

Le rayonnement international du droit suisse¹

PIERRE TERCIER, Professeur à l'Université de Fribourg

L'ouverture officielle des cours – le «Dies» – est une fête «antique et solennelle», à forte résonance symbolique, ce qu'atteste à lui seul son titre latin. La conférence de circonstance doit être dans l'esprit du jour, un peu ronflante. Le titre de la mienne donne le ton: Parler du rayonnement international du droit suisse, n'est-ce pas entonner comme au bon vieux temps les vingt couplets de l'autosatisfaction primaire, ponctués chacun comme il se doit du célèbre refrain: «Y en n'a point comme nous!»? La crainte est compréhensible, marquée chez mes jeunes collègues sans doute d'un sourire en coin. Pourtant, mon propos est moins de mesurer quelle est ou a été l'influence de notre droit que de tenter de dégager les raisons qui peuvent l'expliquer. Peut-être parviendra-t-on à en tirer quelques enseignements.

En effet, la Suisse doute. Après des décennies de succès et de croissance, le pays montre des signes sérieux d'essoufflement: L'économie traverse une crise profonde; la politique cherche sa voie, provisoirement en dehors de celle de l'Europe; il n'y a pas jusqu'à l'identité nationale qui ne soit remise en question, Alémaniques, Romands et Suisses italiens se demandant soudain ce qu'ils peuvent bien faire ensemble. Le temps n'est pas à la panique, mais à la réflexion, puis à l'action. Il importe pour cela de retrouver les conditions qui ont fait notre succès, de vérifier s'il est possible de les reproduire dans un contexte nouveau et, dans l'affirmative, si nous sommes à même de le faire. En raison de ma formation et de ma vocation, c'est sur le droit que portera ma brève analyse. La perspective est étroite, mais elle présente l'avantage de focaliser l'attention sur l'un des plus purs produits socioculturels: le tissu de normes dont un peuple décide de faire la trame de son existence et de son avenir.

¹ Ce texte est celui de la Conférence officielle que l'auteur a été invité à donner à l'occasion de l'ouverture officielle des cours (le «Dies academicus») de l'Université de Fribourg, le 15 novembre 1998. Il est reproduit tel quel, dans sa forme «orale» et sans appareil critique.

I. L'influence du droit suisse

Il serait prétentieux et surtout illusoire de vouloir dresser en quelques minutes un tableau exhaustif des influences internationales du droit suisse. L'analyse est du ressort des historiens et des comparatistes; je ne suis ni de l'une ni de l'autre corporation. Quelques rappels significatifs suffiront à mon propos.

Commençons par le plus simple, pour moi du moins: le droit privé. Nos deux Codes – le Code civil et le Code des obligations – ont été adoptés au tournant du siècle. Or, ces quelques articles, deux mille au total, vont connaître un destin que leurs auteurs ne pouvaient imaginer:

Le fait le plus spectaculaire fut incontestablement leur réception globale par la jeune République turque en 1926. Forcé par les Accords de Lausanne de doter son pays d'une justice équitable fondée sur des principes modernes, Kemal Mustapha Atatürk fit traduire et adopter presque tels quels le Code civil suisse et les deux premières parties du Code des obligations, donc sans la partie consacrée au droit commercial. On peut dissenter longtemps sur les raisons, profondes ou anecdotiques, qui ont conduit les autorités turques à préférer nos braves Codes aux constructions savantes du droit français et plus encore du droit allemand. L'intérêt tient moins aux causes qu'aux effets. En dehors de quelques chapitres du droit de la famille, pour lesquels il fallut rapidement faire des adaptations, la réception du droit suisse en Turquie fut plutôt réussie. Nos Codes y sont pour l'essentiel encore «en vigueur» (si vous me passez l'expression) et leur application n'a pas posé de problèmes majeurs. Le résultat est étonnant si l'on prend en compte les différences qui pouvaient séparer – à l'époque du moins – deux sociétés qu'opposaient langues, cultures, religions, structures économiques et sociales. Or, il existe aujourd'hui encore une communauté de pensées entre les juristes turcs et les juristes suisses; nos livres et nos arrêts y sont lus, y sont traduits; nos collègues cherchent toutes les possibilités de contacts, sans recevoir toujours de notre part l'accueil qu'ils espèrent; de jeunes Turcs viennent faire leurs études chez nous, licence ou doctorat. Bien plus, l'influence perdue puisque certaines des révisions ultérieures du droit suisse – celle du droit de la personnalité par exemple – ont été suivies, non aveuglément, mais sans modifications notables.

Même s'il ne faut évidemment pas minimiser l'influence profonde qu'ont pu exercer doctrine et jurisprudence au-delà des textes, force est de conclure que le droit privé suisse, rédigé à l'époque pour une communauté de trois millions et demi d'habitants, régit également aujourd'hui plus de 60 millions de Turcs. Et son influence va croissant, puisque, de par l'influence que la Turquie ne peut pas manquer d'exercer sur les nouvelles républiques islamiques issues de l'ancien bloc soviétique, on se plaît à rêver que notre droit privé serve un jour de moule aux relations juridiques de quelque 125 millions de citoyens...

La réception du droit suisse en Turquie, librement consentie, pourrait occulter les influences exercées par nos Codes sur la rédaction d'autres lois modernes. Voici, pour les oreilles averties, le libellé du premier article du Code civil égyptien: «La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.» Cette règle correspond mot pour mot au premier article de notre Code civil, lequel a fait le tour du monde. Sans doute le rédacteur du Code égyptien, le doyen Jossierand, fera-t-il véritable œuvre de créateur en suivant d'autres inspirations, notamment celles du droit français, mais il est aisé de retrouver en maintes dispositions des principes du droit suisse, dans l'esprit, souvent dans la lettre. Or le Code égyptien a servi de modèle aux codes modernes des pays du Proche-Orient et du Maghreb.

Cette action de recherche en filiation naturelle pourrait être poursuivie, non seulement en droit privé, mais également dans d'autres domaines: Le droit de l'exécution forcée, pourtant issu de la fin du siècle dernier, a servi de modèle à de nombreuses révisions, jusque, pour une fois, en droit américain; lorsque le Professeur Riesenfeld de l'Université de Berkeley avait été chargé par les autorités américaines de préparer un projet sur le droit de la poursuite et de la faillite, il avait commencé par un long stage dans les Offices du canton de Zurich. Le droit pénal a aussi connu un destin étonnant puisque le Code pénal qu'avait préparé Carl Stoops a été largement repris dans d'autres droits, y compris ceux de l'Amérique du Sud. On signalera pour l'anecdote que le Pérou s'est largement inspiré pour son propre droit pénal non du Code, mais de son Avant-Projet. Il n'y a donc rien de choquant à ce qu'une faculté de droit – la nôtre – fasse appel pour sa chaire de droit pénal à un professeur péruvien, se dotant ainsi d'un enseignant venant d'un pays qui a dix ans d'expérience de plus que nous dans l'application des fondements de notre propre droit. Le droit constitutionnel évidemment, *last but not least*, a offert un étonnant modèle de démocratie, de fédéralisme et de libéralisme; la démocratie, par la place étendue qu'elle laisse au peuple, même après la suppression des *Lands-gemeinden*; le fédéralisme, par l'équilibre qu'il devrait assurer entre pouvoir central et Etats fédérés; le libéralisme, par la place que la Constitution et les tribunaux devraient accorder aux libertés des citoyens.

Mais ces exemples – me dira-t-on – sont anciens, et on serait bien en peine d'en trouver de plus récents. C'est à la fois vrai et faux: il est certain que le droit suisse n'a plus la même place qu'autrefois, j'y reviendrai, mais il conserve une place importante:

- Il reste souvent en matière législative un droit de référence dans l'élaboration de normes nationales, surtout dans les Etats nouvellement fondés qui entendent se doter d'un instrument mieux adapté.
- Le droit suisse des contrats en particulier reste l'une des normes privilégiées choisies dans les contrats internationaux: contrats de fournitures, de

construction, d'ingénierie, mais également contrats de services, de reprise de sociétés, d'acquisition d'entreprises. Cette éléction de droit est souvent doublée d'une clause compromissoire qui prévoit qu'en cas de litige le différend sera tranché par un tribunal arbitral dont le siège sera en Suisse, en principe à Zurich ou à Genève. Il n'existe évidemment aucune statistique officielle, mais on peut trouver un indice en consultant celles de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale à Paris (la CCI): On y apprend que, sur les trois cent quatre-vingts procédures ouvertes en 1996, soixante-sept avaient leur siège en Suisse, deux cents se trouvant ainsi au deuxième rang, derrière la France.

II. Les spécificités du droit suisse

Le constat que l'on vient de faire appelle quelques explications. D'où vient-il que ce droit ait pu et puisse encore jouer un rôle? Tentons trois pistes:

1° *Serait-ce la qualité propre de notre droit?* L'affirmation est délicate, aux limites du ridicule. D'abord, parce qu'en ce domaine tout critère est arbitraire: ce qui importe en effet, c'est de savoir si le corps de normes dont se dote une population répond à son attente. Ensuite, parce qu'il est certain qu'il existe des droits infiniment plus savants, infiniment plus subtils, infiniment plus élaborés que le nôtre. Paradoxalement, je serais pour ma part tenté de penser que c'est en partie l'absence de ces qualités qui constitue le premier attrait du droit suisse.

- Comparé à d'autres, notre droit est simple; sa rédaction est directe, une exigence qu'impose déjà la nécessité d'en faire trois versions identiques par-delà les génies linguistiques des langues latines et germanique. Qui a eu la chance de participer à la préparation de lois fédérales connaît le soin que l'on attache à trouver une formulation qu'il soit possible, non seulement de traduire, mais aussi de rendre dans les autres langues. La volonté des auteurs de nos Codes avait été d'éviter les formules savantes, de rédiger des dispositions à la portée de chacun. On a pu dire de notre droit qu'il était simpliste et lacunaire; je préfère ces défauts aux textes savants et abscons maîtrisés par la seule corporation des juristes.
- Comparé à d'autres, notre droit est ouvert, laissant une place considérable à l'interprétation et au pouvoir d'appréciation des juges. Ceux-ci sont invités par le Code à fixer «équitablement» les dommages-intérêts, à réduire les peines conventionnelles «excessives», à retenir des délais «raisonnables», «en tenant compte de toutes les circonstances». Si nos deux Codes ont finalement traversé un siècle sans bouculades extrêmes, c'est bien parce qu'ils laissaient la part belle à l'évolution dans la doctrine et la jurisprudence. Et si notre droit des contrats a valeur de référence, c'est parce

qu'il est assez souple pour s'adapter aussi aux plus grands contrats internationaux négociés par des entreprises ou pour des prestations étrangères à notre pays.

Il est symptomatique de constater une certaine communauté de style avec les grands textes qui ont été récemment préparés afin d'harmoniser le droit des contrats, qu'il s'agisse des Principes d'UNIDROIT ou de ceux préparés pour l'Union européenne par une commission d'experts, dont le président, le Professeur Ole Lando, nous fait l'honneur d'être parmi nous aujourd'hui pour un motif que vous apprendrez dans quelques instants². A la lecture de ces textes, le juriste suisse se sent parfaitement à l'aise, plus peut-être que ne pourraient l'être ceux de pays dont le droit obéit à des systèmes plus élaborés, mais plus typés. Loin de moi l'idée de penser que le droit suisse est à l'origine de cette évolution; mais ayons l'immodestie de penser qu'il n'y est pas totalement étranger.

2° *Le succès du droit suisse viendrait-il de la qualité de son contenu?*

L'affirmation est tout aussi douteuse que la précédente et largement pour les mêmes raisons. D'autres pays se sont dotés de véritables monuments dogmatiques, issus d'une forte tradition locale ou nationale. Pour les comparatistes, ces droits ont fondé de véritables familles – la famille anglo-américaine, la famille française, la famille germanique –, en exerçant sur d'autres pays des influences considérables, influences tantôt volontairement suivies par conviction, le plus souvent plutôt subies par soumission militaire ou coloniale.

- Le droit suisse n'a jamais eu pareille ambition et il ne s'est pas laissé enfermer dans un système ou un autre. Au contraire: l'objectif premier des législateurs du siècle dernier fut de forger un droit partiellement original, issu de la convergence des forces qui animaient l'Europe. On n'a jamais assez loué l'intelligence du Père de nos Codes, le Prof. Eugen Huber, dont la préoccupation première, avant toute unification du droit fédéral, fut d'analyser les droits cantonaux; il y a par la suite largement puisé pour faire la synthèse de toutes les divergences qui avaient pu secouer le XIX^e siècle. Il est évident que nous appartenons à la même famille que nos cousins germains, mais ce n'est qu'un cousinage par alliance. Les Codes suisses ne sont pas une version bâtarde du grand BGB allemand. La patte du Code Napoléon est bien présente aussi. Il suffit pour s'en convaincre de comparer la rédaction des codes, mais cette marque se retrouve aussi dans l'esprit.
- C'est peut-être là le deuxième des attraits de notre droit; parce qu'il devait pouvoir régir des populations germanique et latines, il devenait compatible

2 Lors de cette même cérémonie, la Faculté de droit de l'Université de Fribourg a octroyé au Prof. Lando le titre de docteur *honoris causa*.

avec d'autres traditions européennes. Un contrat passé entre une firme allemande et une firme française peut aujourd'hui encore s'accrocher au droit suisse plus facilement, psychologiquement déjà, qu'au seul droit français ou au seul droit allemand; les partenaires y retrouveront un esprit qui, sans être le leur, est familier et les juristes pourront accéder aux sources, aussi bien en allemand qu'en français, en espérant qu'elles disent bien toutes deux la même chose (!).

Serait-ce pour cette raison également que le juriste suisse peut si aisément s'accommoder des grands textes unificateurs auxquels il a déjà été fait allusion? L'objectif que cherchent leurs auteurs est précisément de retrouver, sous la couche des Codes et des lois nationales, le fonds commun européen. Or celui-ci, héritier direct du droit romain, est fait de la conjonction de ces influences. Comme le droit suisse, mais infiniment plus profondément, il est le fruit d'une synthèse.

3° *Le succès du droit suisse tiendrait-il enfin au rôle privilégié qu'a joué la Suisse?* L'affirmation est elle aussi «gonflée», diraient nos enfants, si l'on veut bien remettre le pays à sa place. D'autres nations ont eu un destin international, une perspective que nous avons prudemment abandonnée, sous cette forme du moins, sur les champs de Marignan. Il reste que, par vocation, et bien sûr aussi beaucoup par chance, la Suisse a occupé une place de choix. Forte de la neutralité qu'elle s'était donnée, de gré ou de force, elle offrait une image modeste et inoffensive, peu propre à générer des jalousies ou des craintes; le caractère pastoral et pacifique de ses citoyens inspirait la confiance. Sur ce point, l'analyse dépasse évidemment le cadre de mes réflexions.

III. Quelques enseignements

Ce tableau séduit, dans l'esprit classique des livres d'histoire embaumés qui nous ont offert une trop bonne conscience, ne nous conduirait-il pas immanquablement à affirmer que, si notre droit n'a plus le rayonnement d'antan, c'est que cette génération, la nôtre, n'a plus toutes les qualités que l'on vient de rappeler? L'affirmer serait évidemment ridicule.

Si le droit suisse n'a plus la même influence, c'est d'abord parce que les donnees ont partiellement changé. L'évolution législative ne se fait plus guère, sous réserve des cas évoqués, par l'adoption de pans entiers, comme lors des grandes codifications. La création est permanente. Elle se fait bien sûr encore dans les Etats, mais de manière souvent plus intégrée; qui peut aujourd'hui encore faire une loi sans se préoccuper des solutions qui ont cours chez ses voisins, voire plus loin? Et l'évolution se fait à un niveau supranational, dans les tentatives d'harmonisation et d'unification des grands problèmes. Un Etat

comme le nôtre ne peut y jouer un rôle déterminant, ce qui ne signifie nullement qu'il ne puisse en jouer un, à condition de le vouloir.

Mais si le droit suisse a perdu son influence, c'est peut-être tout de même qu'on est en train d'oublier quelques-unes des qualités évoquées. Et cette perte de mémoire n'est pas sans effet, au plan national et au plan international.

1° *Au plan national d'abord*, le risque le plus grand me paraît lié à la perte de cohésion. Dans la mesure où il est unifié, le droit suisse est aussi bien celui qui s'applique à Viège, Romanshorn ou Chiasso et celui qu'on enseigne à Genève, Bâle ou Zurich. Or, le risque d'un compartimentage existe. Le participe des difficultés de compréhension que rencontrent les membres de nos trois communautés.

– Il est souvent navrant, pour ne pas dire affligeant, de constater la place infime, quand elle existe, que certains juristes d'expression française accordent aux publications parues en allemand; les ouvrages les plus élémentaires sont ignorés et la seule jurisprudence prise en compte est celle qui paraît en français dans les revues romandes. La réciprocité est hélas aussi vraie: Combien de travaux récents publiés en allemand passent totalement sous silence ou presque tout ce qui a pu être dit et écrit en français – ou pire encore en italien – par des auteurs ou des juges commentant ou appliquant pourtant le même droit suisse? La comparaison se porte plus aisément vers les auteurs allemands, dont les qualités dogmatiques ne sauraient être mises en cause, mais qui appartiennent à un droit qui n'est pas le nôtre et n'en est qu'une source d'inspiration parmi d'autres. A le nier, on enlève au droit suisse le caractère éminemment européen qu'il s'était précieusement donné à l'origine. A l'heure de l'europanisation, avouons que c'est un comble. A vouloir gommer les différences qui nous distinguent du droit allemand, on s'y soumet servilement, en oubliant que culturellement notre droit est plus varié, et partant plus riche.

– Il est possible que la raison de ce constat tienne partiellement aux problèmes linguistiques; ma crainte est que cette incompréhension soit plus profonde. N'entre-t-il pas aussi quelques préjugés dans l'attitude des uns comme des autres? N'y a-t-il pas une perte de confiance réciproque? Il est temps de se souvenir que le droit suisse est européen, éminemment, et que comme tel il n'est pas plus le reflet d'une communauté que d'une autre; il en est la symbiose.

2° *Au plan international ensuite*, le risque tient à l'isolement relatif de notre droit.

– Il est manifeste que nous sommes à l'écart des grands mouvements législatifs de l'heure. L'Europe mouline à grands coups de directives et nous n'avons le plus souvent pas d'autre choix que de nous y soumettre, puisque nous appartenons matériellement à l'Europe et à son marché. Ce fut le cas ces dernières années pour plusieurs chapitres du paquet «Euro-Lex»

(voyages à forfait, crédit à la consommation, responsabilité du fait des produits, demain droit de la construction, droit des contrats, etc.). Nous transposons le droit européen sans être juridiquement contraints de le faire, mais parce que nous n'avons pas d'autre choix. Et par là nous intégrons un droit à la formation duquel nous n'avons pas eu mot à dire. C'est ce que les plus farouches opposants à notre adhésion appellent «l'indépendance».

- Il est vrai que nous participons bien plus activement à d'autres projets internationaux, avant tout au plan européen, notamment par le Conseil de l'Europe. Au-delà, notre voix est évidemment noyée, dominée qu'elle est par celle de l'Europe. Or l'évolution s'accélère, et principalement sous l'influence des Etats-Unis. Leur avance technologique les oblige à cerner des problèmes nouveaux et, quand ils le font, la globalisation donne à leurs textes pratiquement valeur universelle.

Autre est la question de savoir quelle peut être la place de notre pays. Nous avons vécu de clichés, qui faisaient de nous de paisibles producteurs de fromage, de chocolat et de coucous. Le balancier a touché l'autre extrémité de sa course et nous voilà en peu d'années devenus des gnomes âpres au gain, veillant frileusement sur leurs comptes bancaires où l'argent entre plus facilement qu'il n'en ressort. Tout en ayant le courage de voir notre passé en face, tentons de redevenir ce que nous sommes. La générosité est aussi notre fait. L'ouverture de notre droit vers l'étranger fait partie de notre destin; et le droit, comme objet normatif, mais aussi scientifique, est un produit d'exportation culturelle dont nous devons tirer profit. Il existe bien des pays, notamment parmi ceux évoqués plus tôt, qui souhaitent le renforcement d'une collaboration esquissée.

IV. Conclusion

Ces quelques réflexions, plus politiques que savantes, interpellent directement les universités et plus spécialement dans notre cas les facultés de droit. Il s'agit de savoir ce que nous devons enseigner et où porter nos recherches.

- La première dimension reste *nationale*. Si les professeurs ne sont pas à même de convaincre leurs étudiants et leurs étudiantes de la nécessité de prendre en compte la diversité et la richesse de notre droit, comment pourra-t-on ensuite reprocher aux avocats et aux juges d'aggraver le fossé? La Confédération fait de louables efforts pour rebâtir les ponts. Une faculté comme la nôtre, qui s'offre le luxe presque unique en Europe d'assurer un enseignement complet dans deux langues, a un rôle éminent à jouer et il importe que les moyens lui soient donnés de le jouer pleinement. Nous avons développé quelques voies dans ce sens, notamment la licence bilingue; notre ferme volonté est de les poursuivre et de les élargir.

- La deuxième dimension est *internationale*. Si les professeurs ne sont pas à même de s'ouvrir aux évolutions en cours, comment pourra-t-on redonner à nos étudiants la conscience de faire partie d'une communauté large et ouverte, dans laquelle nos normes trouvent naturellement leur place? Une faculté comme la nôtre, par vocation et par nécessité, doit s'ouvrir plus que d'autres si elle ne veut pas rester provinciale.

Sans vouloir peindre le diable sur la muraille, on ne peut nier le désarroi que ressent une partie de la jeunesse suisse, peut-être plus fortement en Suisse romande qu'en Suisse allemande. Ce désarroi est largement provoqué par un sentiment d'isolement, d'isolation même. S'il appartient aux universités de former, elles doivent transmettre des connaissances, mais aussi au moins autant donner confiance. Le droit est un moyen dont on a tendance à sous-estimer les potentialités; le nôtre a été et peut rester, si nous le voulons vraiment, facteur de cohésion nationale et d'ouverture internationale.