouverneur ottoman chrétien non libanais. Ce conseil est composé de représentants des six communautés de la montagne libanaise (druze, maronite, grecque orthodoxe, grecque catholique, sunnite et chiite).

11. L'article 95 a été modifié après les accords de Taëf pour restreindre la répartition communautaire équitable, ou discrimination positive, aux seules fonctions de grande importance.

de la Constitution que l'État rendait hommage au Très-Haut, donc l'État indique clairement la croyance des libanais en Dieu, c'est une partie de l'identité nationale des libanais inscrite dans la loi fondamentale de l'État.

Ce dynamisme entre l'identité nationale et le système juridique libanais est resté actif tout au long de l'histoire moderne du pays. En 1943¹², un Pacte national exprima le consensus par lequel les Libanais, dans le souci d'un meilleur encadrement de la problématique de la diversité des croyances, acceptaient de sacrifier une partie de leurs héritages pour édifier les orientations de base de l'État libanais. Fait unique dans l'histoire : des chrétiens et des musulmans contribuèrent ensemble, à la création d'un État. Ce fut donc un petit pas vers une identité nationale commune, la volonté de vivre ensemble. En 1990, et après la crise identitaire de 1958, la débâcle arabe de 1967, et la guerre de 1975, l'équilibre des pouvoirs fut modifié. Une Cour constitutionnelle fut créée. On précisa qu'aucune légitimité ne serait reconnue à un quelconque pouvoir qui contredirait le pacte de vie commune. C'était encore un pas vers une identité nationale commune : l'acceptation de toutes les communautés comme partenaires à part entière dans la Patrie, indépendamment de leur poids démographique. La démocratie consensuelle voyait ainsi le jour¹³.

Les Libanais se définissent comme des communautés associées dans le cadre d'un système juridique commun. Ce système n'a cessé d'évoluer dès sa création pour refléter toujours le plus fidèlement possible l'identité libanaise dans toute sa diversité comme un vitrail d'église reflétant le bal des couleurs du soleil. Tous les citoyens, malgré leur diversité d'appartenance, sont égaux devant la loi et jouissent des mêmes droits et obligations civils sans discrimination. La Cour constitutionnelle et la Cour de cassation sont sur le qui-vive pour polir ce vitrail en garantissant les droits des communautés et en encadrant toute évolution du droit ainsi que de la société.

12. En 1938, une charte de 10 points constituera la base du pacte national non écrit de 1943. Cette charte a été le fruit d'un débat sur les piliers de l'État libanais, entrepris par des penseurs de toutes les communautés libanaises. Issam KHALIFE, *Recherche dans l'histoire du Liban moderne et contemporain*, Beyrouth, 2013.

13. Antoine MESSARRA, *La gouvernance d'un système consensuel. Le Liban après les amendements constitutionnels de 1990*, Librairie Orientale, 2003.

La Cour de cassation joue son rôle de gardienne de l'égalité de tous les justiciables devant la loi. Elle garantit aussi le respect des principes fondamentaux de la procédure civile libanaise par les tribunaux communautaires et veille aux frontières de compétence entre les juridictions de droit commun et les juridictions confessionnelles. L'Assemblée plénière de la Cour a dans ce sens rendu deux arrêts de principe respectivement le 23/4/2007 et le 7/7/2009 dans lesquels elle a redéfini les limites de compétences des tribunaux communautaires qui lui sont reconnues par les lois confessionnelles en matière de garde des enfants et le pouvoir d'intervention du juge des enfants qui lui a été conféré par les conventions internationales et la loi n° 422/2002 pour garantir une meilleure protection aux enfants exposés au danger.

Vu de l'extérieur, le système juridique libanais peut paraître anarchique, complexe et peu apte au développement de la société. Mais en comparant ce système à ceux que les États arabes susmentionnés mirent en œuvre, ses avantages ressortent plus nettement. Ce système hybride permet la participation libre de chaque communauté à l'unité du pays ainsi que la reconnaissance des droits individuels des citoyens, tout en développant chez lui, le besoin de solidarité et de lien social. C'est le but ultime de tout système juridique.

Au XXI^e siècle, le temps n'est plus à la compilation ou à la propagation des règles du droit dans un système juridique bien défini, mais plutôt à leur assurer une bonne application. L'heure est à l'instauration des garanties et des mécanismes de protection standardisés dans tous les États. Les systèmes juridiques sont animés de mouvements de convergence et d'emprunts réciproques. Ils sont en quête d'universalisme, d'égalité, d'exactitude, d'équité et de vérité, dans la diversité. L'heure est d'assurer que le système juridique soit reconnaissable par chaque citoyen et qu'il reflète sa propre identité.

Ne faut-il pas mettre à l'avant, le système du pluralisme libanais¹⁴, à l'heure de la mondialisation des vitraux communautaires, ethniques et religieux dans presque tous les pays, et le proposer comme solution pour contribuer à résoudre pacifiquement les problèmes identitaires dans les

14. Antoine MESSARRA, *La culture citoyenne dans une société multiconmunautaire*, Librairie Orientale, 2013.

sociétés¹⁵ ? Je laisse aux consciences libres et aux esprits ouverts, le soin de trouver le meilleur plan pour projeter l'humanité vers l'avant en utilisant la plume et non les armes pour faire évoluer les systèmes juridiques et les emmener à mieux refléter les aspirations des peuples. Je termine sur cet extrait du film Star Wars dont les jeunes du monde entier raffolent :

« Luke Skywalker : Celui que je recherche est un grand guerrier Maître Yoda : Un grand guerrier ? hmmm, personne par la guerre ne devient grand ».

Soyons grands, utilisons la gymnastique du droit comme unique moyen pour modeler le système juridique afin d'apaiser les tensions identitaires et épargner aux humains des souffrances inutiles.

Je vous remercie pour votre attention.

15. L'émissaire spécial du Secrétaire général de l'ONU a proposé le système libanais comme modèle pour l'Irak en 2002.

Le droit continental - droit écrit

Maroun BOUSTANY

*Docteur en Droit, Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université La Sagesse (ULS)*

« *Le droit continental - droit écrit* » est un sujet très large. La notion de droit continental englobe une diversité déroutante dans un monde en perpétuelle mouvance et où les frontières sont en train de s'estomper à tous les niveaux : mondialisation, globalisation, frontières et espaces ouverts.

Le système juridique connu sous l'appellation « *Droit continental* » puise ses origines dans le droit romain, et constitue un système complet de règles, habituellement codifiées et qui sont interprétées et appliquées par les juges civils. Le droit continental provient du mouvement de synthèse du « *jus commune* » et des droits coutumiers locaux qui ont connu deux étapes importantes :

1. La rédaction à la fin du XVII^e siècle « *des lois civiles dans leur ordre naturel* » par Jean Domat.
2. À partir du XIX^e siècle, la codification du Code Napoléon (C. civ. de 1804).

Il convient de préciser dès le début, que le droit continental cache une variété de tendances. Dans un même espace géographique, plusieurs

grandes familles de droit coexistent et se partagent parfois la scène. Mais, à force de pénétrer la question, les difficultés commencent à se dissiper et un aspect unitaire du droit continental commence à apparaître. C'est la démarche que nous proposons de suivre : montrer les particularités du droit continental - droit écrit (objet du premier paragraphe). Pour ensuite procéder, par une vision analytique, à un essai de rapprochement avec les autres systèmes juridiques (objet du deuxième paragraphe).

Paragraphe 1. Les particularités du droit continental - droit écrit

De Page écrit dans le « *Traité élémentaire de droit civil belge* », ce qui suit :

« Plus nous avançons en droit, plus nous constatons que l'histoire, bien mieux que la logique ou les théories, est seule capable d'expliquer que nos institutions sont telles qu'elles existent, et comment il se fait qu'elles sont telles qu'elles existent ».

L'histoire du droit nous aide à comprendre comment le droit continental s'est formé et développé au cours des derniers siècles. Il est donc nécessaire de situer notre recherche dans un cadre vaste, comprenant toute l'Europe occidentale et les pays voisins, en raison des influences exercées par le droit et les coutumes de ces pays.

Le droit romain est la matrice de ce que l'on a appelé plus tard « *le droit continental* ». La science du droit, qui a été élaborée à partir du XII^e siècle, a été quasi-exclusivement basée sur l'étude du droit romain, particulièrement, sur l'étude de la codification de l'époque de Justinien qu'on a appelé « *Le corpus iuris civilis* ».

Par une analyse rationnelle des textes reproduits dans ce recueil, les professeurs de droit des différentes écoles, et notamment ceux de l'école de Beryte, ont élaboré une science de droit. Plus tard, d'autres juristes ont continué l'œuvre et ils étaient influencés par les idées de l'époque, par la philosophie chrétienne et par les évolutions sociales et économiques de leur temps. Ainsi, le système juridique a été érigé en droit savant qui présentait des avantages multiples par rapport aux nombreux droits locaux :

1. Il est un droit écrit, alors que les droits des différentes régions d'Europe étaient en majeure partie coutumiers, avec toutes les

conséquences qui découlent de l'insécurité et l'incertitude des coutumes.

2. Il est un droit commun à tous ; et il était ainsi enseigné dans les facultés de droit comme étant le « *jus commune* ».
3. Il est beaucoup plus complet que les droits locaux des sociétés féodales et répond plus aux besoins du développement de la société.
4. Il est plus évolué car il reflète la vie d'une société où la plupart des traces des sociétés archaïques avaient disparu.

Il faut dire que le degré de romanisation du droit varie d'un pays à l'autre. En réalité, il n'y a pas eu remplacement complet du droit local par le droit savant. Les traces des coutumes locales y demeurent apparentes.

La colonisation de vastes territoires par les pays européens dès le XVI^e siècle a favorisé la diffusion du droit continental dans les colonies hors d'Europe. Il suffit d'évoquer le rôle qu'a joué le Doyen Josserand dans l'élaboration du « *Code des obligations et des contrats* » au Liban, fortement inspiré par le Code civil Napoléon de 1804 qui a puisé, à son tour, ses racines dans le droit romain.

Deux caractéristiques majeures distinguent le droit continental :

1. Le rôle reconnu à la règle de droit : Règle abstraite et générale, telle qu'elle est dégagée par la science juridique. Elle permet, par un mode de raisonnement juridique, de résoudre les cas particuliers et les litiges à partir des règles générales fixées par le législateur, et à moindre degré, par les autres sources de droit.
2. La prépondérance de la loi : Le droit continental étant un droit écrit, c'est la loi qui s'impose. Le pouvoir de créer des lois passe progressivement des seigneurs aux souverains puis au législateur qui légifère au nom du peuple. La loi est devenue l'expression de la volonté nationale. Et, pour une meilleure connaissance de la loi, on a procédé, partout, à la codification. Ainsi, « *nul ne sera censé ignorer la loi* ».

Nous arrivons à la question cruciale : Le droit continental, en son état actuel, dans les pays francophones (France, Liban, Belgique...) assure-t-il une sécurité juridique suffisante pour les sujets de droit et les investisseurs ?

D'ailleurs, il est impossible de nier le fait que les systèmes juridiques sont actuellement en compétition sur cette question sensible. Ils se confrontent, et une vraie rivalité existe entre eux. (C'est d'ailleurs, une des raisons de ce séminaire).

L'importance que peut revêtir la sécurité juridique dans les relations économiques et sociales est réellement primordiale. Les investisseurs ont besoin d'être rassurés et sécurisés. Le manque de crédibilité dans l'aptitude d'un système juridique à assurer une totale sécurité juridique peut être très néfaste. Il fait fuir les investisseurs et, par conséquent, étouffe la croissance.

Il est vrai que certains systèmes juridiques s'adaptent parfois plus vite que d'autres à l'évolution de la société et à ses nouveaux besoins. Ils prennent assez rapidement les données de fait et les font passer en droit. C'est ainsi que dans des pays, bien avant la France, on a forgé un droit des groupes de sociétés qui est distinct du droit des sociétés commerciales, chose qui n'a pas encore été accomplie au Liban, bien que de nouvelles formes de sociétés ont déjà vu le jour (les holdings et les offshores).

Les opinions divergent entre juristes à propos de cette fameuse sécurité juridique. Tout d'abord, les positions extrémistes sont souvent inadaptées aux réalités factuelles. Les exagérations, dans les deux sens, à propos de la sécurité juridique d'un système, le font dévier du but recherché. Certains pensent que parfois l'incertitude légale invite à la prudence, à mieux analyser les situations, à chercher à mieux s'auto protéger, et à ce titre, cette insécurité a un aspect positif, alors que trop de sécurité juridique incite à prendre des risques inconsidérés, à relâcher son attention et pousse donc à l'imprévision.

Dans ce contexte de concurrence inéluctable entre les différents systèmes juridiques, le droit continental possède des atouts très intéressants. Il constitue à la fois, un levier et un frein aux échanges contractuels. Ses règles juridiques peuvent servir de levier à leur développement, tout en disposant de frein pour les situations dangereuses et risquées. L'on peut citer parmi ses atouts :

- La recherche d'un réel équilibre entre les parties contractantes.
- Un contentieux moins coûteux.
- Une procédure inquisitoire qui réduit les erreurs des jugements et qui allège les charges des victimes.

- Le respect de la hiérarchie des normes.
- La promotion de la notion de bonne foi.
- Un système animé par un idéal de valeurs : valeurs de solidarité, de justice sociale, de promotion du pluralisme et de la diversité.

Le droit continental prône donc une culture juridique, une culture juridique diffusée surtout par la francophonie. Notre rencontre aujourd'hui en est un bon exemple.

Malgré tout ce qui vient d'être avancé, il est difficile d'échapper à la constatation suivante : il n'existe pas de systèmes juridiques à traditions immuables et exogènes. Les frontières entre les différents systèmes juridiques ne sont pas étanches. Les comparatistes ne peuvent que le constater tous les jours.

Paragraphe 2. Les ouvertures réciproques entre le droit continental et les autres systèmes juridiques

Si nous nous tournons vers le système juridique au Liban, fortement influencé par le droit français, à tradition romano-germanique, nous constatons qu'il n'est pas calqué sur un système uniforme. Dans « *l'espace Libanais* » se partagent plusieurs grandes familles de droit : le droit romano-germanique, la chariaa-droit musulman, le droit ecclésiastique, même l'influence du droit anglo-saxon se fait parfois ressentir. On peut donc parler de « *pluralisme juridique* ». Le développement des technologies de la communication, les tendances hégémoniques de la mondialisation, l'essor des contrats internationaux font que les opinions doctrinales et les systèmes juridiques se nourrissent les uns des autres. Ainsi, il devient difficile de donner au droit continental une définition très précise, car il ne constitue pas une catégorie homogène. Les frontières entre les différentes familles de droit deviennent incertaines, ce qui brouille toute classification catégorique.

Depuis longtemps déjà, d'éminents juristes étaient perplexes devant l'évolution rapide des données juridiques. Très attachés à la construction rigoureuse et cartésienne des théories juridiques strictes, comme celle de la hiérarchie des normes, de l'ordonnancement de Kelsen, de la construction pyramidale des règles de droit : construction qui commence

à faire apparaître quelques vicissitudes, amenant ces éminents juristes à remettre en question certaines de leurs convictions.

Ainsi, le Doyen Savatier a fini par rédiger les trois tomes de son fameux ouvrage « *Les métamorphoses du droit* », suivi par le Doyen Carbonnier dans son ouvrage célèbre, intitulé « *Flexible droit* ». Même le Code civil Napoléon de 1804, le plus célèbre, et qui a servi de modèle à une cinquantaine de Codes civils dans divers pays, a fini par être ébranlé. Un nouveau projet de Code civil a été élaboré récemment en France sous l'égide d'un grand juriste, Pierre Catala, ami du Liban, qui nous a malheureusement quittés il y a deux ans. En plus, il y a à peine une semaine, M. Badinter a été chargé de préparer un projet d'un nouveau Code de Travail. Un besoin fort de revoir les modalités du monde de travail se fait ressentir dans les relations entre les partenaires sociaux, dans le rôle des syndicats, dans la conception du contrat de travail, notamment celui à durée déterminée. Il y va de la survie des entreprises françaises et de leur compétitivité au niveau international.

Un lien étroit existe donc entre le système de droit qui assure une sécurité juridique et le climat économique et social. Un bon système basé sur des traditions juridiques pouvant offrir des solutions optimales, socialement et économiquement, répond parfaitement aux vrais besoins de tout pays. Juristes et économistes se sont attelés à la tâche. Les juristes n'ont pas tardé à mettre en évidence l'impact du droit sur l'économie. À ce titre, on ne peut qu'évoquer l'ouvrage de G. Farjat, intitulé : « *Droit économique* ». Ce grand juriste était le précurseur de cette nouvelle branche de droit. L'on ne peut que constater l'influence d'autres systèmes, qui sont nettement perceptibles, dans cette nouvelle démarche. D'un autre côté, les économistes ont cherché à expliquer pourquoi certains pays sont riches alors que d'autres sont pauvres. Ils ont abouti à la conclusion que dans les pays où la sécurité juridique fait défaut, les gens préfèrent épargner et ont peur d'investir, leurs investissements n'étant pas assez sécurisés. Or l'épargne est non-productive, ce qui ralentit sensiblement la croissance. Mais, tout compte fait, à bien examiner la situation, on finit par déduire que le droit continental offre un cadre juridique stable et prévisible. Si l'on prend, par exemple, le droit français, la nouvelle branche qu'est le droit économique, déjà enseigné dans les facultés, à titre d'une matière juridique autonome, fait naître de nouvelles règles et de nouveaux outils juridiques ouvrant la voie à des solutions concrètes et réalistes.

Le droit continental, actuellement dans les pays industrialisés, prend une dimension profondément économique. Ainsi, certaines questions juridiques importantes sont traitées avec une attention particulière, à titre d'exemples :

- Les questions relatives à la propriété mobilière et immobilière.
- Le droit boursier.
- Les titrisations.
- Les impôts.
- Le choix d'établissement du siège social.
- Les frais de procédure.
- Les procédés de règlement des conflits.
- La réglementation du travail.
- La bureaucratie.
- La corruption, etc.

Les systèmes juridiques se rivalisent à apporter les meilleures réponses aux investisseurs et la meilleure sécurité dans tous ces domaines, et afin d'accomplir au mieux cette tâche, les différents systèmes juridiques se nourrissent les uns des autres.

Si l'on prend le cas de la responsabilité en droit français, qui est le droit continental de référence, on constate très vite l'influence que les autres systèmes ont aidé à opérer, en trois étapes, dans l'évolution de la conception de cette notion importante :

- A. De la responsabilité pour faute appuyée sur ses deux éléments constitutifs : la négligence et l'imputabilité.
- B. À la responsabilité pour faute présumée, où la présomption libère la victime de la charge de preuve.
- C. À la responsabilité sans faute, dans les cas des risques industriels.

Au niveau de la conception des risques, une évolution lente a été également enregistrée :

- A. Les risques avérés, connus et vérifiés (virus de la vache folle... Le sang contaminé...).
- B. Les risques suspectables, que l'on soupçonne, mais sur lesquels plane encore une incertitude (les méfaits sur la santé des ondes émises par les téléphones portables et les ondes émises par les antennes de relai installées sur les toits des immeubles...)
- C. Les risques de développement qui ne génèrent aucune responsabilité, tant que la science n'a pas été capable de les détecter. Il convient d'encourager les découvertes et les innovations. C'est nécessaire pour l'économie. Il ne faut pas trop inquiéter ceux qui cherchent à découvrir et à innover.

Cette approche évolutive en matière de responsabilité, en droit français, est la conséquence d'une influence indéniable d'autres systèmes juridiques. On ne peut que se remémorer le débat houleux, à ce propos, entre le clan Savatier et le clan Mazeaud. Les uns, René, Jean et Xavier Savatier ne pouvaient pas concevoir la responsabilité sans faute prouvée ou du moins présumée. Les autres, Henri, Léon, Jean Mazeaud, prônaient la nécessité d'une responsabilité sans faute, car l'indemnisation des victimes doit prévaloir à toute autre considération.

En guise de conclusion, l'on peut affirmer que le phénomène de la mondialisation, de la globalisation des marchés, de l'essor du commerce international, provoquent nécessairement un débat sur les degrés d'adaptabilité des systèmes juridiques à ces nouvelles réalités. Il est indéniable que les relations économiques nécessitent un cadre juridique stable et prévisible. Le Droit et l'économie ne peuvent que se concilier et se joindre. Les enseignements dans les facultés de droit cherchent à s'adapter à cette situation. On considérait, jusqu'à une date relativement récente, que la croissance économique était tributaire de critères matériels et géographiques (matières premières, capital, degré d'excellence de la main d'œuvre, etc.). Actuellement, il convient d'introduire également le critère d'un système juridique adapté. Le droit continental, en perpétuelle évolution, remplit bien son rôle dans ce domaine. Le droit continental n'est nullement pas à la traîne comme certaines voix discordantes et analyses expéditives se plaisent, de temps en temps, à l'affirmer.

La Common Law - droit jurisprudentiel

Talal HACHEM

Doyen de la Faculté de Droit de l'USEK

Ce qui m'a été suggéré comme sujet est « *la Common Law, droit jurisprudentiel* ». Commençons tout d'abord par la définition des termes. De quoi s'agit-il ? Que signifie « *la jurisprudence de la Common Law* » ?

Il s'agit d'un système de droit qui considère que les principes juridiques sont établis par la jurisprudence plutôt que par une loi. C'est le "*Judge made Law*" qui est fondé sur le principe juridique "*Stare Decisis*" qui signifie « *Se tenir par ce qui a été décidé* ».

Docteur David Edward compare la scène juridique de l'Europe à un parc zoologique où on peut trouver toutes sortes d'animaux juridiques et judiciaires. La jurisprudence de la Common Law est comme un chameau pour les juristes du continent qui ne connaissent que le cheval.

Née en Angleterre, la Common Law fut adoptée par les anciennes colonies ou anciens protectorats britanniques, y compris les États-Unis. Cependant, le monde de la Common Law n'est pas unifié. Des systèmes mixtes, dont les fondements sont d'inspiration aussi bien civiliste qu'anglo-saxonne, se sont développés comme le système juridique adopté par la province du Québec au sein du Canada ; celui de l'État de la

Louisiane aux États-Unis ; ainsi que les systèmes de l'Écosse, de l'Afrique du Sud et du Sri Lanka.

Cette intervention débutera par une première partie intitulée le système anglais, au sein de laquelle nous exposerons son expansion européenne, sa migration américaine pour atteindre les colonies, pour finir par reproduire le contenu même de ce système.

Dans la deuxième partie, nous évoquerons l'aspect socio-politique, juridique et pratique de la Common Law.

Paragraphe 1. Le système anglais

Débutons par la première partie de notre intervention relative à l'étude du système anglais. Pour comprendre le système de la Common Law, il est primordial de se pencher sur son histoire.

Depuis la période féodale, le droit de l'Angleterre affiche une croissance ininterrompue définie par un double facteur. Le premier concerne le droit d'agir en justice où la procédure joue un rôle primordial au point que l'existence même d'un droit est déterminée par la possibilité d'agir en justice. Le deuxième facteur systématise le droit par le moyen des juges, ce qui a valorisé le rôle de la jurisprudence malgré l'existence des lois votées par le Parlement. C'est le juge qui interprète les lois créées par le législateur et cette interprétation est obligatoire.

Trois éléments ont accentué l'importance de la jurisprudence au fil des années. Le premier est ce besoin de certitude qui n'est pas assuré par le droit anglais dépourvu d'un code qui pourrait garantir une sécurité juridique. Cette dernière est procurée par le "*Judge made Law*".

Le second élément est la centralisation du pouvoir judiciaire qui devient à partir du XIX^e siècle un véritable système d'appel. Le troisième et dernier élément est l'émergence à partir de l'année 1865, ainsi que le développement de recueils de jurisprudence, fiables. On ajoute à ceci l'apparition de la « *théorie des précédents* ».

Retournant à la métaphore du parc zoologique de Dr. David Edward, nous constatons deux caractéristiques séparant les animaux de la Common Law des animaux du droit civil.

Il existe deux facteurs de séparation entre le monde de la Common Law et celui du droit civil. Ceci se confirme par l'histoire de la charte juridique de l'Europe.

Le premier élément historique dans le droit continental est la réception du droit romain. C'est face à une série de droits coutumiers des tribus barbares que l'idée d'un système de Droit est née, qui fut concrétisée par la réception du droit romain. Ainsi, ce droit a connu une rupture avec son histoire.

Le second élément est la révolution française ainsi que les réformes établies par Napoléon. En effet, ces événements ont marqué l'évolution historique du droit civil de trois façons :

1. La révolution française est l'incarnation de l'idée selon laquelle la source du droit est la volonté du peuple ou celle de la nation.
2. La réforme de Napoléon a codifié le Droit. Le Code Napoléonien est venu remplacer toutes les sources antérieures du droit.
3. Le rôle du juge se limite à l'application de la règle de droit au cas d'espèce dont il est saisi. Le droit s'impose donc au juge. Le juge ne le crée point.

L'expansion en Europe

La Common Law s'est diffusée dans le monde soit par la conquête, soit par la migration des sujets britanniques.

L'Irlande a été le premier champ d'expansion de la Common Law. Elle avait son propre justicier représentant le roi d'Angleterre. Ensuite, son application fut étendue au XVI^e siècle, aux Pays de Galles, puis à partir de 1707 à l'Écosse, date de l'adoption de la loi de l'Union créant le Royaume-Uni de Grande Bretagne.

L'expansion américaine

Quant à l'expansion américaine, le Conseil du Roi pour la Virginie obtient le droit de légiférer et d'administrer la justice en 1606, tout en demeurant « *en substance, aussi proche que possible du droit commun de l'Angleterre et de son équité* ». Le but de cette formule était de limiter la liberté quasi totale de légiférer. En effet, les gouverneurs qui représentaient

directement la Couronne, recevaient le pouvoir d'administrer la justice dans leurs territoires et par le fait même d'y créer des cours.

L'expansion en Afrique et en Asie

L'implantation de la Common Law sur le continent asiatique s'est faite différemment. Les juges, nommés par les Gouverneurs, jugeaient selon les principes du droit commun, en d'autres termes selon la législation adoptée par les autorités locales. Dès lors, la question qui se pose ici est de savoir si le système de règlement des litiges par des juges anglais ne reflétait pas le droit de leur mère-patrie, la Common Law.

La même scène se dessine au sein de l'empire ottoman autour de la Méditerranée, où un traité entre l'Angleterre et la Turquie proclamait que les différends entre personnes seraient réglés uniquement en présence d'un représentant anglais au procès, ce qui conférait une très grande chance à la Common Law pour s'imposer.

Quant à la pénétration de la Common Law dans les colonies africaines, elle ne serait pas immédiate. Faute de ressources humaines et financières, le colonisateur était dans l'impossibilité d'administrer lui-même la justice. L'introduction de la Common Law ne s'est faite qu'exceptionnellement au sein des milieux urbains proches du colonisateur britannique, alors que dans les milieux ruraux, les droits coutumiers, locaux, prévalaient.

Une fois les indépendances survenues et avec elles, l'accès au pouvoir des populations urbaines, la Common Law fut consacrée comme droit commun, et furent alors adoptées la Common Law ghanéenne, kenyane, nigériane etc...

Il convient de noter que l'expansion de la Common Law, bien qu'elle connût un grand succès Outre-Atlantique, n'a pas pu intégrer les pays à tradition romano-germanique.

Néanmoins, l'Angleterre a transmis à l'Europe continentale son régime politique d'inspiration parlementaire, régime fortement ancré dans la tradition de la Common Law.

Les États-Unis, par contre, pays à forte tradition anglo-saxonne, ont opté pour un régime politique aux antipodes de celui de Westminster.

Passons à la deuxième partie de notre intervention qui est relative aux divers aspects sociaux, politiques, et juridiques de la Common Law.

Paragraphe 2. Les aspects socio-politiques, juridiques et pratiques de la Common law

Les aspects socio-politiques

En ce qui concerne ses aspects socio-politiques, deux problématiques se posent. La première consiste à savoir qui crée le droit ? Est-ce le peuple à travers les coutumes et les mœurs ? Les pouvoirs publics ? Ou bien le juge, possibilité cependant inenvisageable dans les systèmes à tradition civiliste ? Aujourd'hui, il ne fait point de doute qu'au sein de la Common Law, la jurisprudence représente la source fondamentale du droit.

De là découle la deuxième problématique. Sur quel(s) fondement(s) ce système justifierait-il la création du Droit par le juge ?

La première thèse voit le juge comme délégué du Roi. Ce dernier parle donc par la bouche du juge.

La deuxième théorie trouve que le juge repère les coutumes et les mœurs du peuple et les révèle de par sa propre voix. Il devient dès lors l'interprète de la volonté du peuple, ou le porte-parole du peuple.

Cette doctrine privilégie le rôle du juge au sein de la Common Law et lui offre un statut social beaucoup plus important que celui dont il bénéficie au sein du droit romano-germanique. En effet, le respect de la tradition dans le système de la Common Law a accordé à ce dernier, un statut quasi-divin.

Par ailleurs, la Common Law est devenue un des facteurs qui a favorisé la consolidation de l'Empire britannique, et conserve encore aujourd'hui cet atout au sein des pays du Commonwealth.

Historiquement, certains auteurs avaient souligné en effet que l'amitié qui s'était nouée entre les juristes anglais et américains a été décisive lors de l'intervention des États-Unis dans la première guerre mondiale.

L'aspect juridique

L'idée selon laquelle la jurisprudence dans la Common Law constitue une source de droit que le juge est tenu d'appliquer, marque principalement la distinction qui existe entre le rôle attribué à la jurisprudence dans un système anglo-saxon et celui qui lui est réservé dans un système de droit civil.

Cependant, cette affirmation mérite d'être nuancée. Bien que le juge dans le système anglo-saxon, soit tenu d'appliquer la jurisprudence, il le fait sous certaines réserves. Il s'agit ici du principe du précédent.

Deux juristes du XVIII^e siècle ont raffiné cette idée. D'après Lord Mansfield : *"The reason and spirit of cases make law, not the letter of particular precedent"* ; en d'autres termes, le raisonnement et l'esprit des arrêts créent le droit, non pas la lettre des arrêts. Blackstone a affirmé : *"Precedents are the best evidence of the law"*. Nous traduisons : Les précédents sont la meilleure preuve du droit.

Concernant la technique du *"precedent"* dans le système du Common Law, elle comporte d'une part le processus par lequel on établit le contexte factuel du *"precedent"* par rapport à celui du cas d'espèce et la recherche de la *"ratio decidendi"* d'autre part (les motifs qui ont déterminé la décision du juge).

Pour déterminer si le précédent en question s'applique aux faits du cas d'espèce, on vérifie le compte rendu des faits publiés dans le recueil. Si le contexte factuel du précédent est différent de celui du cas d'espèce, l'applicabilité du *"precedent"* est mise en doute. S'il est comparable au cas d'espèce, on procède à la découverte du *"ratio decidendi"* du *"precedent"* dans le but de l'appliquer au cas d'espèce.

Il reste à savoir maintenant la signification de la *"ratio decidendi"*. Tout d'abord, il faut tenir compte de la forme des arrêts dans la Common Law et distinguer entre le *"order of the Court"* et le *"judgment"*. Le greffier rédige ce que le droit civil appellerait le dispositif qui se trouve dans les archives de la Cour, alors que le juge prononce oralement la motivation.

En dégagant la *"ratio decidendi"*, on identifie la règle de droit adoptée, et, en dégagant le contexte factuel du précédent, on détermine les paramètres de mise en œuvre de la règle.

Par ailleurs, plusieurs principes entrent en jeu pour déterminer s'il y a lieu de suivre le précédent.

Le premier affirme que tout arrêt pertinent constitue un argument digne d'être pris en compte de manière respectueuse par un autre tribunal.

Le principe que chaque juridiction est liée par les arrêts des juridictions supérieures constitue le deuxième principe.

Le troisième atteste que l'arrêt n'a une autorité que pour son "*ratio decidendi*", le seul qui a une importance. En ce sens, il convient de distinguer dans le "*judgment*" entre ce qui est pertinent pour la décision du cas d'espèce, et ce qui constitue un "*obiter dictum*", en d'autres termes, l'opinion incidente et secondaire exprimée par le juge.

De plus, un précédent n'est pas abrogé avec le temps. C'est le quatrième principe. Théoriquement, un juriste peut parfaitement citer devant les tribunaux anglais un arrêt daté de l'époque de Magna Carta, même si, en pratique, les précédents trop anciens s'avèrent être difficilement applicables aux temps modernes.

La cinquième règle spécifie qu'un précédent peut provenir de diverses sources à condition qu'elles soient considérées comme fiables par le tribunal, et sous réserve du respect de la hiérarchie des recueils.

Il convient cependant de noter que dans les années soixante, des revirements sont intervenus sur des précédents qui concernaient par exemple la possibilité pour l'individu de récupérer les intérêts sur des taxes indûment perçues. La House of Lords avait déclaré que ces précédents étaient devenus désuets et mal fondés, rompant ainsi avec un des principes majeurs de la Common Law ; décision qui démontre la flexibilité mais aussi l'incertitude du système.

L'aspect pratique

Si on revient au jardin zoologique de Dr. David Edward, nous pouvons nous demander si l'animal de la Common Law possède le même gène que celui du droit civil ou bien s'ils appartiennent à deux espèces différentes. Quelle est donc la situation pratique ?

Il ne fait point de doute que les raisons pour lesquelles la jurisprudence joue un rôle spécifique dans les pays de Common Law sont historiques et pratiques.

Pratiquement, l'absence d'un code a fait que le droit devait être recherché dans les précédents. Ainsi, dans le régime interne, la jurisprudence joue un rôle nécessaire dans l'application du droit. En effet, c'est la jurisprudence qui confère au Droit la certitude recherchée, à l'instar du code en droit civil.

La grande spécificité de la Common Law réside dans le rôle primordial accordé à la jurisprudence. C'est l'étude de cette jurisprudence qui accorde à ce système sa cohérence. Ainsi, l'uniformité du droit dans ce système se trouve dans les "*judgment*" des juges et principalement dans ceux des plus renommés. Par contre, le contenu du droit continental est plutôt recherché dans l'ensemble du système, lois, jurisprudences et doctrines comprises.

Ainsi, se trouvant dans le droit communautaire devant une technique inhabituelle d'interprétation de textes, le juriste de la Common Law doit s'accoutumer aux divers procédés suivis par le droit continental. De même, le juriste civiliste doit, pour sa part, appliquer les techniques de la Common Law, essentielles pour une meilleure utilisation des précédents.

Le juriste communautaire, face à un arrêt de la Cour de justice, doit se poser les questions suivantes : quel est le contexte factuel de l'arrêt examiné ? Ensuite, se demander si cet arrêt s'aligne à un précédent, ou, si les circonstances qui entourent le cas d'espèce lui sont propres et le distinguent du précédent. Par ailleurs, si les deux espèces sont comparables sur le plan des faits, quelle serait la vraie base de la motivation de l'arrêt précédent ?

Finalement, la raison et l'esprit du droit demeurent les plus importants, comme le proclamait Mansfield.

Approche comparative

Distinguer le droit anglo-saxon connu comme le droit de la Common Law et le droit continental connu comme le droit codifié, c'est opposer schématiquement les deux systèmes. En fait, nous pouvons qualifier la Common Law de pragmatique et le droit continental de théorique.

Cependant, ce schéma risque d'être simpliste sachant qu'il existe sur le continent des auteurs qui défendent la conception jurisprudentielle du droit. Commençons par Montesquieu et Hobbes qui étaient contre le rationalisme métaphysique. Ce dernier a affirmé que la loi est la forme évidente du droit parce qu'elle est un acte du souverain, et que, dans la philosophie politique de Hobbes, le souverain, qu'il soit « *un homme ou une assemblée* », est l'unique auteur légitime du Droit positif, et même l'unique interprète autorisé de la loi naturelle. Le philosophe atteste que le droit général et pas seulement la statute-law, est l'œuvre de la seule et unique raison naturelle, dont le souverain est l'interprète légitime, car « *ce n'est pas la sagesse, c'est l'autorité qui fait une loi* ».

Il existe donc des différences à la fois culturelles, politiques et philosophiques entre la vision du droit qui prédomine dans le droit de la Common Law et celle qui prévaut sur le continent. Cependant, il convient de mitiger ces affirmations. En effet, sur le plan philosophique, il paraît que la multiplication des passerelles qui s'observe depuis une vingtaine d'années entre philosophie continentale et conception analytique contribue au développement du dialogue et à la naissance de variantes dogmatiques plus larges que celles qui existaient durant la première moitié du XX^e siècle.

C'est vrai qu'il reste des écarts considérables entre les deux systèmes juridiques, mais comme le disait Orfried Höffe, le droit a besoin des principes catégoriques qui s'énoncent aujourd'hui de manière plurielle et en des langages qui ne respectent plus les frontières traditionnelles.

Sans tomber dans la caricature, la culture de la Common Law confère à chacun une liberté d'action assez étendue, et si, en conséquent, un problème naît, on le règle par la suite. Les seules situations examinées par la justice sont celles qui naissent suite à la survenance d'un dommage subi à cause du comportement fautif d'une autre personne. Ainsi, la justice procède en vérifiant l'étendue des obligations convenues entre les parties, si elles ont été respectées, et si le comportement de l'une des parties était fautif, et enfin s'il y a lieu à une réparation.

Il existe bien sûr des repères écrits et des notions d'ordre public. Il existe également des limites à ne pas dépasser. Cependant, le cadre légal reste peu contraignant, et c'est pour cette raison, que l'on ne fait jamais

appel à la notion de « *clause léonine* » (lorsque les charges en sont supportées par une seule des parties alors que l'autre en tire tous les avantages).

Ainsi, les termes du contrat doivent être assez exhaustifs et prévoir toutes les hypothèses possibles et imaginaires, même celles qui semblent relever de l'évidence. Les contrats couvriraient dès lors des centaines de pages. Sachant par ailleurs, que les procédures sont très coûteuses, peu de plaignants se manifestent. C'est en ce sens, et afin de rétablir un certain équilibre, que le système s'est adapté en instaurant des procédures particulières comme les actions collectives.

L'opposition droit anglo-saxon et droit continental s'exprime surtout dans la conception du droit des contrats et du droit des affaires. La Common Law se caractérise par son coût et son imprévisibilité, surtout là où le monde des affaires est multiple et divers. Mais en même temps, elle protège la liberté du commerce et de l'entreprise.

Le risque encouru est cependant important. Pareille structure économique, par son manque d'encadrement, peut causer la destruction des partenaires ainsi que des concurrents, et mener à une concentration des richesses entre les mains d'une minorité, engendrant ainsi un déséquilibre économique et social d'une grande envergure.

Signalons que la culture de la Common Law repose sur l'idée que la nature et les lois du marché régulent les phénomènes économiques. Mais c'est comme un médecin qui ne soigne pas son patient parce qu'il faut laisser faire la nature ; et c'est seulement en cas de détérioration de son état de santé, qu'il interviendra, mais nécessairement le coût sera beaucoup plus élevé, et sans aucune garantie de résultat.

En revanche, le Code civil français, fortement inspiré par les idéologies chères à la révolution, avait été élaboré dans l'objectif de créer un Code parfait et immuable. Ainsi, théoriquement, le Code civil est de nature « *statique* ». Cette approche est intéressante dans la mesure où elle souligne bien l'importance d'assurer une certaine prévisibilité, une certaine sécurité, lors de la mise en œuvre des règles ; cependant, elle sous-estime la nécessité pour le droit de s'adapter aux nouvelles contraintes, sociales et économiques, qu'engendrent éventuellement le développement et l'enrichissement d'une nation. La mission des juges dans les pays de

droit civil se limite à l'application des règles de droit codifiées ; ils n'ont point la possibilité de créer de nouvelles règles, sous certaines réserves.

Pendant plusieurs années, on a envisagé de fusionner le droit civil et le droit anglo-saxon, ou encore la Common Law. À une certaine époque, la Banque mondiale a défendu l'efficacité de la Common Law sur le plan économique, position qui fut largement contestée. Ce qui est certain c'est que les deux traditions juridiques reposent sur des idéologies fondamentalement opposées, qui fait qu'aucune des deux traditions ne peut éliminer l'autre.

Malgré le rêve de certains internationalistes de créer un droit unique, fruit de la fusion des deux systèmes, le projet n'est point envisageable à l'heure actuelle. Le droit est principalement le reflet d'une culture, d'une tradition. Un système où les relations se développent essentiellement au sein d'un cadre légal prédéterminé, s'oppose radicalement à un système où la liberté de l'individu règne, et ne saurait être asservie à des obligations légales sauf raison majeure (par exemple en cas de dommage causé à autrui).

En guise de conclusion, nous récapitulons l'essentiel du droit anglo-saxon.

Tout d'abord, la théorie qui affirme que le droit anglo-saxon est un droit coutumier est fausse. En fait, le développement de la Common Law a eu pour effet de faire disparaître le droit coutumier en Angleterre ; et c'est le fonctionnement actuel de la règle du précédent qui écarte la coutume pour établir la Common Law comme un droit jurisprudentiel.

Ensuite, la théorie qui atteste que la législation dans le droit anglo-saxon est une source d'importance secondaire, est également fausse. Il est vrai que le législateur anglo-saxon éprouve de la difficulté à formuler des règles de droit de portée générale, et favorise la règle jurisprudentielle ; cependant, il existe des secteurs de la vie sociale où les principes de droit doivent être recherchés dans la législation.

De plus, la théorie qui déclare que la règle du précédent paralyse l'évolution du droit anglo-saxon est fausse. La règle du précédent n'a d'autre but que de donner des cadres au droit anglo-saxon et ne constitue pas un obstacle à son évolution. Comme le droit continental a conservé ses codes tout en adoptant des méthodes plus souples d'interprétation, le droit

anglo-saxon a réceptionné la méthode des revirements de jurisprudence et élaboré des procédés nouveaux comme la technique des « *distinctions* ». Cette dernière est plus ou moins semblable à celle que l'on observe sur le continent européen lorsqu'on envisage l'interprétation de la loi.

Concernant la doctrine, son rôle est sous-estimé en droit anglo-saxon. Il convient de relever que certaines œuvres de doctrine ont reçu la qualification de *books of authority* : à titre d'exemple, les œuvres de Glanvill, de Bracton et de Coke, qui sont considérées comme des ouvrages de référence pour le droit de l'époque. Ces œuvres ont d'ailleurs été dotées d'une autorité comparable à celle de la loi dans le système romano-germanique.

Pour terminer, Holmes a écrit : « *La vie du droit n'a pas été gouvernée par la logique ; elle l'a été par l'expérience* ». Entre l'empirisme des anglais et la logique des français, il existe toujours une voie moyenne, une notion qui réconcilie l'un et l'autre, et qui est au cœur de l'un et l'autre. Cette notion est la raison. En Angleterre comme sur le continent, bien que les moyens employés pour établir les règles de droit aient été différents, on a eu de tout temps une même conception de base du droit : le Droit est avant tout raison, *lex est aliquid rationis*.

La méthodologie de la thèse de doctorat

Amal ABDALLAH

Maître de conférences à la Faculté de Droit de l'Université Libanaise

Il est de coutume de dire que « *la forme exprime le fond* ».

Formule subtile destinée à placer l'étudiant face à ses responsabilités ; formule surtout destinée à contrer toute velléité de fuite face à un exercice souvent perçu comme hautement ésotérique : la maîtrise de la méthodologie de la thèse.

En effet, la méthodologie est le compagnon fidèle de tout étudiant en droit. Si les premières années, elle se manifeste au travers de simples dissertations, quelques pages, elle acquiert une plus grande envergure lorsque ces quelques pages se transforment en centaines, un véritable ouvrage.

L'étudiant expérimente alors le grand désarroi que suscite le travail à produire car, si trouver le sujet est somme toute chose facile, les conseils de quelques professeurs, l'actualité juridique et la curiosité intellectuelle aidant, encore faut-il le construire, et si possible, bien le construire.

En effet, l'étudiant réalise alors qu'on attend de lui un résultat « *clé en main* ». Mais comment et surtout, par où commencer ?

C'est à cet endroit que la méthodologie de la thèse intervient. Elle permet à l'étudiant, non seulement de structurer sa pensée du point de vue du fond, mais lui offre également un cadre formel de travail, rythmé par des phases qu'il devra scrupuleusement suivre s'il ne veut pas que sa thèse se transforme en « *une longue traversée du désert...* »

Plus précisément, il sera responsable de mettre en place un plan préalable, destiné à lui donner un minimum de visibilité dans sa recherche ; d'assurer la matière première de sa construction intellectuelle, au travers d'une recherche documentaire fournie ; d'adapter la structure définitive de l'ouvrage en fonction des informations obtenues ; enfin, de se lancer dans la réalisation de l'ouvrage proprement dit, à savoir la rédaction.

Il s'agit donc d'un véritable cheminement qui nécessite de baliser le chemin par l'acquisition d'un savoir-faire dont l'objectif est de permettre, non seulement de produire un travail scientifique et de qualité, mais aussi de lui donner un caractère personnalisé.

Afin donc de rendre compte de l'importance de la méthodologie tout au long de ce processus, il paraît nécessaire de distinguer trois phases rythmant la réalisation d'une thèse, ce découpage approximatif, dicté par un souci de commodité, n'empêchant en rien des emprunts mutuels et fréquents entre les phases en question. Il s'agit, en l'occurrence, de l'utilité de la méthodologie de la thèse pour le choix du sujet ou *l'entrée dans la thèse* (Paragraphe 1) ; de l'importance de la méthodologie de la recherche pour trouver l'information et la traiter de manière rationalisée ou *la cohabitation avec la thèse* (Paragraphe 2) ; enfin, du résultat valorisé de la méthodologie de la thèse par la finalisation et la structuration de la rédaction ou *la sortie de la thèse* (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. Méthodologie de la thèse et choix du sujet ou *l'entrée dans la thèse*

Le début de la thèse est une période particulièrement déstabilisante pour tout doctorant. Elle peut, elle-même, être divisée en deux séquences : celle précédant l'inscription du sujet et celle postérieure à l'inscription.

A. Avant l'inscription : les tâtonnements pour trouver un sujet

Comment choisir un sujet de recherche sera la question pressante à laquelle l'étudiant devra s'atteler. Plus précisément, comment établir les priorités dans cette recherche ?

Deux situations peuvent se présenter : soit l'étudiant commence par choisir un directeur de thèse et lui demande de lui indiquer un sujet (situation très fréquente au Liban) ; soit l'étudiant fait des recherches et trouve un sujet qu'il soumet à un directeur de thèse choisi en fonction de sa spécialité. Il va de soi que le second cas de figure est le plus intéressant pour le doctorant, même s'il est plus ardu, car il permet d'éviter les contraintes d'un choix imposé. En effet, choisir un sujet de thèse équivaut à choisir un compagnon de plusieurs années. Il est donc important de s'impliquer dans sa recherche ; d'autant plus qu'une telle recherche facilite la rédaction des quelques pages de justification du sujet, nécessaires à la procédure d'inscription. Elles permettent donc d'acquiescer, par soi-même, la conviction personnelle qu'il y a matière à sujet.

Mais comment trouver ce fameux sujet, perle rare sensée nourrir une réflexion de fond ? C'est à cet endroit que la méthodologie de la recherche intervient.

Trois grandes questions devront guider le doctorant. Elles porteront principalement sur les domaines de la recherche (1), les problématiques intéressantes (2), la comparaison de droits (3), enfin la langue adoptée (4).

1. Le domaine de la recherche

Le doctorant doit d'abord déterminer le domaine de sa recherche, sachant que le master qu'il aura choisi pour parvenir à l'étape de la thèse devrait, déjà, lui fournir des repères intéressants, que ce soit du point de vue de l'intitulé du diplôme (droit public, droit privé, droit pénal, histoire du droit...) d'abord, ou du point de vue des matières dispensées qu'il comporte, ensuite. À titre d'exemple, dans un master de recherche intitulé « *Droit interne et international des affaires* », il est clair que le domaine de recherche est en principe le droit privé et les matières enseignées couvriront, d'une manière ou d'une autre, du droit des entreprises, du droit

des opérations commerciales et financières, du droit pénal des affaires, du droit des relations économiques internationales...

Une fois donc que l'étudiant aura déterminé le champ général de sa recherche, il devra s'atteler à la recherche de la ou des problématiques, donnant sujet à réflexion.

2. Les problématiques intéressantes

Encore une fois, il n'est possible de déceler des problématiques intéressantes qu'au travers de la lecture, notamment celle de la doctrine, sur un mécanisme, une notion ou une institution juridique. En effet, lorsqu'elle existe sur un sujet donné, la doctrine permet d'approcher la matière juridique avec le recul nécessaire, offrant ainsi des pistes de réflexion quant au lien entre ce que dit la loi et ce qu'applique le juge.

Repérer les problématiques, les solutions apportées à ce jour et l'avis de la doctrine sur ces problématiques constitueront donc une porte d'entrée précieuse dans le sujet que se propose le doctorant de sonder. Soulignons que ces problématiques peuvent être de droit fondamental, donc mentionnées dans la plupart des ouvrages juridiques généraux, ou plus axées sur des pratiques juridiques nouvelles et, dans ce dernier cas, il est important de suivre l'actualité juridique. Notons que les cours et séminaires dispensés dans le cadre du master d'origine permettent également de les recueillir par l'intermédiaire des professeurs de la matière qui suivent l'actualité en question.

3. La comparaison de droits

La consigne principale lorsque le doctorant adopte l'approche comparatiste est que cette dernière soit l'occasion d'établir des liens pertinents entre les droits visés. L'approche comparatiste ne saurait en effet se limiter à une juxtaposition, par définition statique et sans intérêt véritable, entre différents systèmes juridiques. La comparaison doit permettre de mieux cerner, soit par défaut soit par concordance, les notions et concepts visés. Elle doit permettre de trouver des solutions dans d'autres droits comparables, lorsque cette solution fait défaut dans le droit, objet de l'étude.

Soulignons que le doctorant libanais a souvent tendance à s'inscrire dans une approche comparatiste ambitieuse (quatre, voire cinq droits) en

début de thèse, avant de se rendre compte de l'importance de la tâche ou du manque de pertinence dans le choix des droits à comparer. Il n'est donc pas rare que ce dernier finisse par se limiter à la comparaison entre deux droits, voire trois droits.

4. La langue adoptée

La maîtrise de la langue de rédaction de la thèse doit constituer une priorité pour tout doctorant désirant s'engager dans ce travail de longue haleine ; non seulement parce que l'aboutissement du processus donnera naissance à un ouvrage de quelques centaines de pages, mais aussi et surtout parce que cet ouvrage est destiné à être lu par la communauté scientifique, par les praticiens du droit et par de futurs doctorants.

Une lourde responsabilité pèse donc sur les épaules du chercheur dont l'expression écrite doit rendre compte, par la justesse des termes utilisés et la maîtrise de la syntaxe de la langue choisie, du sens des notions, mécanismes et institutions étudiés. Ce besoin est exacerbé lorsque le doctorant s'engage dans une thèse comparatiste, car elle nécessite de consulter des références dans la langue d'origine de l'ensemble des droits concernés.

Ce travail de recherche, en vue de trouver un sujet, ne nécessite pas, à ce stade, d'approfondir les connaissances recueillies. Sans tomber dans l'excès inverse de la superficialité, il s'agit d'accéder à des exposés synthétiques renvoyant au moins à une bibliographie et à une documentation sommaire. La consultation des manuels, des encyclopédies, la lecture d'ouvrages et d'articles spécialisés sur la question, ou en tous cas sur des questions proches, sont suffisantes pour atteindre l'objectif fixé.

Ce premier repérage peut se faire, soit en bibliothèque, soit sur internet en veillant bien à commencer par les éditions les plus récentes et à noter à chaque fois, et systématiquement, les références trouvées, le véritable triage de ces dernières n'intervenant qu'ultérieurement, c'est-à-dire lorsque le doctorant aura pris la décision de s'engager dans le sujet proposé.

B. Après l'inscription : la recherche structurée et systématique

Lorsque l'étudiant inscrit son sujet, il ne propose que quelques indications bibliographiques sans véritablement connaître, à ce stade, l'étendue réelle du sujet, ou du moins la quantité d'informations disponibles. C'est « *l'affinement du sujet* », l'action de cerner le sujet choisi, qui permettra de mettre en place une documentation plus approfondie. La recherche devient alors plus systématique, plus structurée, ce qui permet non seulement de vérifier si la matière est suffisante, mais également de s'assurer de la direction dans laquelle les efforts de réflexion et de documentation doivent être orientés. Il faut noter que ces recherches seront complétées par une recherche plus approfondie au moment de la détermination du plan provisoire de la thèse.

Durant cette phase, la lecture devient une activité à plein temps. Sachant que personne ne peut transcender le droit, tout au plus peut-on apporter une touche personnelle à sa très lente évolution, lire ce qui a déjà été écrit sur une notion, un mécanisme ou une institution est donc essentiel et permet de légitimer scientifiquement de ce que l'on se propose, nous-mêmes, d'y ajouter au travers de notre thèse. Surtout, lire a une fonction psychologique importante puisque le doctorant, à partir du moment où il inscrit son sujet, connaît son point de départ et, au moins à ce stade, a l'intuition, même lointaine, du point à atteindre.

Pour étoffer son appareil documentaire, différentes ressources sont à la disposition de l'étudiant : les ressources papiers (1), mais aussi les ressources numériques (2).

1. Les ressources « papier »

Les ressources « *papier* » se divisent globalement en ouvrages et traités généraux, ouvrages plus spécialisés, dont les thèses et monographies, et revues juridiques. L'étudiant devra donc, à partir du sujet choisi, s'atteler à parcourir les tables des revues de son champ de recherche, prendre connaissance des ouvrages spécifiques en la matière, enfin ne pas hésiter à regarder dans les champs voisins à celui de sa recherche. À défaut d'enrichir son approche du sujet, un tel regard permet certainement de mieux le cerner.

2. Les ressources informatisées

Les ressources informatisées comprennent les ressources numériques ainsi que les ressources en ligne. Ces bases de données impliquent une recherche par mots clés ou par références. Pour les ressources en ligne, certaines sont accessibles gratuitement (Legifrance, site de la Cour de cassation française, site du Parlement Libanais, site du Barreau de Beyrouth...); d'autres nécessitent un abonnement (Lexisnexis, le DolcTrinalPlus, Dalloz.fr, site du centre d'informatique juridique de l'Université Libanaise...). Quant aux ressources numérisées, elles se trouvent dans les fichiers des bibliothèques ou des centres de recherche et de documentation. Parmi ces bibliothèques, la bibliothèque numérique du Ministère de la justice.

Cette première phase dans le processus de la thèse est une période particulièrement active pour le doctorant. En effet, occupé à réunir les éléments qui vont constituer la matière première de son ouvrage, il ne se préoccupe généralement pas encore de la pertinence des documents recueillis. C'est principalement la tâche à laquelle il devra s'atteler dans la phase de cohabitation avec la thèse.

Paragraphe 2. Méthodologie et traitement de l'information ou cohabitation avec la thèse

La méthodologie de la thèse permet, non seulement, d'organiser la documentation en fonction de la réflexion en cours (A), mais facilite également les premiers jets rédigés (B).

A. L'inventaire de la documentation recueillie

Cet inventaire, qui intervient en général vers la fin de la première année, joue un rôle crucial dans le processus de la thèse. En effet, non seulement il consiste à faire un premier tri des documents accumulés, mais il permet surtout de procéder à une hiérarchisation des références à la lumière de la réflexion en cours. Il va de soi que ce tri ne peut pourtant se faire à partir de documents non encore traités. Pour des raisons de commodité évidente, notamment de calendrier, il est donc vivement conseillé au doctorant de traiter, au fur et à mesure, les ouvrages et articles lus. Plus concrètement, cela suppose de répertorier chaque référence sur une fiche, voire plusieurs, si le document comporte plusieurs idées intéressantes pour le sujet de la thèse. Quant au contenu de chaque fiche,

il inclura un résumé des informations pertinentes relevées, éventuellement un passage jugé intéressant et qui pourrait être repris textuellement dans les développements futurs. Dans ce dernier cas, il est important de le signaler par des guillemets, ce qui évite tout risque de plagia involontaire ; enfin, la fiche comprendra les propres commentaires du doctorant concernant l'idée relevée.

Il est fortement recommandé au doctorant d'adopter ce système de fiches amovibles, identifiées par des mots clés, qui pourront elles-mêmes être triées et classées de multiples façons. Au-delà de son aspect purement ludique, ce jeu de fiches comporte des avantages évidents : tout d'abord, il permet de procéder à une hiérarchisation des informations en fonction de la réflexion en cours, et donc facilite la mise en place d'une ébauche de plan provisoire, quoiqu'encore incertaine à ce stade. Cette charpente de départ, outil indispensable, voué, comme son nom l'indique, à subir de multiples modifications en fonction, notamment, des idées directrices dégagées au fil des lectures, accueillera, sur le moyen et plus long terme, la maturation de la construction intellectuelle requise du doctorant.

Ensuite, ce jeu de fiches permet de mieux visualiser, même à ce stade liminaire, les contours des éléments de fond qui pourraient soutenir la démonstration à faire, étant entendu que ces derniers se préciseront au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

Enfin, ce jeu de fiches, en offrant une vision d'ensemble de ce qui a déjà été accompli, révèle les besoins de recherche supplémentaire dans telle ou telle direction. Tout ceci contribue donc à rendre la recherche toujours plus ciblée, toujours plus pertinente.

B. Les premiers jets

Les premiers jets suscitent une interrogation existentielle chez le doctorant. La grande question est en effet de savoir si le début de la phase de rédaction obéit à une chronologie précise et éprouvée. Rien n'est moins sûr pourtant. Il existe en effet une grande part d'intuition dans l'avancement des travaux. Le doctorant est maintenant immergé dans la thèse. Sans avoir une idée bien précise de sa forme finale, il sait qu'il est sur les rails. Étant plus conscient de ce que requiert sa problématique en termes d'argumentation, il est plus à l'aise avec la recherche documentaire et peut, plus ou moins bien, discerner les points juridiques à approfondir.

Les premiers jets sont fonction de ce constant va et vient entre la charpente de départ, en constante évolution, et la prise de conscience des manques à combler, notamment en matière de recherche documentaire. Pour toutes ces raisons, rien n'empêche que, selon le matériel scientifique disponible, la prédisposition du doctorant, à un moment donné, le pousse à se lancer dans la rédaction d'une subdivision, voire plus, sur un point particulier. Ces rédactions partielles pourront ultérieurement trouver leur place dans le plan, lorsque ce dernier aura suffisamment mûri.

Mais qu'en est-il de cette dernière phase du processus ?

Paragraphe 3. Méthodologie de la thèse et phase de finalisation ou la sortie de thèse

L'intuition du résultat final n'est pas le résultat final. Certes, le doctorant a maintenant un fond important d'informations collectées et traitées ainsi que quelques réflexions relatives aux points juridiques servant la problématique du sujet. Mais encore faut-il construire la démonstration en rassemblant les différents éléments, car il ne s'agit pas d'aboutir à une simple compilation d'informations. Le doctorant doit donc révéler sa capacité à soutenir une thèse, en la démontrant.

Même s'il s'appuie sur des informations collectées, le doctorant doit maintenant les valoriser en construisant son propre sujet, que ce soit du point de vue du fond (A), ou du point de vue de la forme (B).

A. La valorisation du fond

La valorisation du fond est conditionnée par deux contraintes principales : la formulation satisfaisante de la problématique (1) et la construction de la démonstration (2).

1. La formulation de la problématique

La formulation de la problématique constitue l'âme de la thèse car elle va guider le doctorant tout au long de son travail de construction finale. En effet, c'est le pilier de sa démonstration, le point de chute des éléments d'information recueillis. Sans la problématique, il n'y a point de thèse. Il est donc important pour le doctorant de faire preuve d'ingéniosité dans la formulation de cette problématique afin de la rendre juridiquement

attractive. En d'autres termes, il s'agit, au-delà de l'exposé des données relatives à une institution, un mécanisme ou une notion juridique, objet de l'étude, de démontrer l'intérêt d'une nouvelle approche de ces derniers, ce nouveau regard proposé ayant pour effet, soit d'en augmenter l'efficacité, soit d'en faciliter la compréhension. Le doctorant est donc le maître d'œuvre. Il attire l'attention du lecteur sur des hypothèses non encore ou insuffisamment envisagées par le droit positif, son objectif étant d'y apporter des propositions de réponse à travers la confrontation permanente de la législation, quand elle existe, de l'opinion de la doctrine mais aussi de la pratique jurisprudentielle ; tout ceci constamment soutenu par une solide argumentation.

La problématique ayant donc un rôle directeur majeur, une attention particulière devra être portée à sa formulation. Il ne s'agit pas, en effet, de multiplier inutilement les questionnements qui nuisent à la qualité de la démonstration et démontrent surtout l'indécision quant à la direction à adopter. Il est de coutume de dire que dans sa forme la plus concise, elle doit pouvoir tenir en deux phrases seulement, dont les réponses devraient se retrouver dans les titres des deux grandes parties de l'ouvrage.

2. La construction de la démonstration

Elle suppose la finalisation du plan. Ce dernier est la structure soutenant toute la démonstration. Il doit donc être le plus clair possible. À ce stade d'avancement des travaux, il doit faire l'objet d'une évaluation objective et rigoureuse. En d'autres termes, il doit être épuré des éléments qui pourraient inutilement alourdir la démonstration ; au contraire, il doit être complété aux endroits où cette démonstration pêche par manque d'éléments nécessaires à une argumentation solide.

Seul maître à bord, le doctorant doit prendre des décisions qui peuvent s'avérer difficiles, notamment si les éléments à épurer ont déjà fait l'objet de développements partiels, ou encore lorsqu'au fil de la réflexion, il apparaît nécessaire de traiter un point juridique qui n'avait pas été pris en compte auparavant. Un ajustement s'impose donc car c'est la cohérence générale du plan qui est en jeu. En effet, le doctorant ne doit jamais sacrifier au déroulement logique de sa démonstration, cette dernière devant donner l'impression que les informations, nécessaires et suffisantes,

s'encastrent naturellement dans la structure générale proposée, sans aboutir à des répétitions.

B. La valorisation de la forme

Elle concerne aussi bien le découpage général de l'ouvrage (1), que l'ensemble de ses sous-parties (2).

1. Le découpage général de l'ouvrage

Comme déjà souligné dans l'introduction, la forme joue un rôle aussi important que le fond dans la conduite d'une thèse. En effet, la forme exprimant le fond, une alchimie doit se créer entre ce que l'on veut dire et la manière dont on l'expose. Cela doit notamment se traduire par un découpage simple, donnant idéalement l'impression qu'il coule de source. Il ne s'agit donc pas d'un découpage arbitraire, mais bien de trouver ce point de rencontre entre un exposé clair et logique et une structure capable de le valoriser.

Il importe cependant de souligner à cet endroit que toute consigne relative à la forme de la thèse ne saurait, en aucun cas, sacrifier à la clarté du fond. Aussi, s'il est préférable de privilégier les titres de fond, qui rendent mieux compte, par le biais de phrases nominales synthétiques, de la dynamique de la démonstration, il peut, au contraire, se révéler nécessaire, compte tenu de la complexité de la notion, de l'institution ou du mécanisme juridique étudiés, d'adopter un plan technique plus statique. L'originalité ne doit donc pas être forcée car, rappelons-le, il s'agit, avant tout, d'un travail scientifique. Rien n'empêche cependant d'ajouter une touche d'élégance au plan général, notamment en veillant le plus possible à formuler des titres symétriques.

Notons enfin qu'un découpage du plan aboutissant à un déséquilibre constatable, en termes de quantité, entre les développements des deux grandes parties, est un indice de fragilité de la construction intellectuelle proposée. Un réagencement des informations devient dès lors une priorité.

2. Les découpages particuliers

La thèse étant un tout, l'efficacité de la démonstration est également conditionnée par une répartition pertinente des subdivisions dans le cœur des développements. En d'autres termes : ni trop, ni trop peu.

Trop de subdivisions nuit à la fluidité de l'exposé en raison des interruptions intempestives dans le déroulé. En effet, le découpage ne doit pas se transformer en un saut d'obstacles. Soulignons que la nécessité d'introduire une subdivision à un endroit de l'exposé est principalement justifiée par la quantité de développements qu'elle annonce. Quelques lignes seulement justifient rarement de le faire.

À l'inverse, trop peu de subdivisions n'offre pas la visibilité suffisante quant à la structuration du propos, ce qui égare le lecteur. Ce dernier a en effet besoin d'être « *accompagné* » pour prendre connaissance de l'ouvrage, et ainsi suivre, dans des conditions confortables, les étapes de la démonstration que propose le doctorant. D'ailleurs, cette même exigence, impose de porter une attention particulière aux chapeaux et transitions dont la fonction de coordination entre les différentes parties et sous-parties de l'ouvrage participe, de manière décisive, à la qualité scientifique du travail produit.

Enfin, pour des raisons évidentes, une attention particulière doit également être portée à l'introduction et à la conclusion de l'ouvrage. L'introduction joue en effet un rôle clé car c'est elle qui amène le sujet. Sans l'introduction, il serait impossible de comprendre le contexte de la problématique posée, l'angle d'attaque que propose de traiter le doctorant et qui en fait toute l'importance. Il est de coutume de rédiger l'introduction en dernier car ce n'est qu'à ce moment que le doctorant sait exactement ce qu'il doit annoncer. En raison de son importance, la dimension de l'introduction peu atteindre près du quart de l'ensemble de l'ouvrage.

Dans le même sens, la rédaction de la conclusion doit remplir sa fonction, à savoir non seulement être une synthèse des développements, mais surtout inclure une réponse à la question posée en introduction, et éventuellement la proposition de recommandations selon le sujet visé. Car, ne l'oublions pas, si rares sont les thèses qui transcendent le droit, la vôtre doit apporter une pierre, même modeste, à l'édifice !

En guise de conclusion de cette présentation, nous ne résisterons pas à la tentation de reprendre, en les adaptant au travail de la thèse, les mots si justes du philosophe, poète et théologien, Jules Lequier : « *préparer une thèse c'est faire, et en faisant, se faire !* ».

Tradition musulmane et langage du droit

Hassan ABDELHAMID

*Professeur à la Faculté de Droit
Université d'Ain Shams, Le Caire*

Au contraire du positivisme juridique¹, le Droit ne peut pas être compris sans ce va et vient entre l'ordre juridique et l'ordre social. Les mots ne peuvent pas être compris correctement, séparés des phénomènes culturels localisés dont ils sont les symboles². Cela suppose une

-
1. Nous entendons par là le positivisme triomphant de Kelsen qui prétend construire un monde juridique fermé. V. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduction française par Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962. Et sur l'explication de la pauvreté de cette tendance, V. à titre d'exemple, Simone GOYARD-FABRE, *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, PUF, Coll. L'interrogation philosophique, 1992, surtout p. 97 et s. ; V. aussi Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, Coll. Questions, 1983, surtout p. 131 et s.
 2. C'est la vieille idée des penseurs gréco-latins, que pour comprendre le sens, il ne suffit pas de connaître les mots, mais qu'il faut aussi connaître les choses dont parle le texte. C'est pourquoi, par exemple, la traduction n'est pas une opération seulement linguistique ; mais qu'elle est une opération sur des faits liés à tout un contexte culturel. Cela illustre l'opposition profonde entre linguistique formelle et sémantique. Selon Bréal « *supposons que pour connaître les magistratures romaines, nous n'ayons que l'étymologie mais non l'histoire de termes comme consules, praetor, tribunus,*

compréhension du langage du droit et comment comprendre le langage du droit sans le confronter à d'autres systèmes linguistiques ?³

L'expression « *langage du droit* » exige, en soi même, une connaissance unitaire du monde. Les textes juridiques sont des expressions finales d'une société. Pour comprendre les textes juridiques, il faut comprendre la société dans laquelle ces textes sont nés⁴. Comprendre une société exige, en fait, la compréhension de sa culture dans tous ses aspects. Cette culture est, en réalité, basée sur une vision du monde qui constitue ce que nous pourrions appeler « *le moment fondateur* » d'une société⁵.

Le moment fondateur contient donc la philosophie reconnue dans une société. La philosophie est ordonnatrice du langage⁶. Tout grand système philosophique engendre une structure linguistique, et la compréhension ne s'en opère qu'à l'aide de la philosophie. Ce moment fondateur donne sens à la multiplication des langages dans une société. Malgré la multiplication des langages (juridique, économique, artistique, politique... etc.), nous pourrions constater l'unité de la langue parlée dans cette société. Tous les langages naissent de la même source, ou, si l'on veut, du même « *moment fondateur* ».

Ce rapport entre langue et langage juridique fait que le juriste qui prétend ne pas connaître que le droit ne connaît pas même le droit car la connaissance des éléments historiques et culturels constitue la base de toute pensée juridique concrète. Tout dans la réécriture du droit est symbolique

etc..., nous ne les comprendrions pas », V. Michel BREAL, *Essai de sémantique*, Paris, Hachette, 3^e éd., 1904, p. 113.

3. Soit dans la même société ou dans d'autres sociétés. Dans la même société, c'est le rapport entre langue et langages multiples ; dans d'autres sociétés, c'est l'étude comparative des systèmes.
4. Selon A. Meillet, « *Tout vocabulaire exprime une civilisation. Si l'on a, dans une large mesure, une idée précise du vocabulaire français, c'est qu'on est informé sur l'histoire de la civilisation en France* ». V. Antoine MEILLET, *Linguistique historique et linguistique générale*, Paris, Klincksieck, 1938, t. II, p. 145.
5. L'expression « *moment fondateur* » évoque ce moment dans lequel une société adopte une vision du monde ; c'est-à-dire une philosophie. Pour savoir plus sur cette expression, V. notre livre en arabe, Hassan ABDELHAMID, *Introduction historique au droit*, Le Caire, Dar el-Nahda el-Arabia, 2002, p. 16 et s.
6. La philosophie est effort de vision totale du monde, elle découpe, articule le monde en ses éléments que traduisent les termes principaux du langage.

et aussi signe du symbolisme intrinsèque du droit en soi-même⁷. Il faut regarder les textes juridiques en tant que symboles et chercher les idées symbolisées dans la culture d'une société.

Pour bien comprendre une langue, il faut remplir deux conditions, dont chacune est nécessaire, et dont chacune en soi n'est suffisante : étudier la langue ; étudier (systématiquement) l'ethnographie⁸ de la communauté dont cette langue est l'expression. C'est-à-dire faire le rapport entre la langue et la culture⁹.

Les comparatistes savent que la relation entre culture et droit est inévitable :

« ...revendiquant son lieu et son temps, un droit s'inscrit inéluctablement en une culture juridique et, par son truchement, en une tradition juridique. Il est prescrit par elle¹⁰ ».

La culture juridique se trouve liée à une culture tout court.

On peut dès lors définir la « *culture juridique* » d'une collectivité comme l'ensemble des valeurs, des représentations, des discours, des techniques et des institutions relatives au droit appréhendé du point de vue multiple de sa nature, de ses sources, de sa fonction et de sa mise en œuvre.

7. Dans ce sens, V. Paulo FERREIRA DA CUNHA, *Le droit et les sens*, Paris, L'atelier de l'Archer, 2000, p. 9.

8. Si l'on appelle ethnographie (ce terme correspond à la description de ce qui a été nommé civilisations) la description complète de la culture totale d'une communauté donnée, et si l'on appelle cultures l'ensemble des activités et des institutions par où cette communauté se manifeste (...), on peut souscrire à cette définition : « *Les relations entre le langage et chacun des autres systèmes culturels contiendront toutes les significations des formes linguistiques et constitueront la métalinguistique de cette culture* ». On peut critiquer ce terme de métalinguistique et l'idée que la « métalinguistique » américaine se fait des rapports entre systèmes culturels et système linguistique. Mais la linguistique américaine a raison sur un point, le point de départ : « *le contenu de la sémantique d'une langue, c'est l'ethnographie de la communauté qui parle cette langue* ». V. Georges MOUNIN, *Les problèmes théoriques de la traduction*, Paris, Gallimard, 1963, p. 233-234 et les références citées.

9. Sur cette question, V. notre article : Hassan ABDELHAMID, « Langue, Langage du droit et culture : un phénomène d'interaction », in : *Colloque « Existe-t-il une culture juridique francophone ? »*, Université de Toulouse I – Sciences sociales, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Sciences sociales, 2007, p. 59 - 77.

10. Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 2^e éd., 2006, p. 6.

La culture juridique peut être celle d'opérateurs spécialisés du droit mais peut aussi recevoir l'acception plus large de conscience juridique populaire qui détermine la place du droit, et du système juridique, dans une société donnée¹¹.

Cependant, il faut distinguer l'expression « *culture juridique* » de celles de la « *tradition juridique* » et de la « *famille juridique* ».

Selon Glenn, la « *tradition juridique vivante* » est un réseau d'information, multiforme et complexe, plus ou moins instable, transmis (*tradition* = transmission) collectivement par le jeu de la « mémoire » au sens très étendu du terme. Une tradition n'est pas reçue par automatisme ou de manière héréditaire. Sa réception exige un dur labeur de transmission par le dialogue entre le présent et le passé. Le rôle du travail mémoriel de la tradition vivante est d'expliquer, de guider et de justifier tant le conformisme que la résistance ; tantôt la rupture, tantôt la continuité¹².

En fait, l'histoire des sociétés enseigne que nous sommes tous les héritiers de traditions en ce sens que nous sommes universellement engagés sans relâche dans un dialogue avec nos prédécesseurs, dans une appréciation des enseignements et des informations que nous tenons de ce qui nous précède, afin de déterminer notre « *devoir agir* » maintenant. La tradition est « culture-dans-le-temps »¹³ sans être culture-dans-le-passé¹⁴.

La notion de *famille juridique* est voisine de l'idée de tradition juridique en ce qu'elle transcende d'emblée la culture ou le système dit national pour capter les éléments fondamentaux que partagent les droits observables dans le monde contemporain. Les comparatistes l'utilisent souvent pour rassembler certaines traditions dans des ensembles plus vastes. Ainsi, la classification des familles de droits proposée par René David recoupe en

11. « Culture juridique », in André-Jean ARNAUD (éd.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 2^e éd., p. 139-142.

12. H. P. GLENN, *Legal traditions in the world : sustainable diversity in law*, New-York, Oxford University Press, 2004.

13. *Ibid*, p. 24.

14. Dans son ouvrage phare, H. P. GLENN recense les grandes traditions juridiques suivantes : la tradition chthonienne, la tradition talmudique (juive), la tradition civiliste, la tradition de *common law*, la tradition musulmane, la tradition hindoue et la tradition asiatique.

partie celle des grandes traditions identifiées par Glenn mais en diffère à certains égards, notamment en regroupant au sein d'une même famille les droits « *religieux* » (musulman, hindou et juif)¹⁵. En outre, la famille juridique ne comporte pas nécessairement la profondeur temporelle de la tradition, comme en atteste la famille des « *droits socialistes* » identifiée par David et qui révèle bien une finalité principalement classificatoire et descriptive¹⁶.

Si à première vue, le vocable « *culture juridique* » peut paraître plus adéquat que la notion de « *tradition* », c'est sans doute parce que les termes « *tradition* » et « *traditionnel* » ont longtemps arrosé un discours évolutionniste voyant dans la référence normative au passé une propension à reproduire sans bénéfice d'inventaire les modèles de comportement, les valeurs, les institutions issus d'un hier qui se projettent intacts dans un présent immobile, prélude d'immuables lendemains. On a longtemps qualifié de « *traditionnelle* » une société perçue comme inaccessible aux justifications occidentales du changement¹⁷.

La notion de culture, tel que ce terme est utilisé de nos jours, a trait à la vie quotidienne et aux productions expressives, qui sont souvent réunies dans les réalités locales. Mais la tradition renvoie à des vérités absolues, des systèmes de pensée et des significations universelles. Nous n'avons pas affaire à une simple expression culturelle. La culture juridique peut être une expression, parmi d'autres, de la tradition.

Paragraphe 1. Tradition religieuse musulmane

On sait que le mot « *religion* » employé dans presque toutes les langues européennes, est tiré du latin « *religio* » lui-même dérivé soit de « *religiere* » qui signifie alors la conversation stricte des préceptes, soit

15. René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2002, p. 21.

16. Ghislain OTIS, Abdoullah CISSE, Paul DE DECKKER et Wanda MASTOR, *Cultures juridiques et gouvernance dans l'espace francophone : Présentation générale d'une problématique*, Paris, Éditions des archives contemporaines et en partenariat avec l'Agence universitaire de la Francophonie (AUF), 2010, p. 4-9.

17. *Ibid.*

de « *religare* » qui révèle l'idée d'un lien, tantôt lien d'obligation envers certaines pratiques, tantôt lien d'union entre les hommes et Dieu¹⁸.

Le mot « *Din* » dans la langue arabe est différent du mot « *religion* » dans la langue française. Que signifie-t-il précisément ?

Dans un passage coranique célèbre où Dieu confirme ses bienfaits et sa grâce sur la communauté musulmane, on peut lire : « *Aujourd'hui j'ai parachevé votre Din, je vous ai comblé de ma grâce et j'agrée pour vous l'Islam comme Din*¹⁹ ».

On rend communément le mot arabe « *Din* » par « *religion* ». C'est, là, une traduction incomplète car la religion telle qu'elle est comprise ordinairement ne constitue qu'un aspect du « *Din* » dans son acceptation islamique. Le terme « *Din* », en effet, a un sens plus large et plus universel que le mot « *religion* ».

Le mot « *Din* » en arabe, a plusieurs significations nettement distinctes : il désigne d'abord, d'une façon générale, les coutumes et usages d'un peuple ou d'une collectivité humaine. Il signifie aussi jugement personnel et prise de conscience de l'être. Enfin, il est employé dans le sens de doctrine religieuse particulière à une nation.

Le premier sens du terme « *Din* » est spécifiquement arabe, tandis que le second sens trouve sa correspondance dans la langue hébraïque²⁰. Le troisième sens trouve sa correspondance dans la langue persane (*da'ena*). C'est ce dernier sens qui se rapproche le plus du mot « *religion* » tel qu'il est compris en Occident, ce qui ne saurait d'ailleurs étonner puisque le persan est une langue indo-européenne.

La notion de *Din* embrasse donc un ensemble de coutumes et d'usages qui furent à l'origine rattachés à des principes transcendants, et c'est ce

18. Sur ce concept, V. notre article, Hassan ABDELHAMID, « État et religion en Orient musulman », in : *Pouvoir civil et pouvoir religieux entre conjonction et opposition*, sous la direction de Jacques BOUINEAU, Collection Méditerranées, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 141 – 166.

19. *Coran*, 5, 3.

20. *L'Encyclopédia judaica*, 4^e partie, donne les significations suivantes pour le mot « *Din* » : 1. Argument ; 2. Jugement ; 3. Lois et règles qui constituent les bases des arguments ; 4. Justice, la finalité du jugement ; 5. La peine, l'exécution du jugement ; et dans la 6^e partie, *Din* est : *A law "both secular and religious", legal decision , or lawsuit .*

qui constitue ce que l'on nomme couramment la tradition dans son sens plénier. Il est aussi une prise de conscience, un jugement direct de l'être sur ce qui l'environne et plus particulièrement sur la grande Réalité ; enfin, le *Din* est règle de conduite suprahumaine régissant les actions et le comportement des êtres.

Dans la perspective métaphysique de l'Islam, le domaine du *Din* comprend deux aspects distincts : la *Shari'a* et la *haqiqa*. La *Shari'a* littéralement c'est la grande voie ; la *haqiqa*, la vérité essentielle et immuable. En elles-mêmes, ces deux notions sont indépendantes l'une de l'autre. La *Shari'a* embrasse l'ensemble des règles et principes qui déterminent notre attitude vis-à-vis de Dieu, de nous-mêmes, de la société. La *haqiqa*, c'est l'intelligence des choses, la vision directe de la réalité des êtres, la lumière pénétrant dans les profondeurs.

Cependant en Islam, ces deux dimensions s'unissent sans confusion et se complètent harmonieusement formant ainsi un tout au sein de sa tradition. Un adage célèbre résume bien ces deux aspects complémentaires de la tradition une : « *Shari'a sans haqiqa est lettre morte, Haqiqa sans Shari'a est hérésie* ».

La *Shari'a* donc correspond à la notion que l'on se fait de la religion dans son sens authentique. Son domaine l'étend à la théologie, à la morale, à la vie sociale. La *haqiqa*, au contraire, représente l'aspect immuable et permanent de la tradition. Alors que la *Shari'a* se développe au fur et à mesure selon les besoins de la collectivité humaine, la *haqiqa* demeure inchangée, inaltérable parce que précisément elle éveille dans l'être le sens de l'éternité et de l'unité. Le but de la *Shari'a* est d'assurer le salut de l'individu en lui offrant une règle de vie et une discipline à suivre ; celui de la *Haqiqa* vise la délivrance totale de l'être en le libérant de tous les conditionnements.

En somme, la distinction entre spirituel et temporel ne trouve pas des fondements si nous savons que le spirituel dans les langues sémitiques n'est que le temporel. *Din*, dans ces langues, signifie le système juridique gouvernant soit qu'il vient des cieux ou qu'il est tout à fait terrestre. Le mot *Din* existe dans toutes les langues sémitiques et est utilisé dans le même sens.

Paragraphe 2. La nature du droit musulman

Le premier devoir du Calife ou encore la première finalité de tout pouvoir constitué en Islam, est de faire appliquer, dit-on, la « loi » musulmane²¹. Mais, en vérité, l'Islam n'utilise que rarement le terme loi. Dans les sciences théologiques et juridiques, deux autres mots le remplacent : *Shari'a* et *Fiqh*.

La *Shari'a*, d'une façon générale, est le chemin clair qu'il faut suivre, c'est le chemin que doivent suivre les croyants. « *Comme terme technique* », écrit Joseph Schacht, sous ce vocable dans l'Encyclopédie de l'Islam, « *c'est l'ensemble des commandements d'Allah* ». À l'origine, la connaissance de la *Shari'a* était puisée directement dans le livre sacré de l'Islam et dans les traditions de son prophète.

Le *Fiqh* est précisément l'intelligence, l'explication et l'interprétation de la *Shari'a*, ou des textes et des traditions indiquant le chemin des croyants. Le « *Faqui* » est toujours, à l'origine, le théologien, moraliste, juriste qui s'occupe de la défense, de l'explication et de l'interprétation de la tradition sacrée.

Le sens et le rapport de ces deux termes ne se sont pas toujours limités à un texte et à son interprétation. Ils se sont beaucoup élargis dans l'histoire de l'Islam car l'Islam n'est pas resté une simple religion cantonnée sur sa terre de révélation. L'Islam politique s'est étendu. Sa capitale n'est plus la Mecque, c'est maintenant Damas en Syrie, ou Bagdad en Iraq. Son domaine de rayonnement touche l'Égypte, la Perse, l'Afrique du Nord et l'Espagne.

Ces rayonnements ont aidé à élargir considérablement le contenu de la *Shari'a* et du *Fiqh*. Tout d'abord à cause de l'insuffisance des règles de la loi révélée à réglementer les problèmes juridiques que produisit la civilisation montante de l'Islam dans ses rapports avec d'autres civilisations. Il fallait faire des recherches humaines profanes, trouver des solutions du droit plus ou moins conformes à l'esprit de la religion.

C'est ainsi que le domaine de la *Shari'a* s'est agrandi pour contenir des règles d'origine profane. Il en est de même aussi, pour le domaine du

21. A. SANHOURI, *Le Califat*, p. 22.

Fiqh. Le *Faqih* musulman va avoir également pour mission de chercher la solution juridiquement équitable et adéquate. Avec le temps, il deviendra plutôt juriste qu'un vrai théologien.

Ensuite, Il y a aussi un phénomène d'interaction culturelle. Essentiellement à l'époque abbaside, à partir du IX^e siècle, la pensée islamique va entrer en rapport direct avec la pensée gréco-romaine. Coutume romaine et concepts grecs vont dorénavant enrichir la *Shari'a*, enrichir le *Fiqh*. Ils vont, en même temps, créer une espèce de malaise, de drame interne et même une confusion entre le sacré et le profane dans la pensée juridique musulmane²².

Ce qui nous importe dans tout cela, c'est que la *Shari'a* et le *Fiqh* se sont imbriqués en quelque sorte à l'intérieur d'une équivoque. La pensée commune musulmane a tendance à tout sacraliser puisque la *Shari'a* c'est à l'origine la loi sacrée de Dieu. Mais la vérité, c'est que la plupart des règles de ce que nous appelons *Shari'a* aujourd'hui est l'œuvre du *Fiqh*, c'est-à-dire œuvre profane.

Le problème de la sacralité du droit dans l'Islam nous renvoie essentiellement à la théorie des sources du droit musulman. Ces sources sont de deux types. Il y a des sources religieuses ou sacrées comme il y a des sources profanes.

Le droit musulman a deux sources sacrées : le Coran et la Sunna du prophète.

Le Coran est composé de l'ensemble des révélations reçues par le prophète Mohamed entre les années 610 et 632. Il se divise en 114 Sourates, qui sont divisés eux-mêmes en versets. Or le Coran est considéré comme la première des sources du droit musulman. Il ne constitue pas pourtant un code de droit musulman. D'une part, le contenu du Coran est absolument insuffisant à cet égard. Les versets dont se sont servis les docteurs de l'Islam dans leur élaboration de la loi divine sont au nombre d'environ 500 dont il faut déduire toutes les prescriptions rituelles qui n'intéressent pas le droit.

22. Sur ce malaise et cette confusion, V. notre article, Hassan ABDELHAMID, « Raison islamique, raison d'État et pratique des droits fondamentaux », in : *Les Défis des Droits Fondamentaux*, sous la direction de Jacques-Yvan MORIN et de Ghislain OTIS, Bruxelles, Bruylant / AUF, 2000, p. 201 – 218.

Les versets proprement juridiques ne dépassent pas 200²³. D'autre part, même en ce qui concerne les matières réglementées, on ne peut y trouver aucune organisation complète, aucune théorie juridique plus ou moins élaborée. La réglementation juridique du Coran est casuistique. Les textes sont révélés pour régler des cas particuliers, pour régler des problèmes précis qui étaient posés au prophète²⁴.

Par ailleurs, la Sunna signifie les dires et les jugements attribués au prophète Mohamed. Le prophète, répondant aux questions qui lui étaient posées, expliquait, commentait, complétait la révélation et l'on considère les réponses ainsi fournies par lui comme une nouvelle source de la justice.

Après la mort du prophète, le règne est dévolu au Calife qui incarnait en quelque sorte le pouvoir originaire de l'État musulman. Mais la « *walaya* » ou les pouvoirs des Califes n'embrassaient que l'exécutif et le judiciaire. Le pouvoir législatif restait entre les mains des jurisconsultes qui étaient à l'origine des théologiens et qui sont devenus des spécialistes de la science du droit.

Ainsi, nous nous trouvons après la mort du prophète, dans un monde musulman en pleine évolution. L'État s'agrandit, étend sa puissance à des nouveaux territoires, se met en contact avec d'autres civilisations, avec d'autres coutumes... les conditions économiques se transforment... tout change, et cela exige un développement juridique, une justice adaptée au nouvel état des choses.

La question des sources de la justice s'est donc posée, et on a avancé pour la résoudre, plusieurs méthodes conformes, dit-on, à l'esprit de l'Islam. Le problème qui se pose ainsi porte sur le rôle et la capacité de la raison humaine, de la raison de ces jurisconsultes en l'occasion, de connaître des valeurs, de dégager des valeurs ou des solutions conformes à des valeurs qui existent en germe dans l'esprit de l'Islam. Le vrai problème

23. Shykh KHALLAF, *Résumé d'histoire de la législation islamique*.

24. Du plus, dans le Coran il existe des versets contradictoires révélés à des époques différentes. Les spécialistes de l'Islam ont essayé de les concilier, mais souvent sans réussir, aussi ils ont dû distinguer entre les versets abrogeant et les versets abrogés (*Nasikh wa Mansoukh*) pour déterminer quelle solution devait être adoptée parmi les décisions contradictoires. Le livre sacré lui-même donnait déjà des solutions différentes pour des conditions différentes.

porte aussi sur le sens philosophique ou ontologique de la nature sociale extérieure, de cet être à partir de l'observation de laquelle les juristes vont dégager des devoirs-être et des normes d'action.

En fait, les sources profanes du droit musulman sont nombreuses. La première, c'est le « consensus » ou "*Idjma'*"²⁵. La deuxième source profane, c'est le "*Qiyas*"²⁶. La troisième source est le « *Rày* » ou la doctrine. La quatrième source est « la recherche de l'intérêt ou du bien commun » (*Istislah- Istihsan* ou *el maslaha el moursala*). On peut aussi ajouter la coutume et la jurisprudence, dans la mesure où ces deux sources ont aidé surtout après la fermeture de la « porte de l'*idgtihad* » à donner une espèce de développement autonome au droit musulman.

Cependant, aussi loin qu'on pousse la recherche dans les divers courants de la pensée législative en Islam, une vérité reste indubitable. C'est que l'objet dernier de toutes les démarches des juristes n'est rien d'autre que d'atteindre à cette source unique, dans laquelle tout le monde doit puiser de proche ou de loin : la décision divine. Cette décision, le Coran l'enregistre directement le premier ; le *hadith* la commente ensuite et la précise. En cas de silence des deux textes, le *Kyàs* essaye de la découvrir dans leur esprit et leur sens le plus profond ; *Idjma'* enfin entend la saisir dans l'évidence d'ensemble.

Donc Dieu seul est le législateur, les autres ne sont que des rapporteurs, directs ou indirects, de son décret.

C'est à partir de ces sources que le droit musulman a été constitué. Il a pris plusieurs figures dont les quatre principales sont : le droit hanéfite, malékite, chaféite, hanbalite.

Mais il ne faut cependant pas croire que le droit musulman fut toujours appliqué d'une manière rigide, car à côté de ce droit écrit il a existé toujours un droit vivant qui a permis au droit musulman d'évoluer d'une manière sensible.

25. Elle se constitue par l'accord des spécialistes vivants dans une société donnée, à une époque donnée. GOLDZIEHER écrit en parlant du consensus (*Le dogme et la loi de l'Islam*, trad. française, Paris, p. 45) qu'il constitue « la clef de l'évolution historique de l'Islam au point de vue politique dogmatique et juridique ».

26. Il s'agit d'une méthode qui aboutit à l'application à un cas, non prévu dans les sources révélées, d'une disposition qui s'y trouve.

S'il est vrai que le *Qadi* (juge) a recours, en principe, aux ouvrages des *Fiqh* (jurisconsultes) qui ont établi des collections canoniques, en suivant chacun la ligne posée, à l'époque Abbasside, par le fondateur de son école – et s'il est tout aussi vrai de dire que l'Imam ou le *Wali* – détenteur de la puissance publique – n'exerce point le pouvoir législatif, mais se trouve tout autant que le *Qadi* astreint aux règles de la *Shari'a*, il n'en reste pas moins que le *Qadi* dispose de plus d'un moyen pour assouplir les règles posées par les jurisconsultes.

En effet, les jurisconsultes ont bien reconnu au juge (*Qadi*) le pouvoir d'appliquer la coutume en cas de silence de la loi (*Shari'a*). Le juge applique ainsi aux affaires courantes les règles établies par la coutume et les usages²⁷.

D'autre part, selon un adage courant, répété dans les ouvrages de droit hanéfite : « *les musulmans sont liés par leur engagement* ». Ce qui veut dire que les pactes régissent les rapports entre particuliers. Par application de cette idée, l'on a admis que le contrat fait la loi des parties, à moins qu'il ne viole un texte formel. En fait, les jurisconsultes ont élaboré, depuis l'ère des compilations, des formulaires d'actes juridiques. Ces modèles d'actes ont permis au droit musulman de pénétrer la vie pratique et ont effectivement créé un droit vivant²⁸.

Dans le domaine de la « science des *Churut* (*cavere*) », une autre science a pu également éclore pour infuser au droit vivant une sève nouvelle. C'est la « science des *Hiyal* ». Il s'agit ici de subterfuges légaux, utilisés, dans la rédaction des actes, en vue d'éluder l'application de certains textes rigides. Ces subterfuges ont été proposés dans des ouvrages composés par les

27. Les jurisconsultes musulmans vont même jusqu'à dire que l'usage général doit prévaloir sur la solution obtenue par analogie (*Kyàs*) (*Qiyàs*) (selon AL-SUYUTI, *al-Acbbab wal naz'r*, 51). Cet usage ne pourra être négligé que s'il existe, dans les textes, une solution formelle, pour le cas considéré, et le jurisconsulte Ibn Abidin d'affirmer que l'usage général crée une règle générale. (IBN ABIDIN, *Risalat nachr al-urf*)

28. Les auteurs parlent volontiers d'une science juridique autonome dénommée la « science des *Churut* (des « actes ») » où se déploie la fonction appelé par les romains : le « *cavere* » (En parlant des jurisconsultes : « *aider à* » rédiger les actes juridiques. – prendre un engagement par stipulation – ordonner, décider, prendre une disposition législative), et cette science a fait l'objet d'ouvrages importants (comme exemple, l'ouvrage d'AS-SARAKHSI, *AL- Mabsut*, XXX, 117).

grands maîtres de l'école hanéfite ; à commencer par *Chaybani*, lui-même le disciple direct d'Abu-Hanifa (fondateur de l'école)²⁹.

D'ailleurs, les papyrus arabes remontant au V^e siècle de l'Hégire ont pu être découverts. Ils nous renseignent amplement sur le droit musulman vivant. On y trouve des actes de vente, de gage, qui font une application pure et simple de ce droit vivant³⁰.

Par ailleurs, l'étude des juridictions qui avaient pour fonction de trancher les différends, en appliquant le droit nous montre bien que ces juridictions ont toutes contribué – chacune pour sa part – à assouplir à sa manière la rigidité des textes du droit écrit. Le « *Sabib Al Mazalim* », qui a été créée, à côté de celle du *Qadi*, avait à connaître surtout des plaintes qui lui étaient soumises, contre les agissements des gouverneurs (*bakim*), une sorte de Conseil d'État. Ce magistrat n'avait pas à dire le Droit, selon ce qui est écrit dans les ouvrages du *Fiqh*. Pour trancher les différends, il lui était loisible d'avoir recours aux règles de l'équité³¹.

D'autre part, le « *Sabib ach-Churta* », le Chef de Police, pouvait connaître des affaires pénales, à l'exclusion du *Qadi*. Il pouvait ainsi, tant qu'il ne s'agit pas de crime prévu formellement par un texte qui en fixe la pénalité (*badd*), appliquer un droit plus laxiste. En matière civile, le *Muhtasib*³² qui avait en charge la police des marchés et le contrôle des métiers, avait juridiction pour connaître des fraudes, commises dans les transactions. En matière commerciale, le *Hadjib* s'est vu octroyer une

29. Signalons aussi l'ouvrage d'AL-KHASSAF (mort en l'an 261 de l'Hégire) dénommé : *Al-Hiyal wal Makharidj* (des subterfuges et des échappatoires) publié par l'orientaliste allemand J. Schacht, en 1923. Il va sans dire que cette littérature devait contribuer pour une large part à adopter le *Fiqh* (droit écrit) aux exigences de la vie pratique.

30. Ils ont été publiés par l'orientaliste allemand Adolf GROHMANN sous le titre : *Arabic Papyri in the Egyptian Library. Protocole and legal texts*, en 1932. Également, les Archives du Tribunal *Char'i* du Caire nous ont conservé des actes qui remontent au VII^e siècle de l'Hégire – autant de documents qui témoignent de la vitalité du droit musulman à l'époque.

31. Comme le dit expressément un historien arabe classique, il avait une latitude plus large pour dire le droit (AL-NUWAIRY, *Nihayat Al Arab*, VI, p. 274).

32. Qui ressemble à l'édile curule des romains = Magistrats du peuple romain chargés de l'organisation de jeux, ainsi que de la police de la voie publique et des marchés, qui intervinrent dans les ventes d'esclaves et de bestiaux.

juridiction. Ce juge également jouissait d'un large pouvoir discrétionnaire et n'était pas astreint à appliquer la lettre de la loi³³.

Paragraphe 3. La controverse philosophique

La question qui se pose concerne la capacité de la raison humaine à connaître des valeurs, elle concerne le rôle de la raison dans la connaissance ; ou encore, pour poser la question dans les termes mêmes des Écoles de l'Islam, il s'agit de savoir s'il peut y avoir un rapport de causalité entre l'exercice de la raison, entre l'observation et l'expérience d'un côté et la connaissance des valeurs de l'autre ?³⁴

L'attitude des docteurs de l'Islam peut être résumée à ce propos en deux thèses qui sont celles de nos théologiens ascharites et mutazilites.

La thèse ascharite est qualifiée en tant qu'une tendance volontariste. Elle est représentée surtout par ceux qu'on appelle en Islam les Ascharites ou les disciples du philosophe Abul Hassan Al- Ashari qui a vécu à Basra dans le 9^e Siècle de l'ère chrétienne (873-935 J.C. 260-324 H). Cette thèse est une thèse négative ; c'est-à-dire qu'elle refuse la capacité de la raison humaine à connaître des valeurs.

Pour cette thèse, ce que nous appelons « *cause* » dans notre langage humain, ne sont que des « *canaux* » dont Dieu a coutume de se servir. Ce sont des indices, des signes qui nous permettent d'inférer le rythme normal de cette coutume divine. Mais on n'est pas en droit de retenir aucun lien de causalité efficiente, aucun lien d'efficacité réelle entre ces

33. Sur toutes ces questions concernant le droit musulman vivant, V. Chafik CHEHATA, *Études de droit musulman*, Paris, P.U.F., 1971 ; *ID.*, « La religion et les fondements du droit en Islam », *Arch. Philo. Droit*, 1973, p. 17 et s.

34. Sur cette question en général, voir Slim LAGHMANI, *Éléments d'histoire de la philosophie du droit : le discours fondateur du droit*, Tunis, Cérés productions, p. 191 et s. ; Robert BRUNSCHVIG, « Mu'tazilisme et Ash'arisme à Baghdad », in *Études d'Islamologie*, Paris, Maison neuve et Larose, 1976, t. II, p. 221 et s. ; A. BADAWI, *Histoire de la philosophie en Islam*, t. I : *Les philosophes théologiens* ; t. II : *Les philosophes purs*, Paris, J. Vrin, 1972. ; Mohammed El SHAKANKIRI, « Loi divine, loi humaine et droit dans l'histoire juridique de l'islam », *R.I.D.C.* 1981, p. 767-786.

indices et les effets produits. Ces effets, qu'il s'agisse de l'ordre physique ou des actes humains, sont toujours produits directement par Dieu seul³⁵.

La raison est incapable de connaître le bien et le mal, de connaître le juste ou le droit. Pour garder sauf le principe qui nie l'efficacité des causes secondes, ils considèrent la connaissance comme une qualité (*sifa*) directement créée par Dieu à la suite de l'observation et du raisonnement. La connaissance suit le raisonnement par simple coutume (*'ada*) mais le raisonnement n'est pas la cause de la connaissance ; il ne l'engendre pas. Dieu crée le raisonnement, puis il a coutume de créer à suite, de façon discontinue, une connaissance. Ainsi, toute connaissance doit dépendre entièrement de la volonté de Dieu.

Cette position a donné lieu à une espèce de positivisme sacré ; elle est aussi le facteur essentiel dans la confusion entre le sacré et le profane (le *fiqh* ou la doctrine représente aussi la volonté de Dieu). L'acharisme a certes conditionné le langage du droit musulman.

La thèse mutazilite est qualifiée en tant qu'elle est une tendance rationaliste. Elle est une thèse positive ; c'est-à-dire qu'elle donne à la raison humaine la capacité de connaître les valeurs sans parcourir la révélation divine. Les mutazilites n'admettent pas la mise en œuvre de l'argument scripturaire pour expliquer l'origine du pouvoir ou pour justifier l'obéissance. Le pouvoir trouve sa raison d'être à partir d'une observation que la raison humaine est capable de faire sur la nature des choses, c'est-à-dire, sur les lois objectives du monde extérieur. Le pouvoir est un phénomène naturel et aussi rationnel.

Dans la cité, le fondement de l'autorité et de l'obéissance repose précisément sur une justice immanente, une justice que Dieu a certes créée puisqu'il est le créateur de toute chose, mais qui se dégage de l'observation des rapports des hommes entre eux et avec les choses ; des rapports qui ne sont après tout que la manifestation extérieure des lois que Dieu a établies dans son organisation du monde.

Les mutazilites ont, dans leur immense majorité, une conception très riche du monde et de l'existence. Ils ont une confiance dans la raison

35. Les hommes ne font « qu'endosser » les actes créés par Dieu d'après la théorie de *Kash Al Afa'al* des Ascharites.

humaine et dans sa connaissance progressive de la justice et de la nature des choses. C'est l'exigence de la justice qui justifie l'existence de l'autorité et c'est aussi la nécessité d'une cité juste et harmonieuse qui donne au pouvoir sa finalité,

« pour les Mutazilites, la justice ne consiste pas seulement à éviter personnellement le mal et l'injustice; c'est aussi une action de l'ensemble de la communauté pour créer une atmosphère d'égalité et d'harmonie sociale, grâce à laquelle chaque individu puisse réaliser ses possibilités³⁶ ».

La raison est capable de participer à la connaissance du bien et du mal, et il y a certainement un rapport entre l'observation réaliste du monde et la connaissance de la justice. De même que l'homme engendre ses actes et que ses actes sont libres, de même l'homme produit un raisonnement et ce raisonnement engendre une connaissance juridique.

Selon les mutazilites, la nature extérieure a toujours été considérée comme une nature qualitative, ou comme l'on dit aujourd'hui, « *normative* ». L'homme, sans recourir à la révélation divine, pourra arriver à une qualification correcte concernant les choses (bonne ou mauvaises) ou les comportements (justes ou injustes).

La révélation est faite pour « *l'homme en société* ». C'est l'homme qui doit recevoir les textes, les comprendre et les mettre en œuvre. C'est l'homme qui donne vie aux textes sacrés : les textes existent réellement pour l'homme et par l'homme. L'interprétation est donc « *une* » conception humaine de la révélation. Elle est « *une* » réception rationnelle des textes sacrés. Suivant le choix de l'une ou de l'autre interprétation, on ne portera pas le même regard sur les textes.

La plus grande partie du droit musulman est l'œuvre des hommes, plus précisément des spécialistes de la science du droit. Il s'agit d'un travail profane de recherche casuistique de la solution adéquate dans la nature sociale extérieure, d'un travail dialectique dans le sens classique de ce mot, c'est-à-dire dialogué et qui ne déduit pas ses conséquences des

36. Henri CORBIN, *Histoire de la philosophie islamique*, p. 161.

prémises du sacré. Le sacré n'avait pas souvent d'ailleurs des prémisses en l'occasion³⁷.

En fait, la plus grande partie du droit musulman est historique et élaborée par la raison profane de l'homme. Les influences de l'acharisme, c'est-à-dire des volontaristes, restent sans doute vivantes.

C'est ainsi qu'il faut un travail sérieux de clarification. Il faudrait montrer les limites de la loi religieuse et accorder à la raison sa place réelle dans l'œuvre à la fois responsable et créatrice.

37. V. Mohammed EL SHAKANKIRI, « La notion du « bien » dans la philosophie juridique musulmane », *Arch. Philo. Droit*, 1979.

Le formel et l'informel en droit japonais

Béatrice JALUZOT

Institut d'Asie Orientale (UMR 5062, Sciences-po Lyon)

En premier lieu, je souhaite remercier le Professeur Gilles Cuniberti, qui est à l'origine de cette sollicitation. Mes remerciements vont aussi à Madame Leila Saadé, Présidente de l'EDDMO, Monsieur Rodny Daou, Professeur à l'USEK, qui m'ont invitée, et à Madame Mireille El Rayess pour son organisation. Je profite de cette occasion pour saluer le Père Tàlal Hachem que j'ai eu le plaisir de rencontrer en 2013 à l'Université catholique de Lyon. Enfin je vous fais part de mon regret de ne pouvoir être présente physiquement dans votre si beau pays que mes parents, jeunes mariés, ont visité en 1969, le faisant entrer dans notre mythologie familiale.

Cette communication prend place dans votre séminaire consacré aux systèmes juridiques contemporains. À la lecture de votre programme, il semble que la problématique centrale de cette journée soit la question de la taxinomie des systèmes juridiques. Aussi à titre préliminaire, je ferai une remarque sur la « *famille juridique* » à laquelle le droit japonais doit être rattaché. Il y aurait beaucoup à dire sur cette question, mais les deux points essentiels me paraissent être les suivants : une confusion est née dans le sillage de l'ouvrage de René David « *Grands systèmes juridiques*

contemporains ». Il consacre une partie de son ouvrage aux systèmes juridiques en Asie, ce qui a conduit certains de ses lecteurs à déduire l'existence d'une famille de droits asiatiques. Ceci a été d'autant renforcé que l'Extrême Orient a globalement connu une profonde influence de la Chine, au point que l'on parle aujourd'hui de « *monde sinisé* ». En réalité, il réside sous cette affirmation une hypothèse inexacte : le Droit appartiendrait à une culture et si l'on partage une même culture, alors on partage le même système juridique. Or l'adoption d'un système juridique est très largement le fruit de choix politiques, qui dans bien des cas sont l'occasion de se distancier d'un modèle premier que l'on souhaite rejeter. Ainsi, il est par exemple, impossible de mettre dans une même catégorie le droit japonais et le droit chinois. D'une part le droit japonais a fait tout ce qui était possible pour rejeter le modèle de l'ancien droit chinois qui a pourtant été son inspirateur durant plus de mille ans. D'autre part, la Chine ayant fait le choix d'un système socialiste-maoïste, le Japon ayant opté pour un système capitaliste, la structure même du droit diffère entre les deux pays. Il me semble par conséquent difficile de parler de « *droit extrême-oriental* » si les deux pays les plus importants de la zone sont fondamentalement en opposition sur leurs choix structurels.

Revenons à la question initialement posée : le formel et l'informel en droit japonais. En fait, quelle part pour chacun ? Si l'on s'en tient au sens juridique de chaque terme, force est de constater que les perspectives ouvertes sont minces. « *Formel* » renvoie à « *formaliste* », qui implique qu'un acte, une demande, une démarche quelconque, ne peut obtenir la reconnaissance juridique que s'il épouse certaine forme prescrite par la loi. Il en va ainsi de la force obligatoire de l'acte, voire de son existence, des assignations en justice, des demandes d'exécution forcée etc. Chacun aura immédiatement en tête les contrats solennels tels que le contrat de mariage, le cautionnement, etc. Retenir ce sens à notre discussion permettrait d'affirmer que le droit japonais, à l'instar des droits européens, reconnaît le consensualisme comme principe fondamental de formation des contrats, que le formalisme requis pour certains actes est un formalisme de protection et que le droit de la consommation est un terrain favorable à son renouveau. Nous pourrions aussi dire que la procédure civile japonaise est extrêmement formelle et que nul ne peut faire valoir un droit en justice sans les respecter. Toutefois, retenir une acception aussi restreinte réduirait la portée de notre propos et, sans

nul doute, n'atteindrait pas l'objectif implicite de ce questionnement : la caractérisation du droit japonais.

Le binôme formel/informel doit être ici entendu dans son acception du langage courant, voire dans une acception culturaliste, afin de prendre part aux débats liés au droit japonais. En effet depuis une trentaine d'années, les auteurs et particulièrement des auteurs américains, s'interrogent sur une qualification globale du Droit au Japon. Or il ne s'agit nullement d'une qualification juridique, mais plutôt d'une approche sociologique ou même anthropologique. Cette doctrine s'inscrit dans le contexte d'un courant de pensée japonais qui a éclos dans les années 50 et 60, selon lequel les japonais se caractériseraient au regard des occidentaux par un certain nombre de traits dont les origines se trouvent dans les traditions ancestrales locales. Cette théorie est appelée *Nihonjin ron* 日本人論 [la théorie du japonais] et plusieurs auteurs nippons ont alors affirmé qu'elle se manifeste aussi dans la culture juridique de leur pays. Une littérature s'est alors développée autour de la question de la « *mentalité juridique japonaise* », dans laquelle les japonais énonçaient ce qui à leurs yeux, caractérise l'acception du Droit au Japon. Leur faisant écho, plusieurs auteurs américains ont à leur tour brossé à grands traits ces caractéristiques, mais de leur propre point de vue. L'optique américaine est devenue par la suite l'optique occidentale qui s'est progressivement muée en formules si synthétiques qu'elles en sont presque convenues, voir caricaturales. Les fines analyses ont donné naissance à des traits grossiers qui ont fait éclore en Europe et particulièrement en France, une vision inexacte du droit japonais. L'opposition formel/informel dans le droit japonais est au cœur de cette approche.

Nous entendrons ici par « *formel* », non pas ce qui s'oppose au fond, mais ce qui s'oppose à l'équivoque, à l'ambigu et par « *informel* » « *ce qui refuse de se présenter ou ne présente pas de forme reconnaissable et classable* », « *qui n'est pas organisé de manière officielle et stricte*¹ ». Le formel est ici ce qui est apparent, formalisé dans le système juridique et l'informel vise ce qui n'est pas apparent, ce qui y est dissimulé.

1. Alain REY et al., *Le Grand Robert de la langue française*, dictionnaire en ligne, Paris, Le Robert.

Cette problématique est d'autant plus attractive qu'elle s'apparente à une analyse classique de la société japonaise selon l'opposition honne 本音/ *tatema* 建前². *Tatema* signifie l'attitude apparente, celle qui doit et peut être conduite en public car elle est acceptable. *Honne* signifie le sentiment intérieur, les objectifs et les ressentis que l'on ne peut dévoiler publiquement, en particulier lorsqu'il est porteur de conflits potentiels. Ceci porterait atteinte à l'harmonie sociale, valeur essentielle d'une société confucéenne. Ce dualisme ne doit pas être compris comme une duplicité mais comme un comportement éthique, qui permet à chacun de contribuer à la paix sociale. Les influents sociologues du droit japonais trouvèrent dans cet argument la justification de la coexistence entre un droit formel et un droit informel. Le premier étant relié au *tatema* et le second au *honne*.

Par ailleurs, le formel s'opposant classiquement au matériel, cette opposition fait écho à la discussion classique des juristes anglo-saxons sur la "*form and substance*". Or ceci induit que ce qui est informel constitue aussi la substance du droit japonais. De substance à essence, la sémantique offre un tout petit pas qui a été aisément franchi, mais qui s'écartere de la réalité : ce n'est pas parce que le droit japonais comporte certains éléments non apparents que ceux-ci en constituent la substance fondamentale, ni même la majeure partie.

Enfin les sociétés sont en évolution constante et il est manifeste que le droit japonais a profondément évolué depuis les années soixante. Ce qui pouvait être soutenu dans les années 1960 ne peut plus l'être en 2016 car force est de constater que les pratiques juridiques informelles ont considérablement reculé depuis la grande crise financière des années 1990.

Nous insisterons ainsi en premier lieu sur la part de ce qui est véritablement formel en droit japonais, puis nous décrirons la part évolutive que l'informel y tient.

2. Guntram RAHN, "Recht und Rechtsmentalität in Japan", in Harald BAUM et Ulrich DROBNIG (édité par), *Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Berlin, 1994, p. 1-15, spécialement p. 9.

Paragraphe 1. La part du formel en droit japonais

Sans nul doute, le droit japonais est un droit formel, au sens où il s'agit d'un droit tout à fait édifié, structuré, organisé et doté d'un très vaste appareil législatif qui a fait le choix du système civiliste (A), ce qui a donné naissance à une organisation juridique très structurée (B).

A. Le droit japonais, un système civiliste

Le gouvernement japonais a fait le choix d'un système de droit civil, or cette adhésion a été sincère. Il en résulte aujourd'hui un appareil très structuré.

L'adoption du système civiliste au Japon s'est faite dans la contrainte et dans la douleur, mais aussi avec conviction et un effort constant de s'approprier réellement cet outil qu'est le Droit. Après avoir été volontairement replié sur lui-même pendant plus de 250 ans, le Japon a été contraint d'ouvrir ses frontières sous la pression militaire américaine. Le pays a dû signer des traités internationaux qui empiétaient gravement sur sa souveraineté nationale. Ces traités imposés par un grand nombre de pays (USA, Royaume Uni, France, Pays Bas, Russie et plus tard, la Prusse, le Portugal, la Belgique, le Danemark et l'Espagne) ont non seulement déstabilisé l'économie nationale, mais aussi nié l'aptitude des juridictions japonaises à statuer sur les questions touchant les étrangers sur leur territoire. L'humiliation ne sera pas tolérée et les Japonais n'auront de cesse de renégocier les traités en prouvant aux puissances étrangères que leur nouveau système juridique est à la hauteur de celui qui existe en Occident. Dès la fin des années 1860 leur choix se porte sur le modèle français et ce n'est qu'en 1898 que le Code civil japonais verra le jour, un peu plus de dix ans après la constitution de Meiji. Il aura fallu près de 30 ans d'efforts afin que des juristes japonais soient à même de rédiger leur propre code, pourtant ceux-ci avaient dès l'origine la forte intention d'en faire ce qu'était le Code français : un Code pour le peuple. Le souci de l'adhésion des japonais à cette nouveauté était légitime : le pays se tournait vers une conception du droit qui lui était étrangère, à plus forte raison la population pouvait difficilement y recourir. Conscients du risque de décalage entre le peuple et les nouvelles lois auxquelles il allait être soumis, les responsables politiques choisirent parmi les trois rédacteurs Hozumi, initialement philosophe, qui introduira au Japon la sociologie du

droit, matière encore très vive de nos jours là-bas. De même Ume rédige une thèse sur la transaction en droit privé, conscient de l'utilité qu'elle représentera pour les japonais, plutôt que le mode juridictionnel, lourd et coûteux, de règlement des litiges. Nous pourrions multiplier les exemples. La volonté que le texte de loi puisse servir réellement à la protection des citoyens est une préoccupation constante des législateurs. Il résulte de ces efforts qui vont toucher l'ensemble du droit que le droit japonais est aujourd'hui un droit tout à fait « *formel* » au sens où il s'adresse aux citoyens et cherche à les protéger concrètement.

B. Un appareil juridique très structuré

À l'époque de Meiji le Japon se dote en premier lieu d'un tribunal de cassation dès 1875, puis il introduit non seulement les codes classiques – Code civil, Procédure civile, Code de commerce, Code pénal et Code de procédure pénale, mais aussi un très grand nombre de lois qui apparaissent alors comme infiniment modernes, en particulier sur les droits de propriété intellectuelle.

Dans un premier temps, le modèle retenu a été le droit français, mais très rapidement, dès les travaux de rédaction du code, le modèle allemand a obtenu la faveur des juristes japonais. Plutôt que de revenir sur une lettre désormais scellée, la doctrine japonaise, écoutée par les juges, a choisi le droit allemand et, durant de nombreuses années, il était enseigné que le droit japonais avait « *reçu* » le droit allemand, à l'instar du droit allemand qui avait « *reçu* » le droit romain. Ainsi dans les matières du Code civil, en particulier en droit des obligations, la jurisprudence a œuvré depuis son entrée en vigueur afin de faire entrer dans un texte d'inspiration largement française, les catégories, les méthodes de raisonnement et les apports nouveaux du droit allemand. Il s'agit ici d'un changement de paradigme : le modèle français était rejeté, mais il était plus facile de transformer le texte par son interprétation plutôt que de revenir sur la lettre d'un texte établi, ce d'autant plus que sa texture est suffisamment souple pour le permettre.

Il ne s'agit pas de droit informel à proprement parler car s'agissant de décisions de justice, celles-ci sont parfaitement connues et enseignées dans les facultés et écoles de droit. Il s'agit plutôt d'une construction juridique, familière à tout juriste confronté au droit français qui souffre de cette

même évolution, c'est-à-dire un Droit profondément transformé par la jurisprudence et qui prendra fin avec une réforme du droit des obligations, qui codifiera les nouveautés.

La seconde guerre mondiale poursuit la structuration du droit japonais autour d'un droit constitutionnel qui chapeaute l'ensemble de l'édifice. Les Américains, puissance occupante en 1946, imposent la « *démocratisation du système juridique* » et refondent la Constitution. Elle repose désormais sur un ensemble de droits et libertés fondamentaux qui sont au sommet de l'édifice et dont le respect est assuré par la Cour suprême. Ils introduisent un droit du travail, réforment le droit des affaires, le droit de la famille. Dans ce mouvement, l'organisation juridictionnelle est refondée et harmonisée, son mode de fonctionnement est d'une limpidité qui ferait envie à bien des pays européens.

Il résulte de cette histoire récente que le système juridique japonais repose sur un appareil législatif tout à fait similaire au nôtre. Il partage avec nous la division des matières, l'organisation des enseignements, les professions judiciaires, la mise en œuvre de la loi par les juges, les valeurs fondamentales etc. La similitude est si forte qu'elle dérouta celui qui s'attend à un droit « *asiatique* » et que l'existence même d'un tel droit est sujette à discussion à tel point que certains juristes japonais ont l'intime conviction que celui-ci n'existe pas.

Ce constat a conduit les auteurs japonais à rechercher les différences substantielles, mettant ainsi en exergue certains aspects cachés du droit japonais.

Paragraphe 2. La part laissée à l'informel

A. Le système juridique japonais : un système singulier ?

Plusieurs remarquables auteurs japonais se sont attelés à cette recherche et leurs idées ont acquis un très grand succès grâce à la traduction de leurs travaux en différentes langues occidentales (anglais, allemand, français). Les deux plus célèbres sont Yoshiyuki Noda et Takeyoshi Kawashima, tous deux professeurs et collègues à la Faculté de Droit de l'Université de Tokyo dans les années 1960-1970. Le premier a publié une introduction au droit japonais en français en 1967 et son ouvrage a été

traduit en anglais en 1976, le second a publié plusieurs articles célèbres, sur la querelle des droits subjectifs au Japon, la retenue des Japonais à porter leurs litiges devant les juridictions nationales ou encore sur la pratique contractuelle japonaise.

Les thèmes qu'ils ont développés ont ensuite été repris par des auteurs américains, tels que John Haley dans "*The Spirit of Japanese Law*" [l'esprit du droit japonais]³. De ces travaux, deux clichés ont vu le jour : le droit japonais laisse une place importante au droit coutumier (1) et le japonais n'est pas un usager du droit comme un autre (2).

1. Le droit japonais, un droit coutumier ?

Le droit japonais laisserait une place importante à la coutume. Par exemple Jacques Robert, dans l'*Encyclopedia Universalis* affirme que celle-ci est une source essentielle qui vient juste après la législation et il cite comme exemple la loi sur l'application des lois de 1898. Il est vrai que malgré son remplacement complet par une nouvelle loi en 2007⁴, la disposition visée est restée intacte de sorte qu'une place d'honneur y est officiellement réservée à la coutume :

« Seules les coutumes qui ne contreviennent pas à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, dans la mesure où elles sont conformes à ce qui a été autorisé par la loi ou lorsque la loi n'a rien prévu, ont une force équivalente à la loi⁵ ».

L'auteur affirme qu'il est fréquent que la coutume *contra legem* prévale au Japon avec l'appui du droit prétorien. D'autre part, pendant longtemps, la doctrine japonaise a enseigné la différence entre le droit vivant et le

3. John Owen HALEY, *The Spirit of Japanese Law*, The University of Georgia Press, 1998; ID., *Authority without Power: Law and the Japanese Paradox*, New York, Oxford University Press, 1991.

4. Hō no tekiyō ni kan suru tsūsokuhō 法の適用に関する通則法 [Loi sur les principes généraux d'application de la loi], n° 78 du 21 juin 2007.

5. Dai san jō. Ooyake no chitsujo mata wa zenryō no fuzoku ni han shinai kanshū wa, hōrei no kitei ni yori mitomerareta mono mata wa hōrei ni kitei sarete inai jikō ni kan suru mono ni kagiri, hōritsu to dōitsu no kōryoku wo yū suru.

第三条 公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する

droit écrit, et elle a affirmé que le droit vivant supplantait le droit écrit. Cette théorie du « *droit vivant* » a été introduite dès avant la seconde guerre mondiale, par les travaux d'Eugen Ehrlich⁶, elle a encouragé les universitaires japonais à rechercher les coutumes de leur pays. À partir des années 40, plusieurs enquêtes de terrain ont été menées afin de découvrir les us et coutumes des villages reculés, notamment en droit de la famille.

Dans le même sens, il a longtemps été affirmé que l'esprit du droit japonais, ses valeurs fondamentales, se trouvaient dans différentes valeurs dont les origines se trouvent dans la pensée chinoise, telles le “*giri*”, 義理⁷, principe de loyauté et de reconnaissance, le “*dōri*” 道理, le juste chemin et le “*jōri*” 条理, que l'on peut traduire par « *la nature des choses* » ou « *l'ordre des choses* »⁸. Si l'on recourt à comparaison fonctionnelle, le *jōri* joue un rôle est assez similaire à celui de l'équité en droit français, par exemple il peut être employé pour atténuer une règle. La question se pose de savoir s'il constitue une source de droit, comme l'équité a pu être considérée en droit romain etc.

Le lecteur doit cependant rester sur ses gardes : ce n'est pas parce que la doctrine s'est beaucoup intéressée à ces différents points – le droit vivant opposé au droit écrit, la coutume, les valeurs confucéennes etc. – que celles-ci sont d'application courante. Ainsi que l'écrit le célèbre historien du droit japonais Wilhelm Röhl, « *celui qui cherche le jōri dans le droit japonais, ne trouve nulle part ce concept*⁹ ». Ils jouent un rôle tout à fait mineur, voire inexistant dans la pratique quotidienne du droit au Japon.

De même l'idée selon laquelle le japonais serait un justiciable singulier, doit être relativisée.

6. Zensuke ISHIMURA, “Rechtssoziologie”, in Paul EUBEL, *Das japanische Rechtssystem: ein Grundriß mit Hinweisen und Materialien zum Studium des japanischen Rechts*, Frankfurt am Main, Metzner, 1979, p. 33-45, spécialement p. 33 et s.

7. Cf. Guntram RAHN, “Recht und Rechtsmentalität in Japan”, p. 11-12.

8. Wilhelm RÖHL, “Rechtsgeschichtliches zu Jōri”, in Paul EUBEL, *Das japanische Rechtssystem: ein Grundriß mit Hinweisen und Materialien zum Studium des japanischen Rechts*, p. 39-49 ; Shirō ISHII, “Bemerkungen zu jōri bzw dōri”, in même ouvrage, p. 51-58.

9. Wilhelm RÖHL, “Rechtsgeschichtliches zu Jōri”, p. 39.

2. *Le japonais, un usager du droit singulier ?*

Le célèbre sociologue du droit Kawashima Takeyoshi (1909-1992) a popularisé deux thèmes qui, selon lui, sont représentatifs d'une approche singulière du droit par les japonais : le rejet par les individus du mode juridictionnel de règlement des litiges et une pratique contractuelle souple, qui rejette toute fixation rigide des droits et obligations des parties.

Le premier de ces thèmes a donné naissance à une très abondante littérature¹⁰, qui a soit soutenu opinion, soit l'a rejetée en invoquant des arguments très matériels tels que la difficulté d'accès aux juridictions, le coût important des frais impliqués etc. Il est vrai que toute personne qui a vécu au Japon y rencontre des pratiques en matière de litige qui sont assez différentes de celles que nous connaissons en France, en particulier celle des excuses, privées ou publiques, qui dans certains cas suffisent à satisfaire la victime et permettent d'échapper à une demande de dommages-intérêts. D'autre part, une partie importante des conflits familiaux se résout par la conciliation juridictionnelle. Les séparations conflictuelles, les adoptions conflictuelles, les questions de successions sont traitées par des conciliateurs sous l'égide de juges, dans l'enceinte des tribunaux. Elles se résolvent par une transaction qui engage contractuellement les parties.

Mais d'un autre côté, les japonais peuvent recourir au juge pour les départir dans des conflits. Ainsi le tremblement de terre et les incendies qui ont ravagé Tokyo en 1923 ont donné lieu à des dizaines d'arrêts du tribunal de cassation (alors en vigueur) entre preneurs et bailleurs. De même il arrive aussi que très simples litiges quotidiens, tels que des conflits de voisinage soient tranchés par des cours de district. En conséquence, il est vrai que les tribunaux japonais rendent moins de décisions que les tribunaux français, notamment parce que les japonais ne portent leurs litiges qu'en dernier recours devant le juge, mais il nous paraît difficile d'y voir un trait qui impacte la substance même du droit au Japon.

Un débat similaire s'est développé autour des pratiques contractuelles. Les pratiques japonaises se sont avérées très divergentes des pratiques

10. Cf. pour une synthèse : Edouard DUBOIS, « Étude socio-légale de la résolution des conflits au Japon », *RIDC*, 2009, p. 383-415.

américaines¹¹. Au vrai, ces dernières paraissent tout à fait étranges au juriste français, peu habitué à lire des contrats rédigés sur des dizaines de pages et dont l'enjeu pour le contradicteur est d'y découvrir la faille. Les japonais, au contraire, préfèrent employer des conventions très courtes, placées sous l'égide de la loyauté contractuelle. L'argument invoqué est qu'ils ne souhaitent pas être prisonniers de la lettre d'un tel document, préférant laisser une grande souplesse dans l'exécution de la prestation¹². Le professeur Uchida Takeshi a mené une ample enquête empirique dont le résultat démontre que ces pratiques ne sont pas si différentes que celles de plusieurs pays occidentaux¹³.

Ainsi, comme nous venons de le voir, accorder une place centrale à la coutume en droit japonais serait tout aussi déplacé que de le faire pour le droit allemand par exemple. D'autre part, les caractéristiques de l'usager du droit au Japon sont aujourd'hui vivement disputées et nous pouvons dire que les raisons sont multifactorielles. L'explication culturaliste n'est qu'une partie d'entre elles et à tout le moins ces éléments ne peuvent être présentés comme figurant l'essence du droit au Japon, au sens où le phénomène serait prédominant dans sa mise en pratique.

Un autre aspect de pratique juridique informelle a retenu l'attention de la doctrine, notamment américaine : la régulation de l'économie et de l'activité des entreprises japonaises par la guidance administrative.

11. Cf. Hiroshi WAGASTUMA et Arthur ROSETT, "Cultural Attitudes Towards Contract Law: Japan and the United States Compared", *UCLA Pac. Basin. L. J.*, 1983, vol. 2, p. 76.

12. Takeyoshi KAWASHIMA, "The Legal Consciousness of Contract in Japan [Waga kuni ni okeru keiyaku no hō ishiki]", *Law in Japan*, 1974, trad. Charles R. STEVENS, vol. 7, p. 1-21. Traduit de Nihonjin no Hōishiki (*The Legal Consciousness of the Japanese*, Chapter IV, 1967)

13. Takeshi UCHIDA, "Keiyakuhō no gendaika 契約法の現代化 [Réactualiser le droit des contrats]", *NBL*, 1996, n° 584, 4.

B. La régulation informelle

L'expression guidance administrative est la traduction littérale de “gyōsei shidō 行政指導” qui désigne un mode de régulation informel pratiqué par les autorités japonaises, en particulier les ministères à vocation économique, et qui a permis de mettre en œuvre la puissante politique industrielle japonaise qui a fait le succès du Japon d'après-guerre.

Ce phénomène a été longuement décrit en 1987 par Frank Upham dans son ouvrage :

“*Law and Social Change in Postwar Japan*¹⁴”. L'auteur, après avoir exposé le contexte de l'administration japonaise, en particulier les liens étroits qu'elle entretient avec le secteur privé et l'unité des intérêts qui les anime, démontre comment la guidance opérée depuis Tokyo a pour vocation de mettre en œuvre la formidable politique industrielle du pays. Il décrit plusieurs cas dans lesquels la contrainte exercée par le gouvernement sur les acteurs économiques se manifeste de manière significative. Il analyse l'impact juridique de ces pratiques, qui ont pour résultat d'une part, de régler toutes les tensions suscitées en dehors des juridictions nationales, et par conséquent de les soustraire à tout contrôle judiciaire et d'autre part de laisser hors de portée de tout contrôle juridique les normes administratives produites par les ministères, en particulier la multitude d'autorisations auxquelles sont astreints les acteurs économiques.

L'emphase mise sur l'aspect informel et dissimulé des pratiques juridiques en matière économique a été portée à son pinacle par John O. Haley dans son ouvrage « *Autorité sans pouvoir : le Droit et le paradoxe japonais*¹⁵ » dans lequel il explique que le droit occupe une part mineure dans la société japonaise, la société serait plutôt organisée au travers d'un modèle de soumission générale de l'individu au groupe.

Ces analyses de la place qu'occupe le droit au Japon et à rebours celle attribuée à la régulation informelle, sont mises en question depuis plus d'une vingtaine d'années au Japon et en Europe. D'une part le gouvernement

14. Frank K. UPHAM, *Law and Social Change in Postwar Japan* [Droit et changement social dans le Japon d'après-guerre], Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 1987, Chapitre V: Legal Informality and Industrial Policy, p. 166-204.

15. John Owen HALEY, *Authority without Power: Law and the Japanese Paradox*.

japonais a fait le choix de réduire la portée de la guidance administrative en démantelant son mécanisme et en le rendant plus transparent et d'autre part l'explication strictement culturelle du phénomène juridique est vivement critiquée par les auteurs japonais eux-mêmes. En ce qui concerne la diminution du rôle de la guidance administrative, elle est due au vacillement de l'économie japonaise des années 90. De fait, en raison du contexte politique particulier du pays et notamment de l'instabilité politique permanente des dirigeants (la durée d'un mandat de premier ministre varie entre 1 et 5 ans, Abe Shinzo est le 63^e premier ministre depuis 1947), l'administration japonaise, hautement qualifiée, avait acquis un pouvoir immense. La crise financière qui commença en 1989 ("*bubble economy*") mit le pays au bord de la cessation de paiement et la responsabilité en a été reportée sur l'administration. Le pouvoir exécutif lui a alors retiré très largement ce pouvoir par un mouvement de réformes institutionnelles qui a conduit à la dissolution du ministère le plus puissant de l'époque : le MITI (ministère de l'industrie et du commerce international) et à la réapparition d'un ministère de l'économie aux domaines de compétence moins vastes. L'amoindrissement de ce facteur est tel que certains auteurs l'évoquent comme un phénomène passé¹⁶. Par ailleurs, l'analyse du droit japonais au travers de son influence confucéenne est considérée comme biaisée, elle teinte certes le droit japonais d'une légère coloration mais ceci ne permet pas de l'opposer aux systèmes juridiques occidentaux¹⁷.

Un dernier facteur doit être mentionné ici car il a considérablement influé sur la part d'informel dans le droit japonais : la volonté profonde des dirigeants japonais de réformer en profondeur leur pays. Cette volonté a été suscitée par la crise financière et s'est muée en réforme générale de toutes les institutions. Seul le droit permet d'atteindre de tels objectifs et ce mouvement qui a débuté dans les années 1990 est toujours en cours. Le système juridique, son amélioration, ses résultats, sont devenus une préoccupation centrale au Japon, et sans aucun doute sa prégnance sur la société japonaise est réelle¹⁸.

16. Harald BAUM et Moritz BÄLZ (éds.), *Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, Cologne, Carl Heymans Verlag, 2011, p. 22 et s.

17. Harald BAUM, "Rechtsdenken, Rechtssystem und Rechtswirklichkeit in Japan - Rechtsvergleichung mit Japan", *RebelsZ*, 1995, p. 258-292, spécialement p. 283-286.

18. Kahei ROKUMOTO, "Law and Culture in Transition", *AJCL*, 2001, vol. 49, p. 545-560.

Plutôt que de voir dans ces éléments de droit informel la marque de résurgence d'un droit enfoui dans des traditions culturelles, il nous semble plus juste d'y percevoir la convergence de plusieurs facteurs. En matière de relations personnelles, il nous semble que le Japon connaît une acception de la sphère privée légèrement différente de la nôtre ce qui impacte le domaine d'intervention du droit, d'autre part la volonté de résistance à un élément imposé depuis l'Occident a longtemps régné au Japon, mais ce sentiment est en net recul aujourd'hui, laissant place à une appropriation pleine et entière de cet outil qu'est le droit.

Il nous paraît qu'au Japon la sphère privée soit plus large que celle que nous admettons en France, à tout le moins que les pouvoirs publics souhaitent moins s'investir dans les relations interindividuelles, qu'elles soient familiales ou simplement conflictuelles. En matière de règlement d'organisation familiale, une très large place est laissée au consensualisme et les représentants de l'État n'ont pas de légitimité à pénétrer ce cercle tant que le conflit ne trouble pas l'ordre public. Cette attitude est néanmoins battue en brèche par des spécialistes de droit de la famille – dont de célèbres professeurs – qui œuvrent afin que les membres du groupe familial puissent trouver protection auprès des pouvoirs publics lorsque leurs libertés individuelles sont bafouées. Ces auteurs influents sont arrivés à faire entendre au ministère de la Justice l'urgence d'une réforme en droit de la famille.

Dans les autres domaines, l'importante place laissée à l'informel, ne doit pas faire oublier la part prédominante laissée au formel. Il serait tout à fait possible d'expliquer le succès incontestable du pays depuis le XIX^e siècle par sa foi dans le Droit et l'organisation juridique. Si en droit des affaires, la régulation durant l'accélération du développement économique (1960-1990) opérait de manière infra-juridique, ceci s'explique par la volonté de contourner un droit imposé par les forces d'occupation après la guerre, or ceci n'est plus d'actualité. Bien au contraire, le levier du droit a été largement employé et avec succès pour surmonter la crise financière du début des années 90. Il est aujourd'hui un élément d'importance majeure dans le fonctionnement et l'évolution du pays.

Droit comparé et thèses de droit

Marcel-René TERCINET

Professeur agrégé de droit public à l'Université Grenoble Alpes

Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Grenoble

Je ne peux commencer cette communication sans dire le plaisir ressenti et l'honneur éprouvé à me retrouver au Liban pour ce séminaire magnifiquement accueilli par l'Université du Saint-Esprit, sous l'autorité de M. le Recteur, le Père Mahfouz, et de M. le Doyen de la Faculté de Droit, le Père Hachem. Je me dois d'ajouter aussi, d'entrée de jeu, que c'est à l'initiative scientifique de M. le Professeur Daou que l'on doit ce séminaire puisqu'il avait lui-même, avec raison, suggéré, lors du séminaire d'Alexandrie en 2015, le thème des systèmes juridiques et rallié tous les suffrages à sa judicieuse proposition, particulièrement appropriée aux axes naturels de réflexion de la fédération plurinationale d'écoles doctorales que constitue l'École Doctorale de Droit du Moyen-Orient. Que tous soient remerciés chaleureusement en y associant Mme le Professeur Kamouh dont la contribution au succès du séminaire a été essentielle.

Dans ces remerciements d'ouverture, je ne saurais oublier M. le Directeur du Bureau Moyen-Orient de l'Agence Universitaire de la Francophonie, le Professeur Sabourin, et son équipe pour le soutien apporté à l'EDDMO, soutien constant dès l'origine puisque le BMO a porté cette Ecole sur « *les fonts baptismaux* ». La thématique, retenue pour ce séminaire,

de la concurrence, de la coopération et parfois de la confrontation des systèmes juridiques ne peut, en effet, être étrangère à l'AUF car ses membres et, plus largement, ceux de l'Organisation Internationale de la Francophonie se rattachent à la diversité des systèmes et parce que certains de ses membres pratiquent le pluralisme juridique, indéniable privilège ou lourd fardeau pour les sociétés multicommunautaires.

Ma gratitude s'adresse aussi à Mme la Présidente du conseil scientifique de l'EDDMO, Mme le Doyen Saadé qui donne à tout ce qu'elle entreprend, avec l'intelligence et l'énergie qu'on lui connaît, l'envergure intellectuelle qui est la sienne, celle de l'excellence.

Enfin, mes remerciements s'adressent aux Doctorantes et Doctorants qui sont venus nombreux assister au séminaire. Sans eux, le séminaire n'aurait pas de raison d'être. Il en a parce qu'ils sont présents, qu'ils ont participé activement aux ateliers prévus et qu'ils représentent la richesse et la diversité des études doctorales et, par conséquent, l'avenir de nos sociétés dont le tissu juridique est l'essence même. Pas de société sans droit : le droit n'est pas synonyme de contrainte. Il est vecteur de liberté et protecteur des libertés. C'est le Père Lacordaire qui disait – dans une phrase célèbre que tout étudiant débutant en droit doit inscrire dans son logiciel de formation – que la Loi libère. Un État sans droit est oppresseur et arbitraire.

La question qui doit être envisagée dans cette communication, celle du droit comparé dans les thèses, n'est, bien évidemment, pas de portée aussi large que la problématique qui vient d'être effleurée. Mais elle s'inscrit en pleine cohérence avec le thème abordé par le séminaire, celui de la diversité des systèmes juridiques dans le monde.

Comparer est un acte intellectuel qui est inhérent à la nature humaine. Tout être humain y recourt pour s'évaluer, s'améliorer, se perfectionner, s'enrichir, voire même se tranquilliser. On attribue à Talleyrand cette maxime : « *quand je me regarde, je m'inquiète, quand je me compare ... je me rassure !* ».

En droit, la démarche comparatiste est pertinente et fertile. Elle n'est d'ailleurs pas récente car elle est consubstantielle au droit. L'approche comparatiste est née avec le droit. Elle a coïncidé avec les origines du droit. Dans son traité sur la politique, Aristote fonde ses réflexions pour un

État idéal sur une analyse typologique des constitutions des cités grecques et « *barbares* ».

Certes, le droit comparé n'a véritablement pris son essor qu'au vingtième siècle mais il peut se targuer d'avoir des précurseurs illustres. Viennent naturellement à l'esprit, entre autres, les noms de Montesquieu (et son « *Esprit des lois* »), de Grotius en Hollande ou de Leibniz en Allemagne.

Le besoin de droit comparé n'a jamais été aussi fort qu'à l'époque contemporaine. La planète rétrécit sous l'effet de l'internationalisation des échanges, de la globalisation, de la mondialisation. La pression des normes internationales s'accroît de plus en plus. Les constructions supranationales se développent et prétendent agir, gouverner, légiférer à l'abri de frontières étanches – dont s'affranchissent depuis longtemps les firmes multinationales et que remettent en cause les êtres humains dans leurs migrations volontaires ou contraintes – est assurément voué à l'échec.

À ce titre, le droit comparé répond à un impératif d'ouverture du droit positif national. La connaissance des droits étrangers qu'il postule est facteur de compréhension et d'intelligence critique du droit national. Ce que l'on appelle couramment le « *droit comparé* » – la formule, on le verra, est discutable – est particulièrement approprié à la connaissance de son droit national, à une connaissance enrichie, de nature à bousculer légitimement le positivisme étroit qui prévaut parfois. Pierre Legrand, cité par Horatia Muir-Watt, disait que « *la comparaison permet de subvertir la grande machine positiviste en disposant des grains de sable dans ses rouages* ».

Ces fonctions diverses du droit comparé attestent de son incontestable utilité et l'on s'efforcera, dans une première partie, de développer cette idée de la pertinence de la démarche comparatiste dans les recherches doctorales (Paragraphe 1). Comment dès lors ne pas s'étonner de la faible place qui est faite au droit comparé dans les programmes d'enseignement du droit ? Certes, on trouve, dans les maquettes de formation juridique, des modules, souvent optionnels, de présentation de certains droits étrangers (droit britannique, droit américain), souvent ciblés sur un domaine de ces droits. Mais, il ne s'agit pas, à proprement parler, de droit comparé. On observe aussi la présence de modules de présentation des grands systèmes juridiques. Mais, si l'on se livre à une analyse purement verticale et cloisonnée de ces systèmes, le droit comparé peut en être

absent. Pourtant, qui peut douter de l'importance et du caractère très professionnel et valorisant de la connaissance des droits étrangers ?

Des comparatistes éminents ont produit des travaux fondamentaux qu'il s'agisse, entre autres, de René David, de Pierre Legrand, de René Rodière ou de Léontin-Jean Constantinesco. De plus en plus, le développement des mises en perspective comparatiste s'observe dans les travaux doctoraux par le truchement fréquent des co-tutelles dont le cadre est particulièrement adéquat lorsqu'il s'agit de comparaisons bilatérales. L'apport que l'analyse comparatiste offre à ces recherches doctorales n'est peut-être pas le seul motif d'un tel développement. Les thématiques comparatistes permettent à la fois d'ouvrir le champ des sujets potentiels qui, dans certaines disciplines, sinon s'épuisent, du moins tendent à se raréfier et surtout de renouveler l'approche de sujets dont la compréhension strictement nationale s'avère peu féconde parce que trop souvent déconnectée du contexte culturel.

Force est toutefois de reconnaître que, pour justifié qu'il soit, le choix du droit comparé dans la problématique d'une thèse ne conduit pas nécessairement le doctorant à naviguer sur un long fleuve tranquille. Difficultés et pièges l'attendent et la rigueur dans la méthode suivie doit prévaloir pour les surmonter, ce que l'on s'efforcera de montrer dans une seconde série d'observations (Paragraphe 2)

Paragraphe 1. De la pertinence de l'approche comparatiste dans les recherches doctorales

Avant même de se demander si le droit comparé est une science ou une méthode, il faut sans doute s'entendre sur ce que postule l'acte de comparer, s'accorder sur la définition de la comparaison. La meilleure définition qu'à mon sens, on ait proposé est celle du professeur Constantinesco dans son « *Traité de Droit comparé* », traité resté inachevé en raison de la disparition, en 1981, de son auteur après la sortie du troisième tome, le tome suivant annoncé, qui devait précisément déboucher sur la comparaison des droits dans le monde, n'étant jamais paru. Pour le professeur Constantinesco, « *la comparaison est une opération de l'esprit par laquelle sont réunis dans une confrontation méthodique les objets à comparer afin que leurs rapports soient précisés* ».

A. Comparer conduit à la révélation des rapports existant entre les objets à comparer, rapports de proximité, de ressemblance ou rapports de différence, de dissemblance. Appliquée au droit, la comparaison mène à la confrontation intellectuelle, des institutions, des concepts, des procédures relevant d'ordres juridiques distincts.

À priori, les comparatistes excluent du champ du droit comparé une telle opération qui serait pratiquée au sein d'un même ordre juridique. Cette exclusion est contestable ou, au moins, à nuancer car, à l'intérieur d'un même ordre juridique l'objet et la méthode du comparatisme peuvent être particulièrement recommandables lorsque cet ordre juridique est traversé par des divisions de fond, voire même par de véritables fractures. L'on peut songer à la "*summa divisio*" – dont la pertinence est parfois discutée – du droit privé et du droit public et l'illustrer par le travail réalisé par le Professeur René Chapus dans sa thèse monumentale « *Responsabilité publique et responsabilité privée* » qui développe une problématique guère éloignée d'une recherche en droit comparé.

La comparaison peut être globale et viser à mettre en parallèle deux ordres juridiques, voire deux systèmes juridiques. Une telle ambition n'est guère encourageable dans le cadre d'une recherche doctorale sauf si celle-ci a une finalité précise telle celle qui, par exemple, découlerait de l'analyse économique du droit à laquelle Mme le Doyen Gannagé a fait allusion au cours de la première journée du séminaire. On a vu, en effet, fleurir, dans le monde anglo-saxon, des études – sous le parrainage de la Banque mondiale – démontrant ou, plutôt, prétendant démontrer que le common law est, par nature, du fait de sa souplesse, de sa plasticité, mieux adapté aux exigences économiques de la mondialisation par opposition aux droits de tradition civiliste présentés comme des droits peu aptes à l'évolution du fait d'une rigidité induite par leur caractère législatif. Ce type de recherches comparatistes à visée globale et bien finalisées est envisageable.

Mais, plus sagement, dans les recherches doctorales, il est, sans nul doute, préférable – ne serait-ce que pour se garder d'un regard trop superficiel qui est difficilement évitable si l'on croit pouvoir embrasser un ordre juridique dans son entier – d'opter pour une comparaison à visée plus ciblée : par exemple, le recours à la théorie du risque en droit égyptien et en droit français, les droits successoraux des conjoints survivants ou encore le concept de légitime défense en droit libanais et en droit canadien.

Dans son choix initial, l'entreprise doctorale de comparaison peut être bilatérale. C'est une option sage, fréquemment retenue et qui se prête logiquement à la co-tutelle. Mais la comparaison poursuivie peut aussi avoir un caractère multilatéral. L'option est pleinement défendable à condition d'adopter un panel de droits cohérent. Une logique régionale est naturellement recommandable. De manière générale, une règle de bon sens doit être respectée : la comparaison n'est utile que si elle conduit à la mise en rapport d'ordres juridiques comparables du fait d'une histoire commune, d'une proximité culturelle, d'une structure sociale approuvée ou marquée par des influences réciproques ou unilatérales. L'exercice est sans intérêt s'il s'agit de confronter le statut de l'homme marié au Tibet (où l'on pratique parfois la polyandrie) et celui de l'homme marié au Brésil !

B. Comparer pourquoi ? Quelles sont les finalités du recours au droit comparé dans une thèse ? La réponse à la question appelle une interrogation sur les fonctions du droit comparé.

D'abord, l'emploi de la comparaison permet au doctorant d'approfondir sa connaissance et sa compréhension de l'ordre juridique auquel il se rattache. Ce regard extérieur, ce recul qu'apporte l'étude des droits étrangers analysés en parallèle favorisent la révélation, à l'instar des procédés utilisés pour la photo argentique, dans le droit national du doctorant, de ses insuffisances ou de ses vertus, de ses spécificités ou de son conformisme. En quelque sorte, le droit comparé favorise la connaissance de soi. L'observation du droit étranger met au jour des qualités et des défauts que la seule introspection du droit national ne dévoile pas. René Rodière disait que le droit comparé est un instrument de compréhension et d'intelligence du droit.

Ensuite, la comparaison des droits conduit à la critique. Nombre d'auteurs se sont accordés sur la reconnaissance d'une fonction subversive du droit comparé, thèse développée notamment par les professeurs Pierre Legrand et Horatia Muir-Watt. Par une compréhension critique du droit national, le droit comparé contribue à faire exploser le raisonnement simpliste qui tend à considérer que tout problème n'a qu'une solution et que la réponse juridique à la demande sociale est univoque. Le droit n'est pas infallible. Le droit comparé est un outil de lutte contre la paresse intellectuelle et l'immobilisme généré par un strict positivisme.

L'accord peut se faire aisément sur le profit intellectuel susceptible d'être tiré par le doctorant d'une analyse critique de l'objet de son étude par l'utilisation du comparatisme. Car l'un des reproches fréquemment adressés au « *produit* » de longues recherches doctorales est précisément d'offrir un résultat certes techniquement irréprochable, bien structuré et cohérent mais dont le lecteur ressort avec la sensation d'avoir avalé un bol d'eau tiède. Personne ne discutera le caractère faiblement attirant et peu stimulant de ce type de boisson qui pour être supportable, au Liban, doit être complété par une décoction de fleurs d'oranger !

Au total, le recours au droit comparé facilite l'expression de la personnalité du doctorant, sans lui faire prendre de risques inconsidérés vis-à-vis de son futur jury de soutenance, d'autant que l'appel au droit comparé est susceptible de déclinaisons utiles. En particulier, il facilite la mise en œuvre de l'un des conseils donnés par Mme le professeur Amal Abdallah dans sa communication sur la méthodologie de la thèse, à savoir, dans les conclusions de thèse, de pouvoir proposer des améliorations du droit positif national que l'on a confronté à un ou plusieurs droits étrangers, de pouvoir suggérer des réformes inspirées d'expériences juridiques réussies. De fait, la lecture des travaux parlementaires français fait apparaître que nombre de réformes législatives sont précédées non seulement, en vertu d'une loi organique du 15 avril 2009, d'études d'impact (quels sont les objectifs poursuivis ? quelles en seront les incidences y compris par ricochet ?) mais aussi bien souvent d'analyses juridiques comparatives. Le droit comparé s'offre à la fois comme un instrument d'intelligence et comme un vecteur de progrès du droit.

Alors, si conviction est faite que le comparatisme est une voie d'exploration recommandable pour les thèses – et à voir le nombre de thèses de droit comparé mises en chantier ou soutenues dans la région, cette orientation est largement suivie, il est souhaitable de disposer d'une méthode apte à prévenir les pièges que le comparatisme est susceptible de produire.

Paragraphe 2. De la méthode de prévention des difficultés engendrées par le comparatisme dans les thèses

En préambule, réglons une question qui a vu s'affronter nombre de comparatistes et qui présente un caractère relativement accessoire dans le

cadre de cette communication. Le droit comparé est-il une science, une branche du droit qui aurait son autonomie propre ou bien une méthode conduisant à l'évaluation des caractéristiques de droits appartenant à des ordres juridiques différents ?

Certains comparatistes « *fondamentalistes* », peu nombreux il est vrai, plaident pour la reconnaissance du droit comparé comme une branche autonome du droit au même titre que le droit commercial ou le droit du travail. D'autres comparatistes, beaucoup plus nombreux, retiennent le droit comparé comme une simple méthode. René David ou Etienne Picard s'inscrivent dans cette démarche à laquelle l'auteur de ces propos adhère sans réserve. C'est d'ailleurs pourquoi Jean Rivero contestait fort justement l'utilisation par les comparatistes de l'expression ambiguë de droit comparé qui tend à accréditer l'idée de l'existence d'une discipline propre et plaidait pour la formule dénuée de toute équivoque de « *comparaison des droits* ».

A. Le recours à une méthodologie fiable est nécessaire car les difficultés que le doctorant rencontre sont variées comme le sont les défauts observés lorsque les difficultés n'ont pas été surmontées.

Sans prétendre à l'exhaustivité, on relèvera, parmi les plus fréquemment constatés, un défaut de nature à rendre l'analyse et les résultats largement erronés qui tient à la superficialité de la comparaison. Le doctorant se borne à une confrontation des textes en ignorant la jurisprudence ou, plus gravement, en ne s'intéressant qu'à la jurisprudence de l'un des ordres étudiés et en négligeant le ou les autres ordres juridiques. Il en va de même si la recherche ne prend pas en compte l'application dans la réalité des normes abstraites ou des concepts théoriques, objets de la comparaison.

La superficialité est visible également lorsque l'auteur de la thèse s'est heurté au caractère difficilement accessible de l'un des droits examinés. L'obstacle se rencontre particulièrement si le doctorant, formé dans un cadre de droit dit continental, a choisi un ordre juridique étranger basé sur le common law. La problématique de l'accessibilité est quasiment identique si le droit de référence, objet de la comparaison, est un droit à dominante jurisprudentielle – tel le droit administratif – dont l'approche n'est jamais simple.

Le constat d'une thèse superficielle et approximative est analogue lorsque, devant l'étendue de la tâche de la recherche, le doctorant utilise des sources secondaires et effectue, en quelque sorte, un travail avec l'aide de sous-traitants dont la finalité de leur propre production pouvait être bien différente ou qui ont imprimé aux résultats auxquels ils sont parvenus une orientation de nature à fausser la vérité de la comparaison.

Le recours à ce type de sources de seconde main peut, évidemment s'expliquer, et il s'agit là d'une autre difficulté importante, par l'obstacle de la langue des sources primaires. Si la langue du droit étranger n'est pas connue du thésard, les risques de contre-sens sont réels. Les « *faux-amis* » pullulent. Les concepts peuvent ne pas avoir d'équivalent linguistique correct. On se heurte parfois à des termes intraduisibles. Le risque est toutefois limité pour les doctorants francophones dès lors que la recherche porte sur l'influence qu'a pu exercer le droit français sur telle ou telle discipline du droit d'un pays du Moyen-Orient. Mais la confrontation avec une autre langue juridique expose à des surprises. L'on ne peut que se féliciter des travaux réalisés sous l'égide de la Cour de Justice de l'Union Européenne pour disposer d'un vocabulaire juridique multilingue comparé.

Dans l'idéal, le parfait comparatiste devrait être un linguiste accompli. Cette vérité doit conduire à la prudence. Choisir de s'investir dans des recherches portant sur des ordres juridiques dont on possède au minimum la langue d'expression courante est de bon sens.

Ces obstacles sont ceux qu'un doctorant, entreprenant un travail de confrontation de droits, est susceptible de rencontrer dans sa phase de recherche. D'autres difficultés attendent le doctorant dans la construction et la présentation du produit de ses recherches. Le piège majeur est celui d'un déséquilibre lorsque l'ouvrage soumis à la soutenance se livre à une présentation parallèle, verticale en quelque sorte, des différents droits comparés en se bornant à tirer, en quelques lignes, dans le paragraphe final de chaque chapitre, une conclusion rapide, un jugement expéditif sur les similarités ou les différences constatées. Une autre forme de déséquilibre s'observe dans la rédaction d'une thèse, affichée comme un travail de mise en parallèle de deux droits (bien souvent Nord-Sud), qui consiste à traiter principalement du droit occidental – parce que les sources sont multiples, la doctrine de référence abondante, la jurisprudence riche – avec, de

temps en temps, dans le corps du texte, quelques développements rapides fondés sur l'analyse du droit moyen-oriental. Dans ce cas de figure, la construction n'est plus verticale mais bien horizontale. Elle n'en est pas moins déséquilibrée et en totale opposition avec l'étymologie même du verbe comparer qui est la conjonction de deux mots latins *cum* (avec) et *par* (égal). Comparer deux ordres juridiques différents, c'est les mettre en vis-à-vis à égalité, en refusant *a priori* l'idée que l'un des deux ordres serait prépondérant ou dominant.

B. Comment dès lors éviter les dangers et surmonter les obstacles identifiés pour donner tout son sens au recours au droit comparé dont l'usage est, redisons-le, toujours profitable ?

Par nécessité et peut-être par vocation, les comparatistes se sont toujours préoccupés de méthodologie. C'est, à coup sûr, la famille de juristes qui s'est le plus investie dans les questions de méthodologie. Le comparatiste qui a le plus poussé la réflexion dans ce domaine est le Professeur Constantinesco qui propose une méthode en trois temps couvrant la recherche proprement dite et la présentation des travaux, une méthode souvent reprise et prolongée (en particulier par Mme Jaluzot), que l'on qualifie de méthode des 3C et dont on se propose d'exposer le déroulement dans ses grandes lignes .

Trois temps, trois C, se succèdent dans le travail d'un comparatiste chevronné ou apprenti et conduisent à une comparaison argumentée et probante : connaître, comprendre, comparer.

Connaître consiste à analyser aussi complètement que possible, en allant à la source, les textes, la jurisprudence, la pratique des ordres juridiques que l'on se propose de comparer sans accorder une primauté, basée sur des présupposés, à l'un ou à l'autre, en adoptant une démarche scientifique. L'objectif est d'étudier le droit réel, effectivement mis en œuvre par le juge, le praticien, la société.

Comprendre est un temps essentiel qui donne tout son sens, toute sa valeur et tout son intérêt à la démarche en, il faut le reconnaître, forçant quelque peu la nature foncière des juristes. Car il s'agit de rechercher les causes, d'identifier les raisons de ce que l'on a observé sur le terrain du droit des ordres étudiés. À ce stade, le juriste ne peut rester dans un cadre purement textualisé. Il lui revient de recourir à toutes les approches

susceptibles de lui permettre d'appréhender le mode de production normative. L'on pense d'emblée à l'approche historique. Dans une thèse récemment soutenue par une doctorante syrienne, Mme Annaser, et que j'ai eu le plaisir de diriger, le sujet portait sur une comparaison de l'organisation territoriale de la Jordanie, de la Syrie et du Liban. L'étude fait apparaître des points communs que le passé de domination ottomane explique et des dissemblances parce que les puissances mandataires ont laissé leur empreinte et que la pratique d'administration locale britannique était fort différente de la pratique française.

L'approche historique doit s'accompagner de l'appel à la sociologie, à l'analyse des structures économiques et du modèle d'organisation sociale, à l'ethnologie, à la culture, à la religion sans oublier la prise en compte des caractéristiques naturelles (climat, hydrologie, relief...). René Rodière, comparatiste et maritimiste, donnait ainsi l'exemple du transport maritime et notait que le droit français favorisait l'utilisateur du transport, le chargeur, alors que le droit britannique privilégiait, à l'opposé, le transporteur lui-même, l'explication résidant dans les caractéristiques de la Grande-Bretagne qui, en tant qu'île, a toujours été orientée vers le transport par mer.

Enfin *comparer* est l'acte final de la confrontation méthodique menant à l'identification des éléments de ressemblance et de différence entre les objets juridiques comparés et à leur explication raisonnée.

Si une similarité est relevée, provient-elle d'un emprunt volontaire ? Comment ne pas évoquer le Doyen Josserand appelé à rédiger le Code libanais des Obligations et des Contrats ou bien le cas des pays latino-américains, de l'Égypte, de la Pologne, de la Roumanie qui réceptionnent le Code Napoléon ou celui de la Turquie qui choisit le Code suisse de 1907, écrit par un comparatiste, Eugen Huber ?

La proximité des droits comparés peut se justifier par, en quelque sorte, un arbre généalogique commun tel le droit romain qui a influencé toute l'Europe continentale. Elle peut tenir également à une évolution des besoins également ressentie. L'avancée irrésistible de la responsabilité sans faute ou le développement du droit de la concurrence en sont une illustration patente.

Ce processus de reconnaissance des éléments de similarité et de contraste et d'identification des causes est essentiel car il habilite le doctorant, dans la conclusion de sa thèse, à se risquer à prévoir l'évolution de tel dispositif législatif, de tel mécanisme juridique, de telle institution ou, à l'inverse à pronostiquer une absence de changement.

Pour conclure cette communication qui s'est voulue à la fois défense et illustration du « droit comparé » dans les études doctorales et mise en garde contre les difficultés que cette orientation est susceptible d'engendrer, l'auteur de ces lignes souhaite mettre l'accent sur les vertus profondes de l'opération de comparaison des droits et formuler un vœu.

La caractéristique incontournable du « *droit comparé* » est de démontrer, par son objet même, que toute construction humaine, à commencer par les constructions juridiques, est perfectible parce qu'imparfaite. Toute vérité juridique est relative. L'histoire n'est pas finie. Même si l'on s'accorde à constater un mouvement – en réalité partiel – d'universalisation ou, plus exactement, d'universalisme du droit, le droit ne peut prétendre à une validité planétaire. Le droit national a de l'avenir mais, fondamentalement, le regard sur le droit du voisin ne peut que favoriser sa progression.

Le vœu par lequel je désire achever cette communication est en relation directe avec des propos tenus durant ce séminaire par M. le Doyen Kassem et par M. le Professeur Abdel Hamid. Il est de voir se développer les thèses en « *droit comparé* » dans d'autres directions. Les doctorants du Moyen-Orient doivent s'intéresser aussi à la comparaison des droits pratiqués dans leurs pays et les doctorants européens doivent s'engager dans des travaux visant à analyser les relations, que l'on sait riches, entre leurs droits nationaux et les droits des pays de Moyen-Orient. En définitive, par le dialogue interculturel qu'il génère, le droit comparé est vecteur de connaissance de soi et d'autrui et, n'est-ce pas l'essentiel, facteur de tolérance.

Achevé d'imprimer
en novembre 2016

Kaslik, Liban

