



HAL
open science

Rapport de synthèse : La codification dans les pays de l'Océan Indien

Pierre Catala

► **To cite this version:**

Pierre Catala. Rapport de synthèse : La codification dans les pays de l'Océan Indien. Revue juridique de l'Océan Indien, 2004, 04, pp.149-158. hal-02541641

HAL Id: hal-02541641

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02541641>

Submitted on 14 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

RAPPORT DE SYNTHESE

Par Pierre CATALA
Professeur Emérite, Université Paris II

1) Les mots-clés que l'on relève dans les communications présentées au cours du colloque, révèlent des centres d'intérêt et des préoccupations partagés par les orateurs. Une attente commune porte sur la qualité du droit, dont on voudrait qu'il soit empreint de rationalité, de cohérence et de stabilité. Parce que la réalité observée diverge de cet idéal, il existe une demande générale de signification et de clarification du droit. Ces requêtes en vue d'un droit meilleur (ou moins mauvais) s'adressent à tous les producteurs de normes, et d'abord au législateur et au juge. Elles tendent à accroître la sécurité juridique, grâce à un droit plus accessible, c'est-à-dire mieux connu et mieux compris. On est tenté de penser que ces aspirations légitimes ont un caractère universel et intemporel. Attardons-nous quelques instants.

2) La sécurité juridique suppose un corps de règles de droit connues de tous ou connaissables. Toutefois, ni l'existence de ces règles, ni leur qualité, ne suffisent à garantir la sécurité espérée. Nécessaires, elles ne sont pas suffisantes. Le pouvoir doit assurer en outre leur effectivité. Un *habeas corpus* proclamé ne se suffit pas à lui-même : il faut que les autorités publiques tiennent la main à son application. Autrement dit, un Etat de droit a pour charge de sanctionner dans une juste mesure les comportements déviants.

Mais la sécurité juridique requiert aussi un minimum d'adhésion du corps social aux règles qu'on lui impose. Toute inflation des comportements déviants interpelle donc le législateur : la règle de droit est-elle inadaptée ou la sanction insuffisante ? Dans les sociétés d'aujourd'hui, dont l'évolution est prodigieusement accélérée par les innovations techniques et la circulation des informations, l'ajustement du droit et des faits apparaît beaucoup plus complexe et fragile que jadis.

3) Plus que jamais, l'accès au droit constitue un pré requis absolu de la sécurité juridique. Pour l'adulte, comme pour l'enfant dès la cour de l'école, il n'y a de justice possible que s'il connaît les « règles du jeu » et le prix de leur transgression. Le droit doit être communiqué, et éventuellement expliqué, pour être compris et respecté.

Au commencement il y a donc sa divulgation, dont le vecteur est l'écriture. Cette réalité, évidente pour les journaux et bulletins officiels qui publient les sources légales *stricto sensu*, vaut aussi pour les sources extra-légales qui ne sont pas officiellement soumises à publicité. C'est ainsi qu'il y eut, en France, la rédaction des coutumes, que l'on pratique dans les pays de Common Law les *restatements* de jurisprudence, que la *lex mercatoria* conduit aux Incoterms et autres principes d'Unidroit.

Il est vrai que l'écriture connaît, elle aussi, ses propres révolutions et ses âges : avant et après Gutenberg, *ex nunc* l'électronique. La numérisation des sources, alliée à l'Internet, augure d'une divulgation mondiale et instantanée des lois et des jugements, qui n'aura de limites que le respect de l'intimité des personnes.

4) Une telle perspective garantit l'accessibilité théorique du droit, mais nullement sa connaissance réelle par les citoyens, voire par les juristes eux-mêmes. Car il existe, au sein de la matière juridique, matière vivante, une sorte de cancer qui menace son effectivité. Le risque est que le droit tende à devenir non maîtrisable alors que sa divulgation atteint un apogée. Ce malaise comporte plusieurs causes que le colloque a abordées.

Première accusée, la profusion. Profusion des ordres juridiques, international, supranational ou interne, qui se superposent. Profusion des normes que chacun de ces ordres émet à l'adresse de populations différentes. Le danger de la profusion est double : que, d'une part, la quantité de normes dépasse les capacités de traitement du cerveau humain (c'est alors l'ordinateur qui prend le pouvoir) ; d'autre part, que d'inévitables incohérences s'insinuent, comme des virus, dans des systèmes trop complexes.

Deuxième coupable, l'obscurité. Il existe en nombre croissant, dans des domaines tels que l'urbanisme, la construction, l'environnement, la santé, des règlements si techniques que leur compréhension n'appartient qu'à une population d'initiés. Ainsi se constituent des zones ésotériques du droit. Il faut aussi compter avec la circulation de nouveaux concepts que les Etats échangent dans l'édification transactionnelle du droit supranational (le « raisonnable », le « substantiel »...).

Troisième fléau, la précarité. Toute société aspire à la fois au mouvement et à la stabilité, mais, de nos jours, le mouvement l'emporte sur la stabilité. Nous vivons une époque où les changements économiques et sociaux sont si rapides qu'ils créent une demande de réformes sans cesse renouvelée. Cependant, le droit s'éténue à courir derrière le fait. La loi a besoin de temps pour garder sa force. La loi précaire, reflet éphémère du politique et de l'économique, formule une norme dégradée qui glisse du droit vers le fait.

5) On parvient ainsi à la question centrale de ce colloque : la codification peut-elle porter remède à ces défauts avérés du droit que sont la profusion, l'incohérence, l'obscurité et la précarité des règles ? Les réponses du Sud sont apparemment différentes de celles du Nord, mais il ne s'agit peut-être que de différences superficielles.

I/L'OCEAN INDIEN

6) Il ressort du colloque que le problème de la codification se pose dans les pays de l'Océan Indien. Les communications présentées montrent aussi qu'il existe dans ces pays, à propos de ces problèmes, des constantes et des variables. Les constantes tiennent à la pluralité des héritages résultant des époques précoloniale et

coloniale. Les variables se situent dans le traitement de ces héritages durant la période postcoloniale qui a commencé il y a quelques dizaines d'années.

7) Le droit précolonial était de nature coutumière et, de ce fait, variable suivant les régions considérées. A Madagascar, cependant, certaines coutumes avaient été rédigées, grâce à la transcription écrite de la langue malgache, et, sans doute, à l'existence d'un pouvoir central.

Un facteur non négligeable d'unification se produisit avec l'expansion de l'Islam vers les contrées du Sud. Le Coran exerça dès lors son emprise sur les matières du statut personnel.

8) La colonisation dans l'Océan Indien fut essentiellement anglaise et française. Elle s'accompagna d'une dualité juridique, juxtaposant le droit local et le droit colonial. Au départ, le colonisateur légiféra pour sa propre communauté et au bénéfice de ses intérêts sans chercher à éradiquer les coutumes et le système judiciaire applicables au colonisé. Mais il semble que, progressivement, une intégration plus ou moins profonde se soit produite du droit colonial dans le droit local.

Plusieurs des pays concernés connurent successivement les deux colonisations et conservent aujourd'hui encore la double empreinte des systèmes juridiques français et anglais. C'est donc sur une mosaïque de systèmes plutôt que sur une tradition juridique moniste que ces pays, devenus des Etats indépendants, se sont efforcés de construire un modèle juridique propre. De cette période contemporaine, longue de quelques dizaines d'années seulement, plusieurs observations se dégagent.

9) Le devenir du droit y apparaît étroitement tributaire du politique. Là où l'instabilité politique a sévi, elle s'est révélée néfaste à la construction d'un droit national moderne, car il faut une volonté politique forte et durable pour mûrir de bonnes lois et faire des codes.

Lorsque s'est installé un pouvoir politique d'essence révolutionnaire, les réformes radicales qui en sont résulté sont allées au rebours des traditions et ont fait violence au corps social. Ce fut le cas, notamment, des Etats gagnés par l'utopie marxiste, qui se solda par l'isolement du pays et une sorte de pétrification de ses lois.

Inversement, d'autres jeunes Etats ont avancé dans la voie de la démocratie, sous le signe de la stabilité politique, sans rupture brutale avec les héritages coloniaux. On y a valorisé et non détruit ces héritages, afin que l'appropriation de ce patrimoine et son assimilation servent à construire un droit adapté au pays.

10) Les chemins sont multiples qui conduisent à l'édification d'un modèle juridique moderne et respectueux de l'identité du pays. Ce dessein passe par une consécration partielle des sources autochtones, notamment dans les domaines de la famille et de la propriété foncière. Mais plusieurs difficultés surgissent dans cette voie.

L'une d'elles tient au passage de la coutume à la loi. Cette mutation du droit coutumier en droit écrit pose des problèmes de transcription, de modification et, le cas échéant, d'abrogation, dont le traitement s'est révélé délicat.

Un autre dilemme provient des interférences que certaines religions, dont l'Islam, entretiennent avec le droit. Il est reconnu dans la déclaration universelle des droits de l'homme que la liberté de conscience fait partie des droits fondamentaux et qu'elle inclut le libre exercice des pratiques religieuses. Mais il est un autre principe, auquel sont tout aussi attachées les démocraties libérales, celui de la laïcité de l'Etat qui inclut la séparation des domaines spirituel et temporel, ainsi que la neutralité réciproque des églises et du pouvoir séculier. Or, ce cloisonnement apparaît difficile à réaliser dans des pays à culture musulmane dominante, qui tolèrent des dérogations importantes au principe de laïcité.

Le communautarisme qui en résulte se traduit par la reconnaissance de statuts personnels gouvernant le droit de la famille et des successions. Dans sa version la plus accusée, le communautarisme ajoute aux statuts personnels des organes judiciaires particuliers, seuls compétents pour connaître des litiges relevant de ces statuts. La nécessité s'en suit de poser des règles de conflits de lois, et éventuellement de juridictions, au sein de l'ordre juridique interne.

11) A côté du droit traditionnel transcrit de la coutume ou issu de la religion, prend place un droit moderne dont la source se trouve, au moins en partie, dans l'héritage colonial. Il correspond aux matières de droit public, au droit pénal, au droit des contrats et des affaires et aux procédures.

Depuis l'indépendance, on assiste à une écriture ou à une réécriture progressive des règles du droit colonial. Dans tel pays elle prend la forme d'une modernisation et d'une adaptation des codes napoléoniens. Dans tel autre s'opère la codification formelle d'une « Common Law » dépaysée et évolutive. Quelle que soit la méthode suivie, l'objectif est d'intégrer le vieux fonds colonial dans un modèle juridique ajusté à la culture et à l'économie nationale.

12) La survie des traditions juridiques diverses qui ont coexisté dans les pays de l'Océan Indien devrait logiquement aboutir à des systèmes de droit morcelés et cloisonnés. C'est effectivement la première impression qui se dégage des contributions présentées au colloque. Mais celles-ci montrent aussi que se dessine un peu partout une tendance à la mixité, voire à l'intégration des sources historiques. Ce faisant, le droit nouveau prend à son compte la dimension du temps pour conserver le meilleur de ses apports.

C'est ainsi que certaines coutumes se coulent dans les lois écrites, par respect pour l'héritage précolonial. De façon plus remarquable encore, il arrive que l'on combine des apports coloniaux successifs provenant de modèles présentés comme inconciliables. A Maurice, par exemple, le code Napoléon se voit complété par de nouveaux textes inspirés de la Common Law, et mis en œuvre devant les tribunaux selon la procédure civile anglaise. Dans l'ensemble des Etats concernés, une démarche plus ou moins avancée selon le taux des turbulences politiques survenues

depuis l'indépendance, va vers l'avènement d'une législation et d'une codification nationales.

13) Mais il y a aussi la dimension de l'espace qui soulève une autre question. La relative proximité des Etats insulaires de l'Océan Indien favorisera-t-elle, dans une nouvelle étape de leur évolution, un rapprochement de leurs modèles juridiques ? Il est certain que la mobilité des personnes, des services et de l'argent joue dans le sens d'un développement des échanges qui ne peut demeurer sans conséquence juridique. La sécurité du commerce international a tout à gagner de l'adhésion des partenaires à des règles communes. Sachant que nombre de pays africains ont souscrit au protocole de l'OHADA, on ne s'étonnera pas que plusieurs pays de l'Océan Indien envisagent de les rejoindre, s'ils ne l'ont déjà fait. Il paraît donc prévisible qu'à plus ou moins long terme des droits internes actuellement autonomes s'harmoniseront par l'adoption de normes internationales communes.

Il se peut qu'une évolution plus générale et contraignante accélère ce processus. On pense aux exigences des organismes financiers internationaux qui imposent des contrats-types pour les opérations bénéficiant de leurs crédits. On pense surtout aux tentatives d'organiser à l'échelle mondiale des pratiques communes à tous les Etats, qu'il s'agisse de commerce, d'environnement, de santé publique ou de lutte contre la criminalité. C'est alors rejoindre une problématique que les pays du Sud et du Nord ont également en partage.

II/ LA FRANCE ET L'EUROPE

14) Un des grands mérites de ce colloque a été de placer son thème sur le mode de la comparaison, et non de la confrontation, nord-sud. De façon quelque peu inattendue, mais fort intéressante, il en ressort que des circonstances analogues posent des problèmes du même ordre dans des régions si différentes *a priori*. Pour en prendre conscience et en découvrir la logique profonde, il suffit de considérer l'Europe comme un archipel de nations en phase de mutation.

Ces nations possèdent, pour la plupart, une tradition de droit écrit et de codification. Mais leurs droits écrits sont assez dissemblables car la famille romano-germanique à laquelle ils passent pour appartenir, n'est pas une famille nucléaire ; elle est tout au plus une de ces familles souches au sein desquelles les liens de parenté se sont distendus. D'autres nations, qui côtoient les précédentes, connaissent au contraire le système de Common Law qui a pris naissance sur leur territoire et qui a lui-même tendance à s'y diversifier. C'est dire que l'organisation juridique de l'Europe est une mosaïque de droits nationaux dont la diversité va du sommet qu'est la constitution, jusqu'à la base où prolifèrent les règles propres des entités territoriales. Cette disparité apparaîtrait bien plus profonde encore si l'on se reportait quelques années en arrière, dans le passé tout récent où les pays de l'est européen se trouvaient assujettis au droit soviétique.

15) Depuis la fin du second conflit mondial, cependant, un puissant mouvement rassemble les pays européens autour de règles juridiques communes.

Les traités qui fondent ce rapprochement comportent un nombre croissant d'Etats (de 6 naguère à 25 demain). Ils ont donné naissance à des organes communs qui ont reçu délégation des Etats membres aux fins d'émettre des normes supranationales. Ainsi se constitue un droit européen dont le respect par les Etats est sanctionné par une Cour de justice elle-même européenne.

Ce droit supranational est formellement un droit écrit sous forme de règlements et de directives. Mais c'est un droit transactionnel, dans lequel les nations se concèdent des abandons réciproques de leur tradition juridique. Il s'élabore sous le signe de la mixité, comme il se fait, mais à une autre échelle, dans l'Océan Indien. On y découvre donc des concepts empruntés à certains ordres juridiques nationaux et inconnus ailleurs, des concepts familiers à certains juristes et étrangers à d'autres.

Cela étant, la Cour européenne remplit un rôle essentiel dans l'interprétation du droit communautaire, dont ses arrêts complètent l'édification. A l'expérience, il apparaît que la Cour détient un large pouvoir normatif, qui est à la mesure des imperfections et des obscurités latentes dans les règlements et directives entérinées par le Parlement et l'exécutif européen. De sorte que l'on peut se demander si un droit écrit au départ ne se teinte pas de Common Law à l'usage, par la force des précédents jugés à Luxembourg.

Le phénomène, au reste, n'est pas propre à l'Union européenne. On en dirait à peu près autant de ce que fait, au nom du Conseil de l'Europe, la Cour de Strasbourg à partir de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

16) L'avènement d'un droit européen qui investit, au fil des nouveaux traités, un nombre croissant de domaines, pose de sérieux problèmes aux nations concernées.

Tout d'abord, l'ordre juridique supranational trouble profondément la hiérarchie des normes au sein des droits nationaux. En France, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont admis, non sans mal, que les arrêts des cours européennes l'emportaient sur les lois nationales. D'où il suit qu'une décision rendue à Luxembourg ou à Strasbourg suffit à effacer d'un trait de plume tout un chapitre du Code civil. D'où il suit encore que le législateur français, déjà soumis au contrôle de la constitutionnalité de ses lois, l'est aussi désormais à un « contrôle de conventionalité » exercé par le Conseil constitutionnel et, en dernier recours, par les instances européennes.

Le trouble s'insinue aussi, dans la délimitation des compétences entre le droit européen et le droit dérivé des Etats membres. Elle est régie par le principe dit de « subsidiarité », très clair dans son énonciation abstraite, mais sujet à d'incessants débats dans son application pratique.

Indépendamment, enfin, des querelles de préséance et de territoire, le droit européen se voit fréquemment critiquer en lui-même, dans sa forme et son contenu. On lui fait grief volontiers d'être surabondant sinon logorrhéique, ensemble

compliqué et incertain, souvent touffu et parfois contradictoire. Il présenterait donc les défauts recensés au seuil de ce rapport, qui suscite une demande de clarification, de simplification et de cohérence.

Ainsi revenons-nous au point de départ, c'est-à-dire aux remèdes possibles de ces maux, et plus précisément à la codification. Celle-ci n'est-elle de nature à améliorer des systèmes de droit surchargés de normes et, partant, l'accès au droit ainsi que la sécurité juridique ? Au bilan du colloque on a le sentiment que les deux modèles reconnus de codification peuvent, par un usage distributif, porter secours à des imperfections différentes.

17) La codification-compilation de droit constant est de nature à améliorer l'accès au droit, à en débusquer les contradictions, à nettoyer le *corpus* en élaguant les branches mortes. Faut-il, dès lors, recourir systématiquement à la compilation pour en retirer de pareils bienfaits ? A la lumière de l'expérience, la réponse est : pas toujours.

Oui, si la matière juridique considérée a atteint une maturité garante d'une stabilité appréciable. Quand on peut parier sur une relative longévité des textes, le moment est favorable à la compilation, sachant tout de même qu'il faudrait lever l'hypocrisie du droit dit « constant », et clarifier le rôle respectif dans l'opération des pouvoirs législatif et exécutif. Ainsi peuvent apparaître dans la famille des codes d'utiles nouveaux venus, tels que le Code des Assurances ou de la Propriété intellectuelle.

Non, si le terrain est instable, si les textes susceptibles de regroupement sont sujets à de fréquentes retouches, s'il s'agit, en un mot, d'une codification à droit inconstant. Il est déraisonnable de qualifier codes des recueils de textes qui cessent d'être à jour avant que l'encre n'en soit sèche. Mieux vaut alors se contenter de catalogues de textes actualisés en permanence. C'est aujourd'hui le rôle des banques de données. Il appartient à l'autorité publique, et concurremment aux éditeurs, de produire dans les meilleurs délais une version consolidée des textes législatifs et réglementaires dont la lecture à l'état brut est indéchiffrable. Cela étant, l'ordinateur peut évidemment constituer des ensembles cohérents de textes tenus à jour, que rien n'empêcherait d'intituler « codes électroniques » puisque cette appellation n'est pas contrôlée et que l'adjectif électronique suffit à suggérer la volatilité du contenu...

18) Toute autre est la fonction de la codification-modification, qui prend souvent le visage d'une recodification. Celle-ci se veut porteuse de rationalité, de cohérence et de stabilité. Elle devrait constituer pour le législateur une ardente obligation à l'accomplissement de laquelle l'Université peut aider. Mais, plus encore que pour la compilation, il faut que soient remplies des conditions difficiles à réunir. A la différence des lois ordinaires, les codes ont pour mission de fixer le droit pour un temps si possible long et de constituer des ensembles dont la cohérence interne a été vérifiée. Cela n'est possible que par le recours à une unité de méthode et de style. Cela suppose une réflexion aboutie, une vision globale de la matière, un pronostic

crédible du futur, et la formulation de normes assez générales pour se prêter à des interprétations constructives.

S'agissant de la France, on a vu comment ont fonctionné et où en sont les deux modes de codification. L'analyse critique de cet exemple pourra peut-être servir les pays de l'Océan Indien, et, pourquoi pas, la construction européenne.

2^{ème} partie
Doctrine

