

Transferts de technologie juridique en Asie du Sud-est

Jean Marie Crouzatier

Professeur, université Toulouse 1 Capitole

Les progrès de la mondialisation ont transformé les systèmes juridiques et judiciaires des pays d'Asie du Sud-est en immenses chantiers ; en particulier, l'adhésion à l'OMC de la plupart d'entre eux au début des années 2000 a nécessité une entreprise de réfection générale. Le choix des gouvernements pour un système inspiré du modèle japonais, ou nord-américain, ou allemand ou encore français a suscité des critiques de tous ordres, pertinents pour certaines, peu fondés pour la plupart. C'est dans la seconde catégorie qu'il faut ranger l'argument selon lequel le choix d'un système juridique particulier empêcherait un pays de commercer avec ses voisins de la région ayant adopté un système juridique différent ; en réalité, un système juridique très dissemblable n'a jamais empêché les entreprises nord-américaines de faire un commerce fructueux avec le Mexique, le Japon d'investir massivement en Australie et Singapour de réaliser des *joint ventures* en Thaïlande... C'est ainsi que le Cambodge a intégré l'ASEAN bien qu'il ait opté pour un système juridique largement inspiré du droit français, pour des raisons historiques.

Les observations qui suivent ont été inspirées par une controverse alimentée par des « experts » nord-américains et australiens contre le choix du gouvernement cambodgien – à la suite de l'adhésion du pays à l'ASEAN – de moderniser son droit commercial en s'inspirant des principes du droit français des affaires. Car malgré le départ de l'APRONUC en 1994 et le recouvrement de sa souveraineté, le Cambodge reste l'une des destinations privilégiées de ces *high level experts* nord-américains et européens qui codifient le processus de démocratisation des pays du Sud dans les domaines plus divers : procédures de vote, lutte contre la corruption, réinsertion des militaires démobilisés, formation des juges...

Leurs critiques – bien que politiquement et idéologiquement orientées - invitent à s'interroger sur l'adéquation entre le système de droit français qui

prévaut au Cambodge et celui des pays asiatiques voisins : une telle question mérite le détour, à condition de définir au préalable les termes utilisés dans son énoncé.

Droit français ou droit européen ?

La question reflète un constat : celui de la multiplicité des droits dans le monde, et en Asie. D'abord, chaque Etat possède un droit qui lui est propre ; ensuite, la société internationale applique un droit particulier : le droit international ; enfin certaines communautés non étatiques - principalement religieuses - ont également leur droit : droit musulman, droit canonique, droit hindou. Ces droits sont nés dans des contextes historiques, sociaux et culturels variés ; les règles qu'ils énoncent sont donc différentes, les solutions qu'ils apportent aux problèmes juridiques sont généralement spécifiques. Mais la multiplicité des droits ne tient pas seulement à la variété des règles qu'ils comportent : chaque droit constituant un système, il utilise un certain vocabulaire, et comporte l'emploi de certaines techniques et de certaines méthodes. Il est donc lié à un univers culturel et idéologique qu'il reflète.

Beaucoup ont compris l'utilité de comparer les droits, parfois pour tenter de les rapprocher. L'intérêt de la comparaison des droits est double : elle permet de mieux connaître les cultures des Etats et des peuples étrangers, de les comprendre, et de pouvoir ainsi mieux communiquer avec eux ; dans le même temps, elle nous conduit à réfléchir sur nos valeurs et nos catégories, à nous remettre en question, et finalement à mieux nous connaître nous - mêmes. Mais les difficultés qui attendent le comparatiste ne manquent pas : la traduction des termes et des expressions juridiques en est la première pour qui ne possède pas parfaitement la langue étrangère ; d'autant que les formules employées par les théoriciens et praticiens du droit sont souvent elliptiques et ne rendent pas toujours compte de la réalité. Une autre difficulté tient à l'étrangeté de la pensée juridique lorsqu'elle relève d'une aire culturelle très éloignée ou différente de la sienne : car comme on l'a dit, le droit est lié à une certaine conception de l'ordre social qui détermine ses fonctions. Enfin il faut souligner l' inexplicable absence d'une théorie du droit comparé : alors que la comparaison des droits est chose aussi ancienne que la science du droit, la méthode comparative reste encore à définir et systématiser.

Ces difficultés doivent être considérées avant de procéder à une comparaison, c'est à dire à un rapprochement des règles, des techniques et des raisonnements juridiques. Par delà la variété des règles et la diversité de leur contenu, il est possible de dégager des éléments communs à plusieurs systèmes juridiques, et de les grouper ainsi en "familles" de droits. Ce classement permet ensuite d'étudier les rapports entre ces "familles", leurs influences réciproques et les emprunts éventuels.

Si l'on veut bien accepter ces prémisses, « le droit français » n'existe pas ; ou plutôt, il n'est qu'un des membres d'une grande famille : celle du droit européen continental. Cette famille est également dénommée, de façon plus correcte, romano – germanique ; elle tire ses origines du droit romain antique et du droit allemand. Elle est aujourd'hui dispersée dans le monde entier, dépassant largement les frontières de l'Europe : elle englobe l'Amérique latine, une large part de l'Afrique, les pays du Proche-Orient, le Japon et l'Indonésie. Cette extension n'est pas, comme on le prétend, le résultat de la seule colonisation, mais provient plutôt des facilités de réception et d'adaptation dues à la technique juridique de la codification. Dans tous les pays de la famille romano germanique, le droit est considéré comme un ensemble de règles de conduite générale ; ces règles sont rassemblées et ordonnées dans des codes qui permettent aux juges et aux citoyens de les retrouver et de les connaître, et donc d'en déduire la manière dont telle difficulté doit être résolue. Dans tous les pays de la famille romano germanique, les règles de droit sont groupées dans les mêmes catégories : celles du droit public et du droit privé. Cette distinction est fondée sur une idée évidente aux yeux des juristes : les rapports entre gouvernants et gouvernés posent des problèmes propres et supposent une réglementation autre que les rapports entre personnes privées. L'intérêt général et les intérêts particuliers ne peuvent être pesés sur les plateaux d'une même balance ; en d'autres termes, l'intérêt général n'est pas la somme des intérêts particuliers. Dans tous les pays de droit romano germanique, on retrouve à l'intérieur du droit public et du droit privé les mêmes branches fondamentales : droit constitutionnel, droit civil, droit pénal, droit commercial, droit international...

La même correspondance entre les catégories, les institutions et les concepts permet de traduire du français en allemand, espagnol, italien, hollandais,

portugais, les mots du vocabulaire juridique. Les méthodes employées peuvent varier selon les lieux et les pays ; mais le vocabulaire est le même et sert à exprimer les mêmes idées. Cette conception de la règle de droit et la pratique de la codification ont l'avantage de la simplicité et de la clarté : d'une part elle rend la connaissance du droit français, ou d'un autre droit du système, plus facile à acquérir que celle d'un droit rattaché à la *common law*, laquelle est intéressée par les procédures plus que par les principes. D'autre part, il y a dans les pays de la famille romano germanique moins de production juridique que dans les pays de *common law* où sévit l'inflation jurisprudentielle.

On pardonnera cette digression académique ; le propos était simplement de montrer qu'en s'inspirant du droit français, le Cambodge ne s'enfermait pas dans un tête-à-tête de type néo colonial mais s'ouvrait largement sur l'Europe, l'Amérique latine, l'Afrique. Et il n'est pas le seul en Asie à avoir fait ce choix.

L'introuvable droit asiatique

Il faut maintenant s'intéresser au second terme de l'énoncé : le droit des pays asiatiques voisins. Un rapide survol suffit pour affirmer qu'il n'existe pas « un » droit des pays asiatiques. À commencer par les pays qui forment l'ensemble géographique et économique de l'ASEAN. La Thaïlande, les Philippines, Singapour, la Malaisie, Indonésie, Brunei et le Myanmar se différencient nettement sur le plan juridique : la préservation de l'héritage britannique place Brunei, la Malaisie et Singapour dans la famille de la *common law* ; la colonisation espagnole aux Philippines, la hollandaise en Indonésie ont amené ces pays à faire partie de la famille romano germanique ; la Thaïlande a tiré une large part de son droit de ce système juridique (en particulier son conseil d'État et ses juridictions administratives sont inspirés du modèle français). Si l'on considère ensuite les pays de l'ex Indochine (Viêt-nam, Laos), la prégnance du droit français est incontestable. Si on élargit la perspective vers l'Extrême-Orient, la Corée du Sud, Taïwan et le Japon conservent des liens étroits avec la famille romano germanique depuis les codifications intervenues à la fin du XIXe siècle. Il en est de même en Chine où traditionnellement le droit est codifié ; dans la pensée chinoise, la codification du droit facilite la consultation des règles et surtout l'application de la loi fondée sur la combinaison de différentes dispositions ; cette prédilection pour la codification a été conservée à toutes les époques, depuis le code des *Tang* au VIIe siècle. Si l'on regarde enfin de l'autre

côté de l'océan Indien, Madagascar, les Comores, l'île Maurice et les Seychelles appartiennent tous à la francophonie juridique.

Existerait-il un « fond commun » plus ancien comme le laissent à penser les propagateurs de l'expression « valeurs asiatiques » ? On sait comment dans les années 1990, les progrès de la mondialisation se sont accompagnés de manifestations de résistance, notamment sur le plan culturel, de la part des sociétés non-occidentales (en particulier les sociétés asiatiques) contre le discours occidental sur les droits de l'Homme, sa prétention à l'universalité indépendamment des différences sociales et culturelles, et son hypocrisie puisque ces mêmes Occidentaux qui prétendent imposer partout dans le monde leur vocabulaire et leur conception des droits de l'Homme sont par ailleurs incapables de les réaliser chez eux.

L'alternative présentée par certains dirigeants d'Asie reposait sur quelques valeurs communes aux sociétés asiatiques, par delà leur diversité ethnique, culturelle, religieuse, politique et économique. Ces valeurs relèvent d'une vision communautaire de la société : d'abord l'être humain est conçu en Asie comme essentiellement social ; l'idée occidentale d'opposer l'individu et la société ou l'Etat est complètement étrangère aux traditions asiatiques. Ensuite, cet individu a des devoirs à l'égard de la communauté et doit développer les vertus nécessaires à l'accomplissement de ses devoirs ; l'éducation doit l'aider à faire ce qui est juste et nécessaire (alors qu'en Occident l'individu est invité à choisir par lui-même sans se fier à la tradition). Enfin l'individu occupe une position spéciale dans la société ; cette dernière étant hiérarchisée, il doit cultiver les relations sociales en fonction de cette position. Comme on le voit, les contradictions avec la conception occidentale sont évidentes : le culte de l'individualisme d'un côté, le sens de la communauté de l'autre ; la liberté individuelle / les obligations sociales ; l'égalité / la hiérarchie ; l'individu contre le pouvoir / l'individu demandant la protection du pouvoir.

Ce dernier point mérite d'être développé car il permet d'éclairer les conceptions différentes du pouvoir politique et des relations qu'il entretient avec les individus. La pensée libérale, dominante à l'Ouest, se caractérise par sa méfiance à l'égard du pouvoir en général, et du pouvoir politique en particulier. Rien de tel en Asie où les plus anciennes théories politiques et religieuses, en Chine et en Inde notamment, présentent le pouvoir comme nécessaire, et un

pouvoir fort comme désirable. Sans lui la société en reviendrait au chaos originel ; lui seul organise le monde et lui donne un sens (notamment lui donne la justice, en protégeant les faibles contre les puissants). Ce pouvoir n'est pas pour autant totalitaire, c'est à dire destructeur des relations sociales : au contraire, on connaît l'importance en Asie des relations de groupes, familles ou clans. Mais ces relations portent aussi la marque de la conception asiatique du pouvoir : il s'agit de relations inégales, de domination du point de vue du supérieur, de dépendance du point de vue de l'inférieur. Ce sont ces réseaux - souvent informels, mais durables - qui structurent les sociétés asiatiques. On comprend dès lors les réticences des gouvernants asiatiques à promouvoir dans leur pays le concept occidental de droits de l'Homme. La notion de liberté individuelle n'est certes pas inconnue en Asie ; mais l'accent est mis sur la collectivité et non sur l'individu, sur l'esprit d'émulation et non sur la performance individuelle, sur le travail d'équipe et non sur la satisfaction d'intérêts personnels.

L'expression « valeurs asiatiques » recouvre donc incontestablement une conception du monde originale, différente de la conception occidentale dominante. Pour autant, ces valeurs ne valident pas l'existence d'un système juridique unique ou commun aux peuples d'Asie. Ces derniers se partagent entre leur système juridique et judiciaire traditionnel et les emprunts effectués auprès de pays étrangers – ou imposés par ces derniers.

Deux remarques découlent de ce rapide aperçu : d'une part, le Cambodge n'est pas « juridiquement » isolé face à l'ASEAN ; cette association n'est pas fondée sur une conception cohérente, fermée du droit ; elle juxtapose au contraire des pays aux traditions et aux systèmes juridiques très divers. En intégrant l'ASEAN, le Cambodge a apporté sa sensibilité juridique propre et ses institutions spécifiques, sans avoir à redouter un quelconque anachronisme par rapport aux autres membres. D'autre part, le Cambodge peut beaucoup apprendre de l'expérience juridique de ses voisins ; la plupart ont su intégrer les éléments tirés de différents systèmes pour édifier un ensemble juridique original, adapté à leur spécificité culturelle et aux nécessités du moment. La Thaïlande est un séduisant exemple de ces pays de « droit mixte ».

La tentation du droit mixte

C'est pour échapper aux menaces colonisatrices des puissances occidentales que les dirigeants siamois, au début du XXe siècle, décident de modifier en profondeur le système administratif, juridique et judiciaire du royaume. La nécessité d'une réforme juridique n'était pas due au manque de lois ; en fait, les monarques légiféraient beaucoup ; mais les textes s'enchevêtraient ; ils étaient difficilement accessibles et peu clairs. Plus grave encore, les étrangers refusaient de s'y plier, considérant ces lois comme archaïques et peu adaptées aux relations économiques qu'ils voulaient fonder sur des rapports interpersonnels et commerciaux. Alors qu'à l'époque, le droit anglais était mieux connu des juristes siamois, le roi Chulalongkorn décida pourtant d'opter pour un système fondé sur la codification, pensant que le système du code civil était plus rationnel, plus clair et plus didactique. D'ailleurs, plusieurs experts francophones ont contribué à la codification du droit traditionnel thaïlandais à cette époque. L'essentiel du droit thaïlandais est donc un droit écrit sur la base de quatre codes principaux : code civil et commercial, code pénal, code de procédure civile, code de procédure pénale. L'appartenance à la famille romano germanique entraîne également le dualisme droit public – droit privé, une distinction qui a été consacrée par la création récente d'une juridiction administrative séparée de la juridiction judiciaire. Mais l'application et l'interprétation du droit en Thaïlande sont compliquées par le fait que les juges judiciaires – pour la plupart formés à la *common law* – introduisent les méthodes anglo-saxonnes dans l'interprétation du droit. De plus la globalisation économique, commerciale et monétaire (marquée notamment par l'intégration de la Thaïlande dans l'OMC) a imposé directement dans le système juridique des règles du droit anglo-saxon, par le biais de la liberté contractuelle et surtout de l'insertion de la clause arbitrale (le droit applicable aux contrats et aux litiges étant souvent le droit anglais, nord-américain ou australien).

L'expérience menée depuis plus d'un siècle par la Thaïlande avec précaution et minutie démontre tout à la fois les avantages et les limites du procédé ; car ce dernier suppose un grand discernement des dirigeants, pour éviter que l'intégration ordonnée d'éléments juridiques divers ne devienne un kaléidoscope incohérent.

Car si le droit est un ensemble de normes, chaque droit constitue un système particulier : il emploie un certain vocabulaire correspondant à certains concepts ; il groupe les règles en certaines catégories, il comporte l'emploi de certaines techniques pour les interpréter, il est lié à une certaine conception de l'ordre social qui détermine la fonction même du droit. En d'autres termes, chaque langue véhicule des références, des concepts ; or des notions juridiques très précises dans une langue sont différentes – voire totalement étrangères – dans une autre langue. C'est d'ailleurs toute la difficulté de la traduction juridique, surtout entre droits relevant de familles différentes : quand changer de langue, c'est aussi changer de système juridique...

De ce point de vue, la différence entre la *common law* et le droit romano germanique est substantielle. Ce dernier cherche à découvrir les solutions de justice par une technique qui a comme point de départ la loi, alors que la *common law* vise le même résultat en employant une technique fondée sur les décisions judiciaires. Il en résulte une analyse différente de la règle de droit conçue sous un aspect principalement législatif et secondairement jurisprudentiel dans le droit romain germanique (les décisions de justice ne fixant pas de règles de droit), et essentiellement juridictionnel pour la *common law* (où la loi n'est pas regardée comme mode d'expression normale du droit : c'est ainsi que quand il n'existe pas de précédent jurisprudentiel, un juriste nord-américain dira volontiers «there is no law on the point », même s'il existe une disposition législative sur la question). La traduction de *legal rule* par règle de droit ne correspond, dans ces conditions, qu'à une approximation grossière.

Outre la notion de règle de droit, la différence porte également sur la méthode utilisée : historiquement, la préoccupation des juristes anglais jusqu'au XIXe siècle n'a pas été de déterminer les solutions les plus justes à apporter aux litiges ; leur attention s'est concentrée sur les procédures, variées et très formalistes. Aujourd'hui encore, l'idée que l'accusé doit avoir un *fait trial*, l'idée que l'on doit observer une procédure régulière, sont centrales dans le droit anglo-saxon, soucieux de l'administration de la justice et convaincu qu'une solution de bonne justice en découlera ; alors que le juriste français ou allemand voudra dire au juge quelle est la solution de justice, par-delà l'application de la loi.

Il en est de même dans le contentieux administratif : le contrôle des cours supérieures britanniques sur les décisions de l'administration porte sur la manière dont est conduite la procédure. On ne cherche pas à vérifier si la décision prise par l'administration est justifiée ou non ; l'essentiel est que la procédure ait été loyale... La différence concerne enfin les catégories et les concepts : à la place des grandes classifications (droit privé, droit public, droit commercial...), on retrouve la distinction de la *common law* et de *l'equity*.

L'insistance mise à distinguer les deux systèmes n'a pas pour objet d'exclure tout rapprochement, conciliation ou emprunt de l'un à l'autre. Il s'agit plutôt d'insister sur les limites de droit mixte. Il n'est pas concevable d'emprunter sans discernement des institutions ou des systèmes pour les amalgamer ; ce serait créer un monstre juridique inefficace. Par contre, il est possible pour un État qui aurait clairement opté pour un système et structuré son appareil juridique et judiciaire en conséquence, d'emprunter à un autre système telle technique qu'il juge plus adaptée à ses besoins. Mais il faut procéder prudemment.