

Notes sur le Système Juridique Brésilien et la *Common Law**

Notes on the Brazilian law System and the Common Law

Notas sobre o Sistema Brasileiro e a *Common Law*

Hugo Nigro MAZZILLI**

SOMMAIRE: 1 Introduction. 2 Les principaux problèmes de l'application de la loi au Brésil. 3 Conclusion. 4 Références.

RÉSUMÉ: Le Brésil s'inscrit parmi les pays de tradition romaniste qui suivent le système romano-germanique du droit, contrairement aux pays anglo-saxons qui suivent le système de la *common law*. Les principaux problèmes du système brésilien ne résident pas dans le système lui-même, mais dans les défauts de l'application des lois.

MOTS-CLÉS: Système de la loi brésilienne. Système de droit romano-germanique. Droit commun. L'application de la loi.

RESUMO: O Brasil está entre os países de tradição românica que seguem o sistema romano-germânico do direito, em contraposição aos países anglo-saxões, adotam o sistema da *common law*. Os principais problemas do sistema brasileiro residem nas falhas da aplicação das leis e não no sistema em si.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema brasileiro de direito. Sistema romano-germânico do direito. *Common law*. Aplicação da lei.

1. Introduction

Le droit brésilien est fondé sur le droit européen-continentale, nous le savons, aussi le Brésil s'inscrit parmi les pays de tradition romaniste, c'est-à-dire, il fait partie du système romano-germanique, contrairement à la *common law* du système anglo-saxon.

On peut considérer que les différences actuelles entre les deux systèmes (anglo-saxon et romano-germanique) résident dans les phases de leurs évolutions. Le droit romain édifia ses règles (lois écrites) à partir de la jurisprudence des cas individuels; cela a continué dans les pays de tradition romaine après la chute de l'empire romain à l'Occident, par exemple, j'invoquerai Portugal depuis la fin du Moyen Âge, où les Ordonnances du Roi Alphonse condensaient des règles qui étaient le résultat d'une longue élaboration basée sur des cas concrets et qui ont permis une théorisation qui n'était pas purement abstraite (ORDENAÇÕES AFONSINAS, 1984).

* Sur : <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/brxcljust.pdf>.

** Professeur Émérite de l'École Supérieure du Ministère Public de São Paulo.

Et ce phénomène évolutif a continué tout le temps et continue encore jusqu'à nos jours. Aujourd'hui, dans les nouveaux domaines du droit (les problèmes juridiques de l'Internet, les messages électroniques, le commerce des logiciels etc.), au Brésil et d'ailleurs, on ne commence pas par légiférer abstraitement en ces matières-là, mais on laisse du temps aux faits avec une relative liberté, jusqu'à ce que l'on ait une expérience qui nous puisse fournir une base minimale pour une théorisation et une conséquente élaboration législative.

Cependant, les pays de la *common law* partent du même point: des faits, de l'expérience des cas, de la jurisprudence, bien qu'ils ne consolident pas leurs expériences en des textes législatifs; ils continuent à collecter leurs cas, sans produire notre théorisation abstraite législative. Mais le point de départ est toujours le même, et le résultat, bien qu'apparemment différent, n'empêche pas que ces pays-là aient quelques lois écrites, qui sont des fruits de l'expérimentation des cas.

2. Les principaux problèmes de l'application de la loi au Brésil

Au Brésil, au moins, je ne dirais pas que les défauts voire l'insuccès du système judiciaire soient dus au système lui-même, parce que je ne vois pas un défaut en théoriser à propos des cas particuliers (c'est-à-dire, faire l'induction, qui est plus créative que la déduction, bien qu'elle puisse tomber fréquemment en erreur – le risque inné des sciences inductives)¹. J'attribue l'insuccès de notre système aux défauts de son application.

Voyons pourquoi.

Chez nous, ordinairement, les lois ne sont pas mauvaises. Cependant, le problème réside dans leur application. Et quels sont les problèmes de l'application de la loi? Je ne parlerai pas des autres pays, bien que ces vices ne soient pas exclusifs d'un seul pays, mais au Brésil, il y a des problèmes sérieux, comme ceux que je pu résumer ici²:

- 1** le manque d'amour au travail (pour utiliser un euphémisme) de ceux auxquels la loi attribue le devoir de promouvoir l'application de la loi ou de prêter la juridiction. Ce n'est pas une règle générale, certes – il serait très injuste de l'affirmer comme telle –, mais si ce n'est pas une règle, ce n'est pas certainement un problème rare, au contraire;
- 2** les déviations de conduite des membres de la magistrature et du Parquet, qui, à nouveau, si elles ne font pas la règle générale, existent et ont été spécialement dénoncées avec raison à la fin de 2011 par Eliana Calmon, juge membre du Conseil National de Justice (organe de contrôle externe de la magistrature nationale), qui a éveillé avec ses dénonciations publiques un vif sentiment de contrariété et même de réaction dans la plus haute Cour de Justice et dans la plus grande partie de la magistrature du pays, fortement imprégnées d'esprit de corps;
- 3** la facilité avec laquelle les membres de la magistrature et du Parquet s'inclinent devant le pouvoir politique et économique, sans oublier que le pouvoir politique est le seul qui décide la composition de nos plus hautes cours de justice, même ou principalement de la Cour Suprême Fédérale et de la Cour Supérieure de Justice, qui sont le sommet du Pouvoir Judiciaire au Brésil;

¹ La chose déduite est déjà contenue dans la proposition générale; de cette manière-là, à la rigueur, la déduction ne crée rien; l'induction, au contraire, crée de nouvelles idées, bien qu'elle puisse tomber en erreur d'une généralisation induite.

² Pour un examen plus approfondi du système brésilien de Justice, je me remets à mon livre (MAZZILLI, 2007, *passim*), qui contient un abordage plus critique de l'institution du Parquet et de la Justice au Brésil.

- 4 l'amour plus intensifié au procès qu'au droit matériel (une forme indirecte du manque de l'amour au travail, parce qu'il est plus facile de discuter et décider à propos du procès lui-même, qu'à propos du droit matériel dont l'examen fréquemment exige l'incursion probatoire avec toutes ses *quæstiones facti*). Ainsi, on se bat principalement pour des questions de compétence, de légitimation, de conditions d'action, d'adéquation du choix d'une action ou d'un recours, au lieu de se battre à propos de celui duquel des litigants a raison;
- 5 l'incroyable et excessif délai qui existe entre le moment où l'on commence une action judiciaire et la fin du procès, qui peut coûter plusieurs années, et qui est la pure et simple dénégation de la justice;
- 6 la situation commode de celui contre lequel on intente un procès, fréquemment dans une position de force confortable, au contraire de celui qui a subi la violation de la loi, qui se met en quête de la justice et se soumet à l'extrêmement longue durée du procès dans une situation de fait défavorable.

3. Conclusion

Avec des défauts comme ceux-là, il n'importe pas que nous utilisions un système ou un autre, le résultat ne serait pas très différent. Si nous adoptons le système de la *common law* au Brésil, mais si on maintient les mêmes vices ci-dessus appointés, il n'aura pas des modifications de résultats. Mais, si nous maintenons notre système de tradition romaniste, mais on supprime les comportements vicieux qui nient la viabilité du système, celui-ci prouvera bien, parce que, à la limite, il est aussi basé sur l'induction créative du système anglo-saxon des cas. Et il a un avantage de plus: comme il crée une norme abstraite, il peut régler les cas futurs avec les mêmes critères qui ont présidé l'élaboration de la norme, en imposant des limites au pouvoir des juges.

D'autre part, même le droit anglais évolue vers l'écrit: au temps de Tony Blair, on a fait intégrer dans le droit anglais la Convention Européenne des Droits de l'Homme et il y a même un courant qui se développe en Grande-Bretagne en faveur d'une constitution écrite (ÉMILI, 1998, p. 371-399; MONJAL, 1999, p. 167-220). Cela ne nous surprend pas, sauf à cause de l'énorme retard pour le faire. Et la possible prééminence du droit anglo-saxon dans les affaires en Europe ou dans le monde est due plus à l'actuelle force économique des pays concernés qu'à la primauté théorique de leur système.

D'un autre côté, ce n'est pas un vrai problème celui de poser la politique au-dessus de tout, comme les Français le font devant le droit. La politique est à la base et à la fin de la vie sociale, et le droit doit considérer les présupposés et les conséquences politiques de la norme (*norma agendi*); de la même manière, le juge les doit considérer, aussi comme l'administrateur et le législateur le font, parce qu'eux tous participent soit à l'élaboration de la loi, soit, idéalement, à son application pour le bien commun. Devrait-on dire que le droit préexiste à la politique? Pourquoi ne pas dire, plus correctement: *ubi societas ibi jus et politia*?...

On répète ailleurs que la mondialisation exige des solutions opératoires. Mais est-ce que nous avons nous rendu compte de la nécessité de solutions opératoires seulement grâce ou à cause de la mondialisation? Pourquoi ne pas dire que tous les sujets de n'importe quel pays ont droit à des solutions opératoires dans tous les domaines de la justice?! Et, en ce cas-là, il peu importe si nous utilisons le système A ou B; il importe si le système, supposé raisonnablement juste, est efficient.

Chez nous, plus grand que le choix du système en soi-même, est le problème du vrai goût latin pour la discussion et les avis des juristes, dans la même préoccupation avec la praticité de la solution concrète. Dans mon observation, je crois que nous avons créé un système qui s'alimente lui-même, où les juristes discutent plus à propos du procès qu'à propos de la justice, et qui n'a aucun, ou presque aucun, ou au maximum un très modeste compromis avec le résultat opérationnel, tandis que les pays de la *common law* s'importent plus avec la célérité pratique du résultat qu'aux principes théoriques ou même qu'à la justice au nom de laquelle ils appuient leurs décisions. Et bien, en grande partie, ils ont raison, parce que le manque d'une vraie solution dans un procès (et le retard excessif de la décision finale est l'équivalent) est tellement injuste comme le propre fait qui a causé le procès lui-même... si ce n'est pas pire encore, parce que, dans ce cas-là, l'injustice provient de l'État lui-même, qui s'est arrogé le monopole de dire le droit, avec l'exclusion d'autres moyens de composer le litige.

En synthèse, indépendamment d'adopter le système anglo-saxon ou le système romano-germanique, le vrai et seul problème est de faire que notre système fonctionne et qu'il soit rapide et efficient, même si pour l'obtenir ainsi, la perfection théorique est impossible d'atteindre: limitons-nous à une modeste recherche de la justice humaine, nécessairement pas parfaite, mais, au moins, leste et cohérente.

MAZZILLI H. N. Notes on the Brazilian law system and the common law. *Justitia*, São Paulo, v. 202/2013, p. 375-380, Jan./Dec. 2011-2012.

ABSTRACT: Brazil follows the Roman-Germanic law system, in opposition to the Anglo-Saxon countries that follow the common law. The Brazilian system's main drawback is not the choice of the system itself, but the flaws of the law application.

KEY WORDS: Brazilian law system. Roman-Germanic law system. Common law. Law application.

4. Références

ÉMILI, Pietro. La voie britannique vers une constitution européenne. *Droit et Société*, n. 39, p. 371-399, 1998. Sur: <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/pdf/ds39/ds039-08.pdf>>. Accès en: 2 janv. 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. São Paulo; BR: 5. ed. Saraiva, 2007.

MONJAL, Pierre-Yves, La guerre des droits aura-t-elle lieu? *Revue du Marché Unique Européen*, Paris, n. 3, p. 167-220, 1999.

ORDENAÇÕES AFONSINAS. Livros I a V. Coimbra: Real Imprensa da Universidade de Coimbra, 1792. (Reproduites en fac-similé par Fundação Calouste Gulbenkian, Lisbonne, 1984).