

## LE DROIT ET L'AMÉRIQUE LATINE : UN TERRAIN DE RÊVE POUR LE COMPARATISTE

José Antonio MORENO RODRIGUEZ\*

Aux alentours de 1860, une revue française a utilisé pour la première fois l'expression « Amérique latine » pour désigner la majorité des pays situés au sud des États-Unis ainsi que certains pays des Caraïbes comme partageant un héritage commun qui se distingue de celui des Anglo-Saxons, dominant dans le nord des Amériques.

Aujourd'hui, il existe vingt pays dits « d'Amérique latine », et ceux-ci sont généralement regroupés par les comparatistes comme les pays de tradition « civiliste ». C'est toutefois une simplification excessive.

Certes, le droit d'Amérique latine puise ses origines dans celui de la Rome antique et non dans une tradition indigène indépendante. Certes, quatre siècles d'occupation coloniale se sont effectivement déroulés sous l'influence du *ius commune* qui unissait alors l'Europe continentale. Seulement, à partir du XIX<sup>e</sup> siècle, des circonstances exceptionnelles vont faire de l'Amérique latine un laboratoire d'expériences juridiques qui permettent de concrétiser certaines théories et d'élaborer des ponts entre les traditions dites de « droit civil » et de « *common law* ».

Cela est dû au niveau élevé d'éclectisme : par exemple, le droit public en Amérique latine provient du constitutionalisme américain, tandis que le droit administratif, pourtant très proche du droit public, a été essentiellement influencé par le droit français.

---

\* Professeur à l'Université d'Asunción au Paraguay, président de l'Association américaine de droit international privé.

En droit privé, cet éclectisme peut être attribué à trois grands codificateurs du XIX<sup>e</sup> siècle : Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas et Dalmacio Vélez Sarsfield.

Bello a écrit le Code civil chilien de 1855, qui s'est répandu rapidement vers d'autres pays comme la Colombie, l'Équateur et le Venezuela. Même s'il fut très inspiré par le Code civil français et d'autres évolutions sur le continent européen, Bello a aussi pris en compte le droit anglais. Il vécut à Londres pendant quelques années et y effectua un travail administratif pour Jeremy Bentham, dont les enseignements sur les avantages d'une législation bien conçue se développèrent, paradoxalement non pas en Angleterre mais au-delà, grâce au travail de ses disciples.

Freitas a, quant à lui, eu la responsabilité d'assembler de vieilles lois brésiliennes afin de rédiger un nouveau Code civil pour le pays. Alors que son travail était presque abouti, il a décidé de le retirer lorsque, à la fin des années 1860, sa proposition novatrice d'unifier les codes civils et de commerce fit l'objet de lourdes contestations. En proposant cette unification, il avait devancé de plusieurs décennies la Suisse et l'Italie, qui ont évolué en ce sens au XX<sup>e</sup> siècle (on note cependant que l'idée avait été émise dès les années 1840 par un juriste italien). Freitas apparaît aussi comme un précurseur grâce à son idée d'un code divisé en une partie « générale » et une partie « spéciale », structure adoptée par le Code civil allemand, en vigueur en 1900. Cela peut s'expliquer par le fait qu'à l'époque de Freitas, le *ius commune* est prédominant dans la pratique du droit brésilien, tout comme en Allemagne au même moment. De plus, les travaux de juristes comme Friedrich Carl von Savigny, Rudolf von Jhering et autres pandectistes, sont très influents à l'époque.

Enfin, les Codes civils brésiliens de 1916 et de 2002 sont basés sur la méthode de Freitas. Mais au XX<sup>e</sup> siècle, Freitas est déjà une figure très influente pour Vélez Sarsfield, auteur du Code civil argentin, considéré comme le plus éclectique de tous. Ce code, en dépit de l'emprunt au droit français, met en pratique les enseignements de la doctrine allemande relatifs aux actes juridiques, alors qu'il précède le Code allemand de trente ans. Il est possible de faire le même constat quant à l'impact de la doctrine de Savigny sur le droit international privé. L'influence allemande sur Vélez Sarsfield, via Freitas, est indiscutable, mais elle n'est pas la seule. Il est clair d'après les annotations des articles du Code civil argentin qu'il fut également inspiré par le droit anglais (peut-être grâce à Bello), le droit écossais, et même par le droit américain. Le Code civil argentin s'appuie par exemple sur certains aspects de l'enseignement de Joseph Story, professeur à Harvard et juge à la Cour Suprême des États-Unis.

Le droit international privé fut un des domaines, en Amérique latine, où

certaines approches étrangères furent mises en application et contribuèrent à établir un lien entre *common law* et *civil law*. Ainsi, même avant la création de la Conférence de droit international privé en 1893, les traités de Lima puis de Montevideo introduisent, à la fin des années 1880, des textes visant à une certaine harmonisation en matière de conflit de lois. Quelques années plus tard, une autre initiative vit le jour avec le Code de Bustamante de 1928, en vigueur dans beaucoup d'États d'Amérique latine et qui visait à un code global en droit international privé.

Les nombreuses réserves au Code de Bustamante ont rendu son objectif d'harmonisation assez illusoire, et certaines de ses solutions étaient inadéquates. Cela est peut-être dû à la codification prématurée de certaines questions controversées. C'est seulement sous l'égide de l'Organisation des États américains créée en 1948, qu'un travail de codification certes moins ambitieux, mais beaucoup plus efficace a vu le jour. Depuis 1975, cette organisation a entrepris, avec beaucoup de succès, une codification progressive dans beaucoup de domaines du droit international privé. Ses textes sont en effet couverts d'éloges et largement adoptés.

Les liens entre les différentes traditions juridiques se sont encore intensifiés, notamment avec l'adoption de solutions inspirées par la *common law*. On note par exemple une formule relative à l'assouplissement des règles en droit international privé, inspirée du travail des professeurs américains Currie et Cavers. Cette formule est adoptée dans la Convention interaméricaine de 1979 sur les règles générales de droit international privé, elle est en outre reprise par la Convention de Mexico de 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux. La Convention ayant été directement influencée par la Convention de Rome de 1980, c'est l'Europe qui a servi de modèle. Cependant, les Amériques sont restées un laboratoire d'expériences sur les idées venues d'ailleurs et donc un moyen de construire un pont entre *common law* et droit civil. Par exemple, les théories sur le droit non étatique qui fleurissent notamment en France depuis les années 1960 se mêlent aux influences de professeurs de droit américain comme von Mehren et Juenger (ce dernier a participé aux négociations qui ont conduit à l'adoption du texte final de la Convention de Mexico), et conduisent à de nouvelles solutions purement interaméricaines.

Si la Convention de Mexico n'a été ratifiée que par deux pays, elle reste un outil très estimé au sein des cercles académiques de prestige. Elle a notamment été prise en compte par la Conférence de La Haye de droit international privé, lors de l'élaboration de ses Principes sur la loi applicable aux contrats lorsqu'un litige est international. Cet instrument, qui pourrait déterminer l'avenir de ce problème grâce à sa qualité ainsi qu'au prestige de la Conférence, reprend certaines des solutions proposées par la Convention

de Mexico, notamment son attitude ouverte et favorable au droit non-étatique.

Et là encore, avant toute autre région, c'est en Amérique latine, au Paraguay, que les Principes de La Haye sur les choix de la loi applicable aux contrats internationaux sont entrés en vigueur, grâce à une loi adoptée depuis janvier 2015, avant même l'adoption formelle par la Conférence de La Haye de ses Principes, qui a eu lieu en mars 2015 !

J'ai participé aux travaux de la Conférence de La Haye, d'abord en tant que membre du groupe de travail et après comme délégué paraguayen de la Commission spéciale qui a donné l'approbation officielle du document. Et dans mon pays, j'ai rédigé la loi sur les contrats internationaux, qui applique les Principes de La Haye. Ces deux expériences m'ont aidé à affirmer ma pensée aujourd'hui.

En conclusion, comme cela a été dit une fois, l'Amérique latine est un terrain de rêve pour le comparatiste. Les théories et les propositions avancées dans les mondes du droit civil et de *common law* y ont été expérimentées, dans un processus d'enrichissement qui, malgré des revers, a duré deux siècles. L'éclectisme juridique – et non l'originalité – est une caractéristique de la région. N'était-ce pas d'ailleurs cet éclectisme qui a caractérisé le *ius commune*, à son apogée, avant la période de codification ? Et n'est-ce pas cet éclectisme qui est une composante omniprésente de la tâche du droit comparé, celle qui consiste à construire des ponts pour les années à venir ?