

ENTRE PROFESSIONAL LAW ET POLITICAL LAW

AUTOUR DU « TRANSFERT » DE LA TRADITION ROMANO-GERMANIQUE EN TERRES BRÉSILIENNES

Rafael SUGUIMOTO HERCULANO

Chercheur au Max-Planck Institute für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (Frankfurt am Main)

Résumé: Cet article traite de la dimension politique de certains postulats du droit comparé. L'exemple du système juridique brésilien est utilisé pour montrer comment l'emploi de certains termes, qui servent de métaphores, peut être à la source de contresens et de difficultés si notre objectif est la compréhension correcte de la façon dont le droit est perçu et appliqué dans différents contextes. En ce sens, il est clair que le vocabulaire du droit comparé peut s'avérer incapable de montrer la véritable relation entre le droit et le fait.

Mots-clés: Droit comparé (méthodologie) – droit brésilien – dimension politique du droit compare

Abstract: *This paper deals with the political aspect behind certain assumptions of comparative law. The example of the Brazilian legal system is used in order to show how the use of certain terms, which function as metaphors, can be quite problematic if the goal of the comparison is the correct understanding of how law is perceived and applied in different contexts. In this sense, it is clear that comparative law lacks sufficient formulas capable of showing the true relationship between law and fact.*

Keywords: *Comparative Law (Methodology) – Brazilian Law – Political Dimension of Comparative Law*

En proposant une étude comparative des systèmes juridiques, il est quasiment inévitable d'utiliser certains termes et concepts afin de nous permettre de franchir la barrière entre une histoire locale et une histoire globale. Cependant, ces termes fonctionnent comme des métaphores qui négligent souvent la relation réelle entre un système juridique donné et son contexte social spécifique. Cela montre que l'étude du comparatisme juridique implique également de s'interroger sur la relation entre le droit et le fait. Par ailleurs, le questionnement de ces grandes métaphores¹ nous amène à des problématiques adjacentes au droit, en raison de l'aspect sociologique et politique, voire géopolitique, que revêt l'idée de comparer les systèmes de droit. Dans cette perspective, le comparatisme juridique présente un caractère multidisciplinaire qui mérite d'être évoqué par tous ceux qui se consacrent à ce type d'analyse.

Le titre du présent article contient des éléments déjà bien connus dans l'analyse comparative des systèmes juridiques. Toutefois, notre tentative ici sera avant tout de déconstruire ces éléments. Le premier de ces éléments, *professional law* et *political law*, est tiré d'une tentative du professeur Ugo Mattei² de « mettre à jour » la classification des modèles juridiques dans le monde, qui ne coïncide plus, selon lui, avec la façon dont le droit est perçu dans le scénario géo-juridique actuel. Il nous offre une perspective d'analyse critique sur la comparaison entre modèles juridiques ne se limitant pas à la division classique entre *civil law* et *common law*. Ugo Mattei nous propose un regard sur les faits, c'est-à-dire sur la manière dont un modèle juridique exporté s'adapte à la réalité empirique du contexte social de chaque pays. Selon sa classification, les systèmes juridiques sont caractérisés comme étant essentiellement de *professional law*, *political law* ou *traditional law*. Alors que les pays européens auraient des systèmes juridiques de *professional law*, les pays latino-américains seraient caractérisés par des systèmes de *political law*, où la sphère politique s'anticipe ou dépasse les limites habituelles de celles connues dans un pays de tradition de *professional law*. L'objectif sera pourtant de montrer comment cette tentative de remodeler la carte des systèmes juridiques nous apporte plus de problèmes et de contradictions que de solutions.

De même, en utilisant des termes tels que *transfert*, *emprunt*, *exportation* ou *importation*, l'analyse risque d'être compromise ou distante de la réalité juridique des différentes sociétés. En outre, elle partirait déjà d'une logique assez problématique, presque néocoloniale, dont profitent les adeptes d'une perspective critique de type postcoloniale. À cet égard, notre objectif sera également de montrer comment le soi-disant *post-colonial studies* se révèle peu convaincant lorsqu'on est confronté à la réalité historique de la formation institutionnelle brésilienne.

¹ Conf. L. FOLJANTY, « Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heft 2 / 2015, S. 89-107.

² U. MATTEI, « Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », 45 *Am. J. Comp. L.* 5, 1997, p. 5-44.

Enfin, le troisième et dernier de ces éléments, la tradition *romano-germanique*, est également soumis à un examen critique visant à montrer si ce modèle juridique est compatible avec la réalité de fait du cadre institutionnel brésilien. L'argument selon lequel la présence de la *common law* et son influence sur les systèmes juridiques latino-américains à partir des années 1930, mais surtout dans la période d'après-guerre, ont créé une sorte de système hybride sera également abordé dans cet article.

Notre attention est portée sur le fait que dans l'idée de catégoriser les modèles ou systèmes juridiques, ainsi que les modèles culturels, il y a également des enjeux politiques derrière ces hypothèses qui doivent être pris en considération. Ce type de catégorisation conduit à des idées adjacentes telles que le *transfert*, la *transplantation*, l'*importation* ou l'*exportation de modèles*, toutes chargées d'une connotation politique. Ainsi, si l'on se propose de faire une analyse entre le droit et le fait, il est nécessaire de prendre en compte ces particularités afin que notre analyse ne soit pas fondée sur des hypothèses qui servent des intérêts politiques, ou des stratégies politiques.

Afin d'analyser, d'un point de vue socio-historique, le système juridique brésilien dans le cadre de grands modèles de classification et de concepts comparatifs, il conviendra premièrement d'aborder la manière dont le droit brésilien est traditionnellement défini comme un système romano-germanique, importé ou exporté de l'Europe (I). Ensuite, concernant la relecture de la classification des modèles juridiques proposée par le professeur Ugo Mattei, il s'agira de vérifier si le système juridique brésilien se présente ou non comme un « véritable » héritier, en confrontant le droit aux faits, de la tradition du *civil law* européen (II).

I. Des vieux modèles de droit ?

De toute évidence, la division entre la *common law* et le *civil law* en tant que deux grands modèles de systèmes juridiques n'est pas présente uniquement en Occident. La prééminence mondiale des institutions européennes est sans aucun doute due à la consolidation de leur puissance économique et militaire entre le *xvi^e* et le *xix^e* siècles. Sans remettre en cause la validité de cette dichotomie pour l'instant, qui fera l'objet de notre analyse par la suite, notre objectif sera premièrement d'examiner l'actualité du modèle juridique du *civil law* au Brésil au regard de la forte influence de la *common law* américaine depuis les années 1930 (A). Si nous gardons cette dichotomie à l'esprit, la première observation à faire porte sur l'aspect anachronique de comparer la présence historique de ces systèmes juridiques dans des contextes différents. L'arrivée de ces modèles juridiques européens en Amérique a été précédée de quelque trois siècles par l'arrivée de ces mêmes systèmes dans la plupart des pays des continents africain et asiatique. Il est étrange que fréquemment le récit historique de l'influence des systèmes juridiques européens dans les Amériques reste le même que celui utilisé pour expliquer le développement institutionnel des nations d'autres continents (B).

A. L'actualité du modèle romano-germanique

L'espace juridique latino-américain est généralisé comme étant une région géographique commune et autonome appartenant génétiquement au modèle juridique romain-germanique, le *civil law*. Le Brésil et l'Amérique espagnole partageraient ainsi une carte commune d'influences juridiques, institutionnelles et idéologiques³. Cependant, ces dernières années, la « pureté » de ce modèle romain-germanique en Amérique latine a été remise en question par certains universitaires⁴. Or, pour affirmer que l'Amérique latine dans son ensemble partage un régime normatif commun, s'éloignant progressivement de sa source commune européenne, il faudrait également s'interroger sur l'actualité de ces deux régimes normatifs dans l'espace juridique européen. Ainsi, il serait nécessaire non seulement d'observer l'état actuel du *civil law* en Amérique latine, mais aussi d'analyser son moment actuel en Europe même.

Bien qu'une partie de l'historiographie brésilienne mette traditionnellement l'accent sur les différences entre ce qui s'est passé en Amérique espagnole et portugaise, tant en termes d'influences sociales et culturelles qu'en termes de processus d'indépendance, certains historiens⁵ observent que cette différence serait peut-être moins importante qu'il n'y paraît, ou que ne le prétendent certains chercheurs brésiliens. En assumant l'un des deux récits - celui qui consiste à penser le Brésil comme un cas historique particulier, différent des autres pays d'Amérique espagnole, ou celui qui consiste à penser le Brésil comme partageant une histoire commune avec le bloc latino-américain - l'historien devrait d'abord prêter attention aux intentions réelles d'assumer l'une ou l'autre perspective. En effet, tantôt souligner les particularités du Brésil en tant que nation, tantôt le penser comme faisant partie d'un bloc commun, porte en soi une perspective politico-idéologique d'un besoin géopolitique de se positionner dans le monde non seulement en tant que pays, mais aussi en tant que région ou bloc partageant des influences et des traditions communes. L'historien devrait donc être prudent dans l'utilisation de ses sources et dans l'utilisation de récits qui reflètent des partis pris politiques. En revanche, l'existence d'une tradition romano-germanique en Amérique espagnole et au Brésil est réelle, car c'est le modèle que l'Espagne et le Portugal ont mis en œuvre lorsque l'Amérique a été conquise par eux.

³ D. LÓPEZ-MEDINA, « The Latin American and Caribbean legal traditions », in M. BUSSANI et U. MATTEI (dir.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 351.

⁴ L'article de D. López-Medina cité précédemment aborde déjà cette problématique. Voir aussi : K. ZWEIGERT ET H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

⁵ Voir l'intéressant ouvrage du professeur João Paulo GARRIDO PIMENTA, *A independência do Brasil e a experiência hispano-americana (1808-1822)*, São Paulo, Hucitec Editora, 2015.

On pourrait commencer un récit historique en disant que le Brésil est un pays qui a initialement importé la tradition européenne romaine-germanique⁶, mais qui, au cours du xx^e siècle, a assimilé de nombreux éléments de *common law*, étant donc plus correct de parler d'un système mixte entre cette dernière et le *civil law*. L'influence juridique de la *common law* américaine depuis les années 1930, notamment en matière de droits réglementaires et statutaires de la banque et de la finance, montre que la distance apparemment irréductible qui existait entre la *common law* et le *civil law* ne serait pas si grande⁷.

Il semble que l'une des principales raisons pour lesquelles la *common law* occupe aujourd'hui une place prépondérante dans la relation d'import-export des idées juridiques au sein de la tradition juridique occidentale est la prise de conscience, après la Seconde Guerre mondiale, que la séparation des processus politiques et juridiques – amplifiée dans la *common law* par l'absence de distinction entre le droit privé et le droit public – assure une meilleure protection des droits individuels contre l'ingérence du gouvernement⁸.

Néanmoins, la présence d'éléments de *common law* est également réelle dans tout l'univers juridique occidental de l'après-guerre, une période que le professeur Duncan Kennedy décrit comme la troisième mondialisation du droit depuis 1800⁹. L'éminent professeur américain divise l'histoire contemporaine du droit en trois grands moments, qu'il appelle trois globalisations : la première serait allemande, avec toute l'influence de son droit privé au cours du xix^e siècle ; la deuxième serait française, avec son droit social, plus précisément dans l'entre-deux-guerres ; et enfin la troisième serait américaine, précisément dans l'après-guerre. Il est évident que simplifier ainsi l'histoire du droit contemporain revient à fermer les yeux sur de nombreux détails, notamment en ce qui concerne les influences croisées ou celles qui ne s'inscrivent pas uniquement dans une logique d'exportation Nord-Sud.

Bien que ce texte du professeur Duncan Kennedy soit intéressant pour l'aspect multidisciplinaire qu'il aborde, il s'apparente à un texte d'histoire plutôt problématique, reflétant également la vieille ambition de catégoriser, de définir des systèmes et des hégémonies. En effet, l'influence majeure du droit américain dans la période d'après-guerre est perceptible en Amérique latine, mais dans la même perspective, cette influence, surtout si elle est classée comme un « moment »

⁶ Voir : A. SCHIAVONE, *Ius : l'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2011 ; P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

⁷ D. LÓPEZ-MEDINA, « The Latin American and Caribbean legal traditions », *op. cit.*, p. 358.

⁸ U. MATTEI, « Three Patterns of Law : Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », *op. cit.*, p. 24.

⁹ D. KENNEDY, « Three Globalizations of Law and Legal Thought : 1850-2000 », in D. TRUBEK and A. SANTOS (org.), *The New Law and Economic Development : A Critical Appraisal*, Cambridge and New York, Cambridge University Press, 2006, p. 19-73. Voir aussi C. TOMLINS, « The Presence and Absence of Legal Mind : A Comment on Duncan Kennedy's "Three Globalizations" », in *Law and Contemporary Problems*, vol. 78, n° 1/2, *Theorizing Contemporary Legal Thought*, Duke University School of Law, 2015, p. 1-17.

américain, est dirigée non seulement vers le Brésil et les pays d'Amérique latine, mais aussi vers l'ensemble de l'Europe et ailleurs. Par conséquent, il ne serait pas plausible de remettre en question l'existence d'une tradition romaine-germanique pure en Amérique latine sans remettre en question cette pureté en Europe même.

B. Les métaphores comparatistes

Il est courant que certains mots ou expressions soient présents dans le vocabulaire du comparatisme juridique, comme l'*importation* ou l'*exportation* d'un modèle, le *transfert*, le *prêt* ou le *transplant*. Comme déjà mentionné, leur utilisation est souvent très problématique, car elle implique également un positionnement idéologique et aussi politique de la part de ceux qui choisissent un terme ou un autre. Pour montrer à quel point l'utilisation d'un tel vocabulaire est problématique, on prendra comme point de départ une citation du professeur Ugo Mattei - dont le travail sera discuté en détail plus tard - lorsqu'il justifie la classification de l'Amérique latine et d'autres pays du tiers monde dans un même modèle, celui du *political law*, en utilisant l'argument suivant: « La période coloniale et ses modèles juridiques occidentaux ont influencé les deux systèmes [d'Afrique et d'Amérique latine] à un stade trop précoce de leur développement juridique »¹⁰. Or, cela nous conduit à parler des origines de la présence du système juridique européen au Brésil à l'époque coloniale, ce qui à son tour nous amène à la question même de l'invention politique du Brésil¹¹.

Notre approche ici est quelque peu en désaccord avec les études post-coloniales qui sont souvent appliquées dans l'analyse des pays de l'Amérique latine. Tout d'abord, il faut se garder de confondre la colonisation en Afrique ou en Asie avec celle qui a eu lieu en Amérique, car il y a une différence substantielle entre les deux: les territoires d'Amérique latine n'étaient qu'une extension des empires portugais et espagnol, et l'objectif était de conserver ce statut.

Pour se concentrer sur l'exemple brésilien, on dit souvent que le Brésil a été découvert en 1500. Il faudrait donc se demander de quel Brésil parle-t-on ou qu'est-ce que le Brésil? Lorsque les Portugais sont arrivés en Amérique du Sud en 1500, il n'existait pas de projet politique appelé Brésil. Il n'était pas question de créer un pays appelé Brésil. Il s'agissait simplement d'un territoire portugais conquis face à la population indigène locale. La naissance politique du Brésil est

¹⁰ U. MATTEI, *op. cit.*, p. 30. Dans l'original: « *In these systems, institutional decisions tend to be centralized following a model of direct regulation, driven by a political class unwilling to allow models of decentralized institutional decision making. In turn, the similarity of problems and substrata between African and Latin American systems is readily apparent. The colonial period and its Western legal models influenced both systems at too early a stage in their legal development* ».

¹¹ Notre analyse ici est fortement inspirée par le travail des professeurs Andréa Slemian et João Paulo G. Pimente, *O 'nascimento político' do Brasil. As origens do Estado e da nação (1808-1825)*, Rio de Janeiro, DP&A editora, 2003.

beaucoup plus tardive, puisqu'elle remonte à la fin du XVIII^e siècle et surtout au début du XIX^e siècle, plus précisément lorsque le Brésil perd progressivement son statut de colonie entre 1808 et 1815, pour devenir un royaume, aux côtés de ceux du Portugal et de l'Algarve, de l'Empire portugais. Cela s'est produit lorsque la famille royale portugaise s'est installée au Brésil en 1808, fuyant précipitamment l'invasion imminente des troupes napoléoniennes au Portugal. Cette démarche, destinée principalement à renforcer l'empire portugais, ou à consolider la couronne et la monarchie portugaises face aux idées de la Révolution française, a fini par créer les conditions du démembrement du Brésil par rapport au Portugal.

Le changement du centre politique de Lisbonne à Rio de Janeiro a créé le besoin de toute une infrastructure physique et institutionnelle pour que la ville ne fonctionne plus comme une colonie, mais comme un royaume et, de plus, comme le centre de l'Empire portugais. Ce point est fondamental, car le Brésil, avant son indépendance, non seulement n'avait plus le statut de colonie, mais était aussi le centre de tout l'empire. Lorsque, lors de la révolution de Porto de 1821, les Portugais du Brésil, comme ils s'appelaient eux-mêmes, se sont trouvés menacés par les Portugais du Portugal, le temps était venu de la séparation politique, car elle profiterait aux intérêts locaux au Brésil. La pression de ces intérêts a créé le besoin d'un nouveau pacte social, qui impliquerait l'émergence d'un nouvel État-nation, toujours sans identité nationale définie. À titre d'exemple, même pendant les débats de l'assemblée chargée de rédiger la première constitution brésilienne (1824), des discussions animées ont eu lieu sur ce que signifiait être un citoyen brésilien, puisque jusqu'à la veille ils étaient les Portugais du Brésil, comme l'a soutenu un député à l'époque. En effet, il appartiendrait au Brésil, à partir de ce moment-là, de créer son propre récit historique.

En tenant compte de cette considération historique, il ne serait donc pas exact de parler de transfert, d'exportation ou d'importation d'un modèle juridique. Le Brésil a été forgé à partir d'un modèle qui existait déjà, et qui était portugais. Le fait que, pour construire un État, il ait fallu regarder d'autres systèmes juridiques et prendre des éléments ici ou là n'a rien à voir avec l'idée d'emprunt, de transplantation, d'exportation ou d'importation.

En droit privé, par exemple, les Ordonnances Philippines ont été en vigueur au Brésil de 1603 à 1916, c'est-à-dire que le droit privé portugais a été utilisé depuis l'époque coloniale jusqu'à quasiment un siècle après son indépendance politique. Toutefois, cela ne diminue pas l'autonomie du système juridique brésilien et l'œuvre du juriste brésilien Teixeira de Freitas (1816-1883) en est la preuve. Il a entrepris la tâche ardue d'organiser, de collecter, de sélectionner et de systématiser toute une législation éparse résultant des intérêts locaux les plus divers, ce qui a donné lieu à sa *Consolidation des lois privées* (1857), puis à un projet de Code civil (1864). Ce projet, bien que jamais réalisé, a eu une grande influence sur la doctrine locale et sur les Codes civils d'autres pays d'Amérique du Sud, comme le Chili et l'Argentine. Il a

surtout contribué à la systématisation du droit privé brésilien et a comblé le besoin immédiat d'un Code civil, qui ne verrait le jour qu'en 1916. Ce projet de Freitas anticipait même certains éléments du *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900), comme la distinction entre la partie générale et la partie spéciale, présente dans sa *Consolidation*, et adoptée quarante ans plus tard par le code de droit civil allemand¹².

L'œuvre de Freitas est originale et monumentale, et démontre l'autonomie du système juridique brésilien vis-à-vis des autres systèmes, au sens lumahmien. Cela veut dire que ce système juridique était capable de s'autogénérer, en utilisant la logique de son propre système. En somme, le Brésil, avant son indépendance, était le Portugal, et appartenait au même système juridique. Ensuite, après l'indépendance, le système juridique brésilien a acquis sa propre autonomie, s'auto-généralisant en fonction de ses propres besoins. Il serait donc inexact de parler de transfert, d'importation ou d'exportation, tant avant qu'après l'indépendance.

L'emploi de ces métaphores en droit comparé porte toujours la même charge connotative eurocentrique, perdant de vue l'importance de la perspective locale dans l'analyse des régimes normatifs. Pour utiliser un autre exemple, l'idée de *prêt*, ou d'*emprunt*, nous amène à penser qu'un jour ce qui a été prêté sera rendu, et que si on l'a prêté, c'est parce qu'il aurait un propriétaire. D'autre part, un autre terme bien employé, celui de *transplantation* (*legal transplant*), nous ramène plutôt à un vocabulaire médical ou organiciste, comme si « les organes pouvaient être soit acceptés, soit rejetés par l'organisme auquel ils étaient transplantés »¹³.

Dans le but de réviser ces métaphores, certains chercheurs ont réfléchi à de termes plus appropriés ou « confortables », sans le caractère eurocentrique de la plupart d'eux, comme par exemple le terme *translation* ou *cultural translation*. L'intention de se servir du terme *cultural translation* serait liée à la nécessité de prendre en compte une perspective locale et une « contextualisation radicale », mettant l'accent sur l'étude des connaissances juridiques produites dans les différents contextes¹⁴. Cependant, ce terme présente les mêmes écueils que les autres mentionnés précédemment. Si l'on parle de *translation*, l'idée qu'il existe un élément original nous vient immédiatement à l'esprit. Ainsi, ce qui est employé dans les cultures locales ne serait qu'une version, une traduction, d'un modèle original.

¹² Cette distinction se retrouve déjà chez autres juristes de l'époque, comme Joseph Louis Ortolan (1802-1873), mais il revient à Teixeira de Freitas de l'appliquer pour la première fois dans le domaine législatif. L'ordre que le juriste brésilien a adopté ne serait pas si différent de celui du Code argentin de 1869, avec ses quatre livres (personnes, droits personnels, droits réels, dispositions communes), et du BGB lui-même (partie générale - personnes, biens et actes et faits juridiques, et partie spéciale - droits personnels, droits réels, famille et successions).

¹³ L. FOIJANTY, « Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor », *op. cit.*, p. 4.

¹⁴ Conf. T. DUVE, « Legal History as an Observation of Historical regimes of Normativity », dans *mpihlt Researcher Paper Series* n° 2022-17, <<http://ssrn.com/abstract=4229345>>, 2022; T. DUVE, « What is global legal theory? », dans *Comparative Legal History* 8:2, 73-115, <<http://doi.org/10.1080/2049677X.2020.1830488>>, 2020.

II. De nouveaux modèles de droit ?

Ce qui a motivé l'idée du professeur Ugo Mattei de mettre à jour la classification des modèles de droit¹⁵, c'est notamment la nécessité d'une classification non eurocentrique des modèles juridiques. Selon lui, les classifications des familles juridiques, en plus d'être largement euro-américaines, doivent être révisées car la carte géo-juridique du monde est sensiblement différente de celle dessinée par René David, qui comprenait les modèles juridiques en *civil law*, *common law* et droit socialiste.

La classification de Mattei est fondée sur le rôle du droit en tant qu'outil d'organisation sociale au sens wébérien. L'idée simple est que dans toutes les sociétés, il existe trois sources principales de normes sociales ou d'incitations sociales qui affectent le comportement d'un individu : la politique, le droit et la tradition soit philosophique ou religieuse¹⁶. Cette classification prétend également transmettre des messages importants sur la structure globale du développement juridique (A). Cependant, elle contient également des contradictions si l'on envisage une relecture non eurocentrique et davantage proche de la réalité juridique des différentes sociétés (B).

A. Vers une nouvelle classification des modèles juridiques

Dans la classification que propose Ugo Mattei, les systèmes juridiques peuvent être classés en trois modèles : le *rule of professional law*, le *rule of political law* et le *rule of traditional law*. Comme il le souligne lui-même, ces trois modèles d'incitations ou de contraintes sociales sont simultanément en jeu dans tous les systèmes juridiques. La seule différence se situe au niveau de leur quantité, de leur acceptabilité et, surtout, de leur hégémonie¹⁷. À son avis, chaque système appartient à la famille de systèmes juridiques nommée d'après son modèle hégémonique.

Ainsi, dans sa taxonomie, la distinction traditionnelle entre la *common law* et le *civil law* est considérée comme une subdivision au sein d'une famille très homogène de systèmes juridiques : la tradition juridique occidentale ou, de façon plus appropriée, le *rule of professional law*. De même, un même système juridique peut appartenir à différentes familles, selon le domaine du droit considéré. Il peut appartenir au *rule of traditional law* si l'on considère le droit de la famille, tout en appartenant au *rule of professional law* en ce qui concerne le droit commercial, et au *rule of political law* si l'on considère son système de justice pénale¹⁸.

¹⁵ Le travail dans lequel le professeur Ugo Mattei propose une nouvelle taxonomie pour la classification des modèles juridiques remonte à 1997.

¹⁶ U. MATTEI, « Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems », *op. cit.*, p. 12.

¹⁷ *Ibid.*, p. 16.

¹⁸ *Ibid.*, p. 16.

L'homogénéité du *professional law* dans la tradition juridique occidentale est due, pour lui, à deux facteurs: l'arène juridique y est clairement distinguée de l'arène politique et le processus juridique y est largement sécularisé, « en d'autres termes, la légitimité du droit n'est pas d'origine religieuse ou politique, mais de nature technique »¹⁹. La tradition juridique occidentale reposerait ainsi sur deux « grandes séparations idéologiques »: celle entre le droit et la politique et celle entre le droit et la tradition soit religieuse ou philosophique.

Son idée est que dans un État où le système juridique est caractérisé par le *rule of professional law*, les décisions politiques de haut niveau sont soumises aux contraintes de la loi. Cela ne signifie pas une sorte de hiérarchie entre le droit et la politique, mais de subordination de la décision politique à une décision plus techno-professionnelle²⁰. Ce *rule of professional law* fonderait donc sa légitimation sur la démocratie²¹.

Alors que dans les systèmes appartenant au *rule of professional law*, le processus politique lui-même peut être davantage déterminé par les règles du droit formel, d'une part, comme il le décrit lui-même :

« Dans les systèmes appartenant au *rule of political law*, un observateur occidental peut probablement considérer que le processus politique s'est déplacé pour déterminer le résultat du processus juridique plutôt que l'inverse. En d'autres termes, le droit dans le [monde] du *political law* n'est pas absent, mais il est extrêmement marginalisé et faible devant d'autres sources d'élaboration de règles sociales, principalement le pouvoir politique »²².

En effet, dans les sociétés où prévaut le *rule of political law*, le droit ne pourrait être considéré que comme étant en état de développement et de transition. Or, pour quelqu'un qui entend dépasser une perspective eurocentrique, sa classification suppose clairement une perspective eurocentrique ou occidentalocentrique. Le modèle du *political law* serait celui qui caractérise les pays en développement et en transition, que ce soit en Afrique, en Amérique latine ou en Europe de l'Est²³. Dans ces pays, le *professional law* existe mais ne peut être considéré comme le modèle hégémonique de régulation sociale. De même, le processus juridique y est souvent déterminé par les relations politiques, notamment lorsqu'il y a conflit entre le gouvernement et les droits individuels. Selon Ugo Mattei, la notion même de limitation

¹⁹ *Ibid.*, p. 23.

²⁰ *Op. cit.*, *loc. cit.*.

²¹ Comme il le souligne lui-même: « Cette légitimation est largement rhétorique si l'on considère que le grand pouvoir de régulation au sein de l'État de droit professionnel est conféré par une corporation de législateurs cachés, non légitimés par la démocratie: les juristes » (U. MATTEI, *op. cit.*, p. 27).

²² *Ibid.*, p. 10.

²³ Conf. J. H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Palo Alto, Stanford University Press, 1969.

des pouvoirs par le droit formel est totalement incompatible avec la culture de l'élaboration des règles dans les pays du *political law* : il n'y aurait pas de droit formel qui contraigne l'État. Le gouvernement peut faire des efforts pour se conformer au droit formel, mais les circonstances environnantes et la nécessité de maintenir le pouvoir justifient, pour lui, le mépris du droit formel²⁴.

« Dans ces systèmes, non seulement les décisions de haut niveau sont prises par le pouvoir politique, mais les décisions de bas niveau sont également fortement influencées par la nécessité immédiate de ne pas interférer avec le cours des relations sociales tel que planifié par l'action politique »²⁵.

Autrement, au sein du *rule of professional law*, de nombreux aspects du *rule of political law* sont qualifiés de « corruption », considérés comme une pathologie et, en général, ne sont pas acceptés ou considérés par les acteurs sociaux comme des éléments structurels de l'ordre social²⁶. Or, cette idée ne s'appliquerait pas ainsi au Brésil, par exemple, où ce type d'intervention est aussi considérée comme problématique ou comme une disjonction du système.

Un cas qui semblerait illustrer le propos d'Ugo Mattei est le contexte de la récente affaire Sérgio Moro au Brésil. Cet ex-juge du 2^e Tribunal pénal fédéral de Curitiba²⁷ était à la tête de l'opération anti-corruption surnommée *Lava-Jato* (ou scandale Petrobras) entre 2017 et 2018. Dans l'ardeur de la « justice sociale » contre la corruption systémique de la politique brésilienne, ce juge a volontairement choisi de ne pas respecter les formalités procédurales. En fait, cette opération a révélé les failles du système politico-institutionnel brésilien dans son ensemble. La spectacularisation du procès a conduit à un mélange dangereux entre le pouvoir judiciaire, l'enquête policière et le média. Il était clair que l'opération visait à atteindre des objectifs politiques.

Plus tard, les décisions de Sérgio Moro ont été annulées par la Cour suprême pour des erreurs formelles dans le procès, une décision qui, à son tour, a également été accusée d'avoir des fins politiques. Dans le sens commun, la discussion portait sur la question de savoir s'il était correct d'ignorer les formalités procédurales pour atteindre la « justice sociale », qui révèle des objectifs politiques, ou si, au contraire, il serait correct d'utiliser les erreurs formelles pour annuler les

²⁴ U. MATTEI, *op. cit.*, p. 28.

²⁵ *Ibid.*, p. 29.

²⁶ U. Mattei cite l'exemple de la Russie, un pays de *political law*, où le « modèle de relations sociales comme, par exemple, l'utilisation d'une "police" privée pour expulser des locataires, n'est pas considéré comme contraire à la loi » (U. MATTEI, *op. cit.* p. 29).

²⁷ Sérgio Moro a quitté la magistrature en 2019 pour rejoindre le gouvernement du président alors élu, Jair Bolsonaro, en tant que ministre de la Justice. Après avoir démissionné de ce poste en 2020, il revient sur la scène politique en 2022 où il est élu sénateur et a fait partie de la campagne de Jair Bolsonaro pour la présidence. Cela montre clairement toute la connotation politique de la dite opération *Lava-Jato*, notamment en ce qui concerne les décisions du juge Sérgio Moro.

condamnations, ce qui permettrait également d'atteindre des objectifs politiques opposés. En effet, l'opération semblait révéler l'échec systémique de la structure institutionnelle brésilienne, où il y aurait effectivement une politisation du pouvoir judiciaire. En utilisant la taxonomie d'Ugo Mattei, le *professional law* n'y aurait pas été respecté dès le début, en particulier par le juge Sergio Moro, et donc, en fin de compte, l'annulation des condamnations serait convenable si l'on pense en termes institutionnels et dans l'application « correcte » du *rule of law*.

Toutefois, cette affaire montre que le *professional law*, au contraire, existe et constitue un modèle de droit de référence au Brésil²⁸. Mais, selon Mattei, le *professional law* n'y serait pas un concurrent suffisamment fort du *political law* pour justifier l'inclusion générale du Brésil, ou des pays d'Amérique latine, dans la tradition juridique occidentale. De même, le *traditional law* n'y serait pas assez fort pour les inclure dans la famille des pays où le *traditional law* est hégémonique²⁹. Ainsi, dans sa perspective, la tradition et la politique seraient les principaux éléments de résistance aux défis posés par les tentatives de « modernisation » du système politico-juridique au Brésil et dans d'autres pays du tiers monde.

B. Critiques à l'approche d'Ugo Mattei

Le propos d'Ugo Mattei suscite certaines remarques. Tout d'abord, une telle relecture des modèles ne peut se faire sans une explication historique adéquate, mais lorsqu'il recourt à l'histoire, son approche s'avère défectueuse. Comme on l'a montré, l'idée selon laquelle il existe une similitude de problèmes entre les systèmes politico-juridiques africain et latino-américain, facilement visible et historiquement expliquée, est une faible lecture de l'histoire. Un autre problème de sa théorie est qu'elle fonctionne selon la logique de blocs typique de la géopolitique : le clivage Nord-Sud prenant en compte le développement économique, et le clivage Est-Ouest prenant en compte les différences culturelles et religieuses. C'est aussi une théorie qui présuppose une utilisation abusive du *rule of law*, c'est-à-dire un détournement de sa finalité par les pays dits du tiers monde. Le droit de ces pays ne serait qu'une déformation du modèle occidental – entendu ici comme un bloc géopolitique – du *rule of professional law*. Ainsi, les Occidentaux seraient en quelque sorte les gardiens du véritable modèle du *rule of law* ou, en tout cas, les seuls à l'utiliser correctement.

Cette perspective pourrait conduire à une certaine méfiance et un sentiment de supériorité des pays du Nord global à l'égard des systèmes juridiques des pays du Sud, dont l'affaire Holloway³⁰ illustre de manière exemplaire. Au cours de cette

²⁸ Ce serait le cas aussi pour d'autres pays d'Amérique latine.

²⁹ U. MATTEI, *op. cit.*, p. 33.

³⁰ L'affaire *Holloway* est une affaire criminelle datée de 2005 avec la disparition de Natalee Ann Holloway, jeune femme alors âgée de 18 ans, lors d'un voyage scolaire à Aruba. Natalee Holloway devait embarquer sur le vol retour mais ne s'est jamais présentée à l'aéroport. Elle a été vue pour

affaire, il apparaît clairement que la présence de l'autorité néerlandaise venue d'Europe était souhaitée par les autorités d'Aruba pour soutenir et crédibiliser l'enquête locale sur l'affaire. Face aux accusations prolongées d'inefficacité et de corruption faites par la famille Holloway et par le gouverneur de l'État d'Alabama, où la famille résidait, les journaux d'Aruba ont rapporté que, le 5 juillet 2005, certains insulaires ont exigé le respect du droit néerlandais, l'affront à la fierté locale étant évident. Le droit néerlandais a été évoqué, car il serait sûrement plus difficile de critiquer les institutions et les procédures juridiques d'un pays dit du premier monde que celles d'une petite île des Caraïbes réputée pour sa corruption. C'est comme si un *rule of law* crédible, celui des Pays-Bas, remplaçait un *rule of law* instable et fragile, celui d'Aruba³¹.

Un autre cas exemplaire, montrant cette méfiance envers les institutions locales et le système juridique, est l'affaire Gol vs Legacy qui s'est déroulée au Brésil³². Pour expliquer brièvement cette affaire, en décembre 2009, deux pilotes américains d'un jet privé (*Legacy*) ont été accusés au Brésil d'avoir provoqué une collision avec un Boeing de Gol Airlines au-dessus de la jungle amazonienne le 29 septembre 2006, tuant 154 personnes. Malgré les dégâts, le petit jet qu'ils pilotaient a réussi à se poser en toute sécurité sur une base aérienne militaire. La police fédérale brésilienne a accusé les pilotes de « mettre en danger la sécurité aérienne ». L'enquête brésilienne a révélé que le transpondeur du jet privé était éteint ou désactivé au moment de la collision. À son tour, l'enquête américaine a mis en cause le système de contrôle du trafic aérien brésilien, écartant ainsi la responsabilité des deux pilotes américains. L'action pénale pour négligence est toujours en cours au Brésil contre les deux pilotes, mais cette affaire révèle un grave problème d'ingérence, de méfiance et de sentiment de supériorité de la part des États-Unis sur les institutions d'un autre système juridique.

En effet, ce même raisonnement est présent chez Ugo Mattei lorsqu'il parle du processus de modernisation du système juridique, qui est nécessaire pour que les pays du tiers monde puissent utiliser le *rule of law* correctement et sans distorsions. En utilisant des termes tels que modernisation, déformation ou même pathologie, il est clair que les propos d'Ugo Mattei s'inscrivent toujours dans une perspective eurocentrique, celle-là même qu'il entend critiquer. La différence est que son eurocentrisme prend désormais une dimension plus large, celle d'un

la dernière fois par ses camarades de classe à l'extérieur d'une boîte de nuit, en compagnie de trois habitants de l'île, les principaux suspects, qui ont été arrêtés à plusieurs reprises, mais relâchés faute de preuve. Les parents d'Holloway ont critiqué la police d'Aruba pour le manque de progrès dans l'enquête. La famille a également appelé à un boycott d'Aruba, soutenu également par le gouverneur de l'Alabama à l'époque, Bob Riley, mais n'a pas réussi à obtenir un soutien général. Voir D. HOLLOWAY, R. S. GOOD ET L. GARRISON, *Aruba: The Tragic Untold Story of Natalee Holloway and Corruption in Paradise*, Nashville, Thomas Nelson, 2006.

³¹ D. LÓPEZ-MEDINA, « The Latin American and Caribbean legal traditions », *op. cit.*, p. 361-362.

³² Conf. D. LÓPEZ-MEDINA, *op. cit.*, p. 363-364.

bloc : l'Occident ou le Nord global. La modernisation serait alors d'atteindre le niveau du système juridique de ces pays dits du premier monde, soi-disant gardiens de la bonne application du *rule of law*.

Sa conception de *political law* comporte également d'autres remarques. Par exemple, il faudrait se demander si l'on parle d'ingérence politique dans le système judiciaire ou d'ingérence du système judiciaire dans la politique. En d'autres termes, parle-t-on de droit politique (*political law*) ou de politiques du droit (*politics of law*)? Le cas de Sérgio Moro, l'ex-juge brésilien anti-corruption mentionné précédemment, montre que les deux peuvent coexister. En effet, cette affaire n'indique pas que le *political law* est hégémonique dans le cadre juridique brésilien, ni que la corruption y est un problème systémique. En réalité, il existe au Brésil un activisme judiciaire qui affecte le comportement de certains juges, pour différentes raisons. Il y a probablement des traces du monde d'après 1945, de son néoconstitutionnalisme et de l'idée de défendre l'éthique pour garantir les droits et le fonctionnement même de la société, ce qui se traduit au Brésil, d'une part, par la défense et la garantie des privilèges d'une élite dominante et, d'autre part, par la recherche de la « justice » sociale pour les défavorisés. L'activisme des juges au Brésil revêt donc ces deux dimensions, ce qui est évidemment lié à la grande disharmonie sociale présente dans la société brésilienne, mais aussi au manque de confiance des citoyens envers les institutions et l'État lui-même.

Si le propos d'Ugo Mattei présente de failles et de contradictions, il faudrait néanmoins d'abord se demander quel serait l'intérêt fondamental de placer un certain pays dans un modèle ou un autre, et quels seraient les motifs réels d'une telle entreprise. Les types idéaux sont intéressants, ils sont utiles, ils aident le chercheur à avancer ici et là, mais ils nous conduisent à de nombreux malentendus qui, s'il n'y a pas moyen de les éviter, devraient au moins faire l'objet d'un regard critique. L'étude des différents régimes normatifs est sans doute importante, car la connaissance mutuelle des différents systèmes juridiques conduit au développement de la structure institutionnelle de chaque société. Cependant, la cartographie juridique du monde en blocs d'influence est sujette à de nombreux écueils où science et politique sont parfois confrontées, ou voire montrent leur inévitable parenté.

Il ne faut pas perdre de vue que les régimes de normativité fonctionnent non seulement selon une logique Nord-Sud, mais également par des échanges réciproques du Sud vers le Nord. Il serait aussi important de savoir comment ces dialogues se déroulent à l'intérieur de frontières géographiques plus étroites ou régionales. Par conséquent, l'utilisation de métaphores telles que le *transfert*, l'*importation* ou l'*exportation*, l'*emprunt*, qui visent à éliminer cette dichotomie entre le local et le global, doit être considérée de manière critique. Même le concept

de *cultural translation*, aussi prudent qu'il puisse paraître, peut nous conduire à une observation similaire à la taxonomie d'Ugo Mattei, car il partirait simplement de l'idée qu'il existe un modèle original. Si l'on prend en considération ce qui se passe en dehors du droit, dans le domaine artistique par exemple, on constate que la communication entre les différentes cultures conduit à une relation d'échange réciproque difficile à mesurer en termes d'influence. Il serait même inutile de parler, dans ce cas, d'influence, de prêt, d'importation ou d'exportation, et aussi de *cultural translation*. Pourquoi alors ne pas parler de ce phénomène comme il l'est tout simplement : un échange et une communication de cultures ?