



HAL
open science

Le Code civil dans l’Océan Indien : 1804-2004

Michel Grimaldi

► **To cite this version:**

Michel Grimaldi. Le Code civil dans l’Océan Indien : 1804-2004. Revue juridique de l’Océan Indien, Association “ Droit dans l’Océan Indien ” (LexOI), 2006, Le code civil dans l’Océan Indien : 1804-2004, pp.66-75. hal-02549642

HAL Id: hal-02549642

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02549642>

Submitted on 21 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 SYNTHÈSE¹

Par Michel GRIMALDI

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Laissez-moi vous dire, d'abord, l'honneur et aussi l'effroi que j'éprouve à tenter devant vous la synthèse de ces deux riches journées, durant lesquelles l'on a appris tant de choses et échangé tant d'idées. Ce furent pour nous, pour moi en tout cas, deux journées de découvertes. Et c'est pourquoi, au seuil de cet essai de synthèse, je tiens à dire l'expression de notre gratitude à nos hôtes malgaches et à rendre un hommage aux organisateurs de cette rencontre, singulièrement à l'Association des Juristes de l'Océan Indien.

L'un des signes de la réussite d'un colloque international comme celui-ci se mesure à la capacité des organisateurs à rendre invisibles, insensibles aux participants les difficultés de son organisation, à leur donner l'illusion que tout coulait de source alors que tout est le fruit de leur peine. A cet égard, leur réussite est parfaite : qu'ils en soient très chaleureusement félicités. Il me reste à vous donner l'illusion que cette synthèse est celle de rapports longuement médités, alors que, suivant une solide tradition, ces rapports ne m'ont, pour la plupart, été dévoilés qu'en même temps qu'à vous-mêmes.

2. En vérité, ce colloque qui s'achève fut un colloque original, unique même, parmi tous ceux, fort nombreux, qui, aux quatre coins du monde, ont célébré le bicentenaire du Code civil de 1804. De ces manifestations jubilaires, il s'en est tenu en Europe (en ouverture, à Paris, en Sorbonne, au mois de mars dernier, et même à Londres, jusque dans le sanctuaire de la common law, dans l'enceinte de la Law society), en Asie (à Hanoi et Pékin), en Amérique du Sud (à Lima, à Rio de Janeiro, Buenos Aires), en Amérique du Nord (en Louisiane et à Québec), en Afrique du Nord et Centrale (à Marrakech et à Abidjan). Il s'en est tenu sur l'initiative de la France, notamment du Ministère de la Justice, au dynamisme duquel il faut rendre hommage, ou encore sur des initiatives locales, notamment des Universités, du Québec et de Lima par exemple, ou enfin sur l'initiative d'associations et de sociétés savantes de dimension internationale, comme, précisément l'Association des Juristes de l'Océan Indien ou l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Celles-ci ont souvent bénéficié du précieux appui des représentations diplomatiques françaises sensibilisées, enfin sensibilisées, à l'importance de la coopération juridique, tant il est vrai que le droit est non seulement un secteur de l'activité économique dont l'importance va croissant, car il existe un marché du droit, mais aussi un vecteur de développement économique : voyez les conditions que mettent certains investisseurs à l'adoption de leur système juridique par le pays cible (un pays comme le Mexique en sait quelque chose, à qui il est demandé par les Etats-Unis de bouleverser leur droit des sûretés...).

Venant presque en clôture de ce florilège de colloques, le notre présente une double originalité :

D'abord, il commémore le bicentenaire dans une zone géographique singulière, inclassable même de l'aveu de certains guides de voyage. Quant à sa géographie physique, la zone est proche de l'Afrique, mais elle en est distincte (ne prend-on pas soin de parler de l'Afrique *et* de Madagascar) ; et elle est un rassemblement d'îles - d'îles sœurs, a-t-on dit - et

¹ Le style oral de la communication a été conservé

mieux d'Etats insulaires dont certains, telles les Comores et les Seychelles, sont des archipels. Quant à sa géographie humaine, la zone est habitée de peuples venus d'Asie, d'Afrique et aussi d'Europe, et aux religions diverses. Or, c'est un fait bien connu qu'il existe entre la géographie physique et humaine, d'une part, et le droit, d'autre part des corrélations : le droit se ressent de la mixité ethnique, linguistique, religieuse des populations dont il régit les comportements, comme de l'insularité du territoire où il s'applique. Nous le savons bien, nous autres corses...

Ensuite, et d'un point de vue plus strictement juridique, ce colloque s'est attaché à étudier l'impact du Code Napoléon dans des territoires marqués par deux traits. En premier lieu, tous ont, à un moment ou à un autre, dépendu de la souveraineté française, pour un temps variable, relativement long pour Madagascar ou les Comores, plus court, beaucoup plus court pour les Seychelles ou Maurice ; et l'un d'eux, Mayotte, en dépend encore. Tous donc ont pu ou auraient pu être soumis d'autorité au droit français, au Code civil français. En second lieu, certains ont été, au fil de batailles, traités ou cessions, placés tantôt sous l'autorité anglaise, tantôt sous l'autorité française - Seychelles, Maurice, notamment - et ont donc connu, ou auraient pu connaître, une double culture juridique, qui peut être source de richesse ou de difficultés (on y reviendra ...). D'aucuns diront que d'autres régions du monde ont ainsi dépendu alternativement de la France et de l'Angleterre : le Québec, l'ancienne Nouvelle France ; et la Louisiane, dont on sait qu'elle débordait largement les frontières de l'actuel Etat américain du même nom pour s'étendre au long du Mississipi jusqu'à la frontière de l'actuel Canada ... Certes ... Mais il reste qu'aucun de ces territoires n'a été en mesure de tomber sous l'emprise du Code civil : tout bonnement parce que c'est en 1759 que l'Angleterre s'est emparé des arpens de neige du Québec ; et que c'est en 1762 que la Louisiane fut cédée à l'Espagne, et que si elle le fut une seconde fois, aux Etats Unis et par Napoléon lui-même, ce fut en 1803, avant donc que ne naquit son Code. Que ces états se soient ensuite dotés d'un Code civil inspiré du Code Napoléon - le Québec, en 1866 ; la Louisiane, en 1807 puis en 1825 et 1870 - n'empêche que le problème de l'exportation du Code civil s'est posé, pour eux, en des termes sensiblement différents.

3. L'originalité de cette rencontre était donc évidente. Et, lundi matin, j'étais, comme vous tous, impatient d'écouter les rapports annoncés. J'augurai que nous allions entendre autre chose que ce qui s'est dit dans d'autres colloques, notamment en France, au cours de cette année jubilaire : la tonalité, me disai-je, y sera différente.

Je n'ai pas été déçu.

Car, enfin, en France, et plus largement en Europe, de qui a-t-on parlé et sur quel ton ? Eh bien, ce bicentenaire y a été, comme l'avait été le centenaire en 1904, l'occasion, et d'une réflexion approfondie sur l'œuvre de codification, et de la discussion d'une grande question. Simplement, d'un siècle à l'autre, la grande question n'est plus la même : en 1904, c'était celle de la révision du Code civil ; en 2004, ce fut celle d'un Code civil européen. Mais si la question a changé, la passion est restée. La polémique était déjà vive en 1904, ou à un pressant article de Larnaude intitulé *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, Planiol répliquait froidement par une contribution intitulée *Inutilité d'une révision générale du Code civil*. En 2004, sur le Code européen, la polémique est plus ardente encore quand même elle n'est pas gauchie par l'outrance, de certains, europhobes d'un côté, eurolâtres de l'autre.

Or, ici, à plusieurs milliers de kilomètres de l'Europe, et même si l'avènement d'un modèle européen n'est pas indifférent (infra), c'est une réflexion apaisée qui nous a été livrée,

sur le passé, le présent et l'avenir du Code Napoléon dans un espace géographique, humain et politique, dont j'ai déjà souligné l'irréductible originalité.

Cette réflexion, qui, au-delà du Code Napoléon, s'est étendu à l'art législatif et aux sources du droit, les organisateurs l'ont ordonnée en trois temps : celui de l'introduction du Code civil, celui de son adaptation et celui de son interprétation. Ils me permettront, pour cet essai de synthèse, de procéder en deux temps, non point par je ne sais quel fétichisme du rythme binaire cher aux universitaires français, mais parce qu'il m'apparaît que, si l'adaptation est contemporaine de l'introduction, elle n'en est qu'une modalité, et que, si elle lui est postérieure, elle inclut l'œuvre d'interprétation, qui est sans doute pas autre chose qu'une adaptation judiciaire.

Aussi bien, vous proposerais-je de regrouper quelques réflexions finales, sans rigueurs et vagabondes, autour de deux thèmes : la nature de la réception (I), puis le destin de la réception (II).

I - La nature de la réception

Que le Code civil ait été reçu dans toutes les îles ici représentées, on s'en doutait un peu, et la confirmation en a été apportée au fil de ces deux journées. Mais de quelle réception s'agit-il ? Pour en préciser la nature, il convient d'en scruter les causes (A) et d'en mesurer l'étendue (B).

A. - Les causes de la réception

4. On est accoutumé de dire que le Code civil s'est diffusé tantôt par la force des armes, tantôt par la force de l'esprit ou du cœur. Par la force des armes, de toute évidence, là où, en Europe, l'ont conduit les conquêtes de Napoléon : Madame Zattara Gros l'a rappelé dans son bel exposé introductif. Par la force du cœur ou de l'esprit, là où la sympathie, l'admiration pour la France l'ont conduit, par exemple dans certains pays d'Europe, comme la Roumanie ou la Serbie, et surtout dans toutes les jeunes républiques indépendantes d'Amérique Latine, affranchis de la tutelle coloniale espagnole.

Mais en vérité, il faut nuancer cette opposition si l'on songe à la conquête coloniale, de laquelle relèvent peu ou prou les pays que nous avons parcouru durant ces deux jours. *A priori* l'on serait tenté de penser que là où le Code civil a été reçu avec le colonisateur, il l'a été pas la force des armes. Car dira-t-on les colonisations – romaine, espagnole, anglaise ou française – ne se sont généralement pas faites sans effusion de sang. Mais outre qu'il en a été parfois autrement dans l'Océan Indien - ne serait ce que parce que, comme aux Seychelles et à Maurice, la terre était inhabitée -, une chose est la conquête impériale, autre chose est la conquête juridique. Or, sur ce chapitre il est utile d'opposer le colonisateur anglais au colonisateur français.

Le colonisateur anglais, pragmatique, soucieux surtout de commerce (ce pourquoi, durant tout le XIXe siècle, l'Angleterre se satisfait à Madagascar d'une influence commerciale prépondérante), suivit la doctrine exprimée par l'arrêt Campbell en 1774, et qu'a rappelée Maître Shah : dans les terres d'établissement, où l'anglais est le premier occupant, la common law s'applique ; mais dans les terres de conquêtes, où l'anglais s'impose aux autochtones, les lois locales continuent de s'appliquer. Ainsi le Code civil a été maintenu à Maurice et aux

Seychelles : Maître Shah et Monsieur Narshigen l'ont souligné. Et, de même, au Bas-Canada et à Sainte Lucie, les anglais ont accepté que, sous leur domination, les populations locales, de culture juridique française, se dotent d'un Code civil (alors pourtant que les français s'en étaient allés).

Le colonisateur français, lui, idéaliste, soucieux de propager les valeurs de la République censées être celles du monde civilisé, ce colonisateur, qui n'est pas affairiste mais socialiste, cherche davantage à imposer son modèle. A preuve, une loi du 24 avril 1833 qui émit le vœu de rendre la législation française applicable à toutes les colonies, et surtout la disposition de la Constitution de 1946, évoquée par Monsieur Raharijoana, qui énonçait que les indigènes devenus citoyens français conservent leur statut personnel « tant qu'ils n'y ont pas renoncé » : réserve à valeur manifestement incitative.

Mais nos travaux ont montré que cette opposition méritait d'être sérieusement nuancée.

D'un côté, il nous a été montré comment, à Maurice, les anglais avaient, d'une certaine manière, pris la main indirectement (à l'anglaise en un mot) : avec leurs juges... anglais, leur procédure... anglaise, et le Conseil privé en ultime recours ; avec l'admission de la règle du précédent, malgré la prohibition des arrêts de règlement) ; avec la compétence reconnue à la common law en l'absence de disposition expresse du Code civil ; avec, enfin, le rôle reconnu à l'Equity.

D'un autre côté, il a été admirablement exposé par Maître Mziba comment, aux Comores, le Code civil avait fait l'objet d'une introduction concertée et progressive, au point même que, l'indépendance une fois acquise, en 1975, il fut purement et simplement déclaré applicable dans le nouvel Etat, et qu'aujourd'hui le comorien qui n'est pas juriste vit le Code civil français comme la loi comorienne. Et il a été aussi expliqué par Monsieur Seube comment, à Mayotte, le « plongeon dans la modernité » consécutif à la codification de 2002 serait probablement réussi parce que l'œuvre de la pratique y a largement préparé.

Et l'on en viendrait même à se demander si, paradoxalement, la décolonisation n'a pas été, plus que la colonisation, une cause de réception du Code civil. Car ce sont souvent les jeunes Etats qui, leur indépendance une fois conquise, ont déclaré le Code civil applicable en bloc (comme à Madagascar), ou se sont dotés d'un nouveau Code civil ou d'un nouveau recueil de lois inspiré du Code civil français, soit directement (Sénégal, Cote d'Ivoire), soit indirectement, notamment via le code éthiopien. Ce qui a joué alors pour la réception du droit français, ce n'est ni la force des armes ni un quelconque néo-colonisme, mais peut-être un vide juridique causé par le départ du colonisateur, et en tout cas une connivence intellectuelle, une familiarité culturelle due à la formation universitaire en France des élites qui avaient conduit leur pays à l'indépendance. Et il est permis de penser que le droit de l'OHADA est une illustration de ce dernier phénomène.

On le voit, la réception du Code civil ici, dans les îles de l'Océan Indien, a sans doute des causes complexes, plus complexes que nulle part ailleurs dans le monde.

B. - L'étendue de la réception

5. Le Code civil a été reçu, soit. Mais qu'en a-t-il été reçu au juste ? Cette question appelle une autre, qui lui est préalable : Que proposait le Code civil ? Autrement dit, quel était ce message universel dont il était porteur ?

Nos débats m'ont semblé confirmer que le Code Napoléon portait, et porte toujours, en lui un triple message : il est l'incarnation, l'emblème du principe de la codification, d'un style de codification et de certains idéaux.

Il est d'abord l'emblème du principe de la codification, car il est la première grande codification des temps modernes - si, du moins, l'on comprend la codification, non pas comme une simple compilation, comme une codification à droit constant, dirait-on aujourd'hui, mais comme un exposé rationnel et cohérent du droit civil, comme un corpus qui, œuvre de fond, réunit et unit, et établit ainsi le droit commun, comme une codification nominative, dirait-on aujourd'hui.

Il incarne ensuite un style de codification. A sa langue, on reconnaît deux qualités, dont s'émerveillaient Madame Boivineau, ambassadeur de France, et Monsieur Leung Shing, ministre de la justice de Maurice. D'une part, les règles qui s'adressent directement aux citoyens sont formulés en termes simples et non savants, accessibles à tous et non réservés à une élite (art. 212, 213, 214) : le Code civil parle une langue populaire, dit Hubert, le père du Code civil suisse. D'autre part, les règles sont souvent exprimés en des termes généraux qui leur donnent la souplesse et la flexibilité grâce auxquelles la jurisprudence réussira à les adapter aux réalités nouvelles (art. 1134, 1384).

Le Code civil enfin porte certains idéaux : l'idéal d'égalité, avec un droit successoral purgé des privilèges de primogéniture, de masculinité ou de premières nocces ; l'idéal de liberté, liberté du propriétaire auquel la plénitude de son droit confère l'entière maîtrise de sa chose, comme l'a exposé Monsieur Lamarche, ou liberté des contractants, dont les conventions se nouent sans forme, transfèrent par elles-mêmes la propriété, et ensuite leur tiennent lieu de loi ; l'idéal de laïcité enfin, avec un état civil confisqué à l'Eglise, et surtout avec un mariage obligatoirement civil et soluble par divorce.

6. Mais ce triple message pouvait-il être entendu dans des sociétés coutumières, traditionnelles comme celles de Madagascar ou des Comores à la fin du XIXe siècle ? Pouvait-il y trouver quelque écho ? Sans doute non, et en tout cas pas tout de suite.

Le Code civil, en effet, avec son triple message est le fruit à la fois d'une tradition romaniste, du siècle des lumières et de la déclaration des droits de l'Homme de 1789 : M. Carbonell l'a fort justement rappelé. Il est à la fois expression du rationalisme et consécration des droits subjectifs.

Or dans les sociétés traditionnelles, dont le Monsieur le Premier Ministre Sylla nous a livré quelques clefs, le droit a pour mission d'assurer la paix et l'harmonie au sein de groupe, et non point de satisfaire l'exercice personnel de droits subjectifs ; il est fait de coutumes orales, et non de règles écrites (et à ce double égard, ce droit traditionnel évoque les *giri* japonais) ; et la coutume revêt elle-même une dimension magique, surnaturelle et d'une certaine manière religieuse. Alors, comment dans une telle société se soucierait-on de la mise

en ordre des règles, du style de la règle écrite, de l'émancipation du religieux et de la protection du droit des individus. Et puis que pouvait valoir ce message venu d'un pays qui, dans ses colonies, maintenait en vigueur un Code noir qui ordonnait l'esclavage en termes de droit civil, de droit des biens, de droit des régimes matrimoniaux et de droit des successions, qui réglait le sort de l'esclave comme celui d'une chose, le rattachant ou non la communauté de son maître, en réglant la dévolution à la mort de son maître et décidant du sort de ses enfants comme de celui de fruits : Monsieur Gunpath nous a rappelé tout cela.

Aussi bien peut-on faire un double constat :

- Le premier est que la réception du Code civil fut plus rapide et plus complète là où précisément la société traditionnelle n'existait pas - aux Seychelles et, dans une moindre mesure, à Maurice - ; que, là où cette société existait, la réception fut souvent limitée aux citoyens français et, de ce fait, s'accélérait avec l'accroissement du nombre des colons, comme nous l'ont expliqué Monsieur Ramolaranto et monsieur Raharijaona ; et qu'après l'indépendance, elle fut favorisée par les transformations que connut la société traditionnelle elle-même, avec ses mutations économiques et culturelles – en un mot, avec son occidentalisation (le même phénomène s'observe en Ethiopie, en Turquie ou au Japon).
- Le second est que, sans doute, la réception fut progressive, parce que plus ou moins facile.

Ce fut d'abord le principe de la codification qui fut reçu : le principe d'une codification normative, permettant l'accessibilité, l'intelligibilité du droit, et aussi son unification (le terrain avait été préparé par des codifications de coutume, codifications-compilations, comme, à Madagascar, le Code des trois-cent-cinq articles). C'était déjà beaucoup, car, ainsi, le système juridique du pays récepteur entraînait, pour y rester, dans la famille romano-germanique, même si, ensuite la common law devait, comme à Maurice ou aux Seychelles, s'y agréger. S'il est vrai, en effet, que la common law n'est pas exclusive de toute codification, par exemple en matière commerciale ou de procédure (voyez le code de commerce uniforme aux Etats-Unis), elle ne saurait s'accommoder d'un Code civil. En terre de common law, c'est la common law qui tient lieu de Code civil. Ce pourquoi, d'ailleurs, on oppose le système de common law au système *civiliste* : c'est au Code civil, et non au droit civil que l'adjectif renvoie. Ainsi, c'est sans doute à l'existence d'un Code civil que Maurice et les Seychelles doivent d'être des systèmes juridiques mixtes.

Ce fut ensuite le style de la codification napoléonienne, simple et général. Et ainsi, le système récepteur se rattachait, au sein de la tradition civiliste, à la tradition française plutôt qu'à la tradition allemande, qui est celle d'un droit savant, d'un droit de Professeurs : Monsieur Narshingen a dit l'attachement de Maurice à ce style du Code Napoléon.

Et puis, enfin, ce furent les valeurs du Code civil, au moins celles de liberté et d'égalité : valeurs dont force est de reconnaître qu'elles n'ont cessé de progresser depuis 1804. Mais, ici, d'une part la réception se fit d'abord en matière économique, en droit des contrats et plus généralement des obligations, et ensuite seulement en matière familiale et foncière. D'autre part, cette réception fut souvent partielle et s'accompagna d'une adaptation : - Ainsi, pour le droit foncier, à Madagascar, où le Code civil ne joue qu'à défaut de coutume, ou pour en éclairer le sens ; et, aux Comores, où la publicité a un effet attributif de droit ; - Ainsi, pour le droit des sûretés, à Maurice, où les sûretés réelles ont été détachées du principe de spécialité quant à leur assiette, avec l'admission de la floating charge de la common law ; - Ainsi, pour le droit des personnes et de la famille, à Maurice, où le mariage religieux a été

admis comme l'égal du mariage civil, et aux Comores, où, comme nous l'a décrit Monsieur le procureur général Djaffar, le droit musulman régit le droit de la famille et les personnes, y compris les successions, et enfin, dans un contexte très différent, à Mayotte, où le statut personnel se maintient.

Ainsi m'est apparu, au fil de ces journées, la réception du Code Napoléon : complexe et subtile dans ses causes, progressive et partielle, mais décisive, dans son étendue. Que dire de son destin ?

II - Le destin de la réception

S'interroger sur le destin de la réception, c'est se demander ce qu'il en est d'ores et déjà advenu et qu'il pourra en advenir dans le futur. C'est examiner le destin accompli (A) et scruter le destin à venir (B).

A. - Le destin accompli

Deux périls menaçaient le Code Napoléon : la langue, pour Maurice et les Seychelles, et l'inadaptation, le décalage entre le Code Napoléon et les réalités socio-economiques.

7. S'agissant de la langue, le péril était que le Code Napoléon ne pût survivre dans un contexte anglophone une fois que l'anglais se fut imposé en législation et que le français eut été chassé du prétoire, d'autant que l'environnement juridique devenait de common law.

Mais les nouvelles qui nous sont venues des Seychelles et de Maurice nous ont rassuré. Le Code civil y a été traduit, la common law le côtoie, mais il est resté lui-même. Certes la common law a pu en atténué certains traits ; certes il a fallu, en 1975, dire à Maurice qu'en cas de divergence c'est la version française qui ferait foi. Mais Monsieur le Ministre Lang Shing nous a dit et redit que Maurice était enraciné dans le droit civil et Madagascar offre aussi un exemple de bilinguisme juridique, mais d'un bilinguisme peut être plus inquiet.

Il y a là, en tout cas, matière à réflexion pour les Européens, et singulièrement pour les français qui opposent à un éventuel Code civil européen le plurilinguisme de l'Europe. Maurice et les Seychelles nous montrent qu'un même code peut vivre en plusieurs langues : le Code civil du Québec aussi d'ailleurs, et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises aussi. Sans oublier le précédent du Code Napoléon lui-même traduit, par la volonté des français ou des pays récepteurs, en italien, en espagnol, en russe (pour les polonais), en serbe, en japonais... sans que les français y aient jamais dénoncé un outrage ou une dénaturation.

8. S'agissant de la nécessaire adaptation du Code civil aux mœurs, il nous a été montré que la jurisprudence avait fait son œuvre, adaptant le code là où il tombait faux, là où le divorce entre la règle revue et les réalités socio économiques du lieu était patent.

Des exemples nous ont été fournis, singulièrement au cours des tables rondes de cet après-midi, à propos des textes phares, des « textes cultes » que sont les articles 544, sur le droit de propriété, 1134, sur la force obligatoire du contrat, et 1384, sur la responsabilité

civile. Le même phénomène d'adaptation s'observe en France et ailleurs, même si ce fut parfois ici et là dans des sens différents.

De ces exemples, il est permis d'ailleurs de tirer cet enseignement général, qu'aucun code ne peut vivre sans une jurisprudence qui en précise le sens et en comble les lacunes : une fois votée, la loi passe entre les mains des juges : voyez en France la généralisation de la responsabilité du fait des choses ou l'admission de la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle (on remarquera, ici, en passant l'influence déterminante des réalités de l'outre-mer sur l'évolution du droit national). D'où la nécessité d'un juge unique, là où l'on veut asseoir l'unité d'interprétation : voyez l'OHADA avec sa Cour suprême d'arbitrage à Abidjan. D'où, aussi, dans ces pays qui aspirent à l'état de droit, l'importance de sa magistrature : Monsieur le Premier Ministre Sylla l'a souligné, et aussi, à sa manière, Monsieur le Ministre de la justice de Maurice dans son explication sur les raisons de l'autorité maintenue du Conseil privé de Londres sur les juridictions mauriciennes (à savoir la souci de donner pleine confiance aux investisseurs étrangers).

Mais, naturellement, le pouvoir de la jurisprudence a ses limites. Et c'est pourquoi il arrive que la loi refoule le Code civil se trouve refoulé. Ce phénomène, Monsieur Ramarolanto nous l'a décrit, avec le reflux du Code civil français qui s'est amorcé dès les années soixante pour les personnes et la famille, et qui s'annonce pour le droit civil économique : ce repli se fait naturellement dans l'ordre inverse de la réception, car là où le droit est le plus difficilement accueilli, là même il est le plus promptement évincé. Mais ce reflux, qui met un terme à la réception formelle, n'implique pas nécessairement la fin de la réception au fond : il faut rechercher si le Code civil français ne se retrouve pas dans la législation nationale, ou mieux dans un Code civil modernisé.

B. - Le destin à venir

La réception du Code civil a-t-elle encore un avenir, ici dans l'Océan Indien ? Le code civil français peut-il encore rester un modèle ?

Deux dangers le menacent : l'un qui lui est intrinsèque, son vieillissement, car le voilà tout de même âgé de deux-cents ans ; l'autre qui lui est extrinsèque, le phénomène de la globalisation ou la mondialisation.

9. Vieux de deux siècles, le Code civil français est-il pour autant un code vieilli, dépassé, suranné ? Il y a, là-dessus, la réalité d'aujourd'hui et les promesses pour demain.

La réalité d'aujourd'hui est contrastée. Pour ce qui concerne le droit civil des personnes et de la famille, le Code civil est jeune : s'agissant de la famille, y compris les régimes matrimoniaux et les successions (au moins pour la dévolution), il a été, on le sait, entièrement récrit, pour l'essentiel, de la main savante et prudente de Jean Carbonnier ; et s'agissant de la personne, du corps humain, de la bioéthique, il contient des dispositions, parfaitement exposées par Madame Cadou, qui, même si elles ne sont pas parfaites - mais quelle législation pourrait l'être sur des questions aussi neuves et mouvantes - me paraissent, par leur hauteur de vue et leur style, d'une qualité égale à celle des règles de 1804 (qui d'ailleurs n'étaient pas toutes lumineuses : voyez la fameuse maxime *En fait de meubles, possession vaut titre*). Pour ce qui concerne le droit civil économique, observons que déjà - et ça n'est pas rien - l'écrit électronique a été introduit au Code civil, comme nous l'a

expliqué Monsieur Cressin] ; et il l'a été comme une alternative à l'écrit papier, que l'écrit soit exigé *ad probationem* où même, depuis la loi sur la confiance dans l'économie numérique de 2004, *ad validitatem*. Mais il est vrai que, pour le reste - contrats, responsabilité civile, sûretés, biens -, le Code civil a terriblement vieilli et qu'il ne donne plus une image fidèle du droit civil français.

Mais, là-dessus, les promesses pour demain sont chargées d'espérance. A l'initiative de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, une réforme du droit des sûretés, personnelles et réelles, est en cours sous la direction du Ministre de la Justice. Une refonte de tout le droit des obligations l'est aussi, sous une direction universitaire mais avec le soutien du Ministre de la Justice. Souhaitons plein succès à ces entreprises. Il faut à un droit un code rajeuni pour qu'il rayonne : voyez comment Maurice a accueilli le droit de la famille issu des grandes réformes du Code civil français réalisées dans les années 60-70.

10. La globalisation revêt ici deux aspects

Le premier est l'apparition d'un marché du droit : comprenez d'un marché où les modèles juridiques sont offerts, proposés à ceux qui sont en quête d'une loi ou d'un code. Si pendant tout le XIX^e siècle, le Code civil français a été l'unique modèle, et doit d'ailleurs, pour une part, à son unicité l'ampleur de sa diffusion, les choses ont bien changé avec l'adoption, dès l'aube du XX^e siècle du Code civil allemand, puis du Code civil italien, et surtout avec l'irruption, ces dernières années, des redoutables rivaux que sont le nouveau Code civil du Québec et le nouveau Code civil néerlandais, sans oublier le Code civil allemand qui vient d'être rénové ni le Code de commerce américain dont la promotion est assurée par de persuasifs vendeurs. D'où l'existence aujourd'hui d'une sorte de *Codex shopping*, où l'on fait jouer la concurrence : Monsieur Narshingen nous a dit, ce matin, comment Maurice avait emprunté au Code civil québécois ; et, déjà Monsieur le Premier Ministre Sylla avait élégamment livré à notre méditation le proverbe malgache : « Chaque essence à son parfum, puise à celle qui te convient ». A nous français, donc, il appartient de conserver à notre code toutes ses qualités et de ne pas nous assoupir sur sa gloire d'autrefois ; tout comme il nous incombe d'en dire les mérites, en nous gardant autant d'une arrogance déplacée que d'un scepticisme autocritique dévastateur.

Le second aspect de la globalisation est une certaine convergence des systèmes juridiques où chacun semble perdre de sa pureté originare. Contemplez l'un des versants de la globalisation, qu'est la mondialisation de l'économie, et vous y décèlerez sans peine l'apparition d'un ordre marchand, ou le contrat du droit français classique, qui est avant tout parole donnée, de sorte que sa force obligatoire est une exigence morale, subit l'attraction de la common-law, où le contrat est avant tout échange de biens, *bargain*, de sorte que sa force obligatoire se mesure à son utilité économique (il est instructif à cet égard de mettre en regard la théorie civiliste de l'imprévision et la notion de frustration de la common law). Et passez maintenant sur l'autre versant de la globalisation qu'est l'universalisme des droits de l'homme, et vous y constaterez l'émergence d'un système juridique où les droits fondamentaux, qui pleuvent de toute part, ne trouvent plus leurs limites que dans des principes ou des standards, qui, tels de principe de proportionnalité (à la Cour européenne de Strasbourg) ou le standard de la personneraisonnable (à la Cour suprême du Canada), sont entre les mains des tribunaux, de sorte que le point d'équilibre entre les intérêts particuliers n'est plus l'affaire du législateur, mais du juge, que, par suite, le droit civil n'est plus dans les

codes, mais dans les recueils de jurisprudence, et qu'il se produit ainsi comme une dérive vers la common law.

* *
*

11. Voilà, me semble t-il, les défis qu'il appartient au Code civil français de relever s'il veut conserver son rayonnement. Mais ces défis, c'est plus généralement aux pays de tradition civiliste qu'il importe de les relever, responsables qu'ils sont, ensemble, des valeurs de ce Code.

Non pas que, comme on le dit parfois, le système civiliste, avec ses codes votés par le Parlement, serait plus démocratique que la common law, secrétée par des poignées de juges. En vérité, les codificateurs n'ont que rarement été des démocrates : Napoléon dut, pour faire adopter son code, épurer le Tribunal de ceux qu'il appelait « deux douzaines de métaphysiciens bons à jeter à l'eau » ; et l'on peut même penser que la codification, parce qu'elle est œuvre d'autorité, est souvent une ambition de despote éclairé (Napoléon, Haïlé Sélassié, Atatürk, l'empereur du Japon...) ou d'une doctrine universitaire en mal d'action.

Sans doute les valeurs de la tradition civiliste sont elles ailleurs : - dans un droit intelligible et accessible, tant il est plus facile de lire un code que des case-books ; - dans un ordre juridique qui s'accomplit dans la prévention des litiges autant que dans leur résolution, où le procès est vécu comme un échec du droit (voyez, là-dessus, quelques fables de La Fontaine...) et non comme l'apogée du droit ; d'où l'impératif de sécurité auquel répond une institution comme le notariat (mieux vaut pour l'acquéreur d'un immeuble de bonnes origines de propriétés qu'une assurance en cas d'éviction).

Si nous croyons en ces valeurs, il nous appartient de les défendre, avec vigueur, mais naturellement sans agressivité ni dénigrement, aussi malvenus qu'inutiles, à l'égard de la common law, qui est l'autre grand système juridique. Et puisqu'il se trouve ici des étudiants, c'est à eux que je voudrais m'adresser pour finir : pour leur dire que c'est entre leurs mains que, demain, reposera l'avenir du droit malgache, et ainsi l'avenir d'une part de la culture juridique civiliste, et que si ces deux journées qui s'achèvent ont pu les inciter à être, de cette culture, des dépositaires fidèles et des ardents défenseurs, alors, comme le dit le proverbe malgache, que rapportait Madame le Président de l'Association des Juristes de l'Océan Indien, ces deux Journées en auront valu deux-cents.

Décembre 2004