

ANNEXE n° 21

« Droit civiliste et common law »

Les avocats français sont soumis au droit dit civiliste par opposition au droit des pays de common law. Cette différence fondamentale dans l'approche du droit est-elle une des explications à l'accueil de la médiation dans les différents pays ?

Le droit civiliste

Le terme « droit civil » peut avoir deux significations. Tout d'abord, il peut se rapporter à des questions de droit privé, comme les préjudices personnels, les différends contractuels ou autres litiges entre particuliers (le droit privé étant distinct du droit criminel). Ensuite, le terme «droit civil» peut également se rapporter à un système judiciaire fondé sur un code civil puis d'autres codes, comme en France. C'est ce dont il est question ici.

Ce système de droit est le système judiciaire le plus ancien et le plus répandu au monde. Il tire ses origines de l'époque romaine. Dans un système de droit civil, les gouvernements établissent des codes de lois complets. Ces codes sont continuellement actualisés pour tenir à jour un registre des affaires que l'on peut ou non soumettre aux tribunaux. Par conséquent, dans le système de droit civil, la législation établie par le gouvernement est la principale source de droit.

La common law

Le système de *common law* tire ses origines de la Conquête normande de 1066. Les lois n'y sont pas uniquement établies par les corps législatifs, elles se fondent également sur les décisions rendues par les tribunaux. Bien que les corps législatifs établissent des lois, celles-ci sont interprétées par les tribunaux et ce sont les décisions des juges quant à la signification et à l'application des lois qui donnent lieu au droit. Par conséquent, la *common law* comporte plus de flexibilité pour s'adapter aux nouvelles circonstances et aux nouveaux cas.

Les décisions en *common law* sont nommées « précédents ». Les précédents donnent une orientation aux juges lorsqu'ils doivent prendre des décisions dans des cas similaires. Par conséquent, les tribunaux se doivent de respecter les précédents et ne pas perturber les lois établies. Cependant, si les faits d'un litige sont différents des faits d'une affaire antérieure, les juges peuvent faire la distinction entre les affaires et établir un nouveau précédent fondé sur les nouveaux faits.

Ces deux systèmes judiciaires diffèrent, leurs pensées judiciaires également, donc les avocats contentieux procéderont différemment.

Concernant la médiation et les modes amiables / alternatifs de résolution des conflits, il semble que les pays de *common law* fassent plus facilement usage de la médiation que les pays de droit civil. Ces façons de concevoir le droit, la profession, les notions de litige et de conflit sont-elles liées à ces différences culturelles ? Tout ceci mériterait d'être vérifié et approfondi.

Najda Alexander a rédigé plusieurs articles comparant les pratiques de médiation en Australie et en Allemagne avec cet éclairage que l'Australie est un pays de *common law*, dans lequel la médiation s'étend sous toutes formes depuis plusieurs décennies et que l'Allemagne, pays de droit civil, a du mal, comme la France, à voir la médiation prendre son envol. Dans les pays de *common law* (Etats Unis, Canada, Australie, Nouvelle Zélande, Angleterre...) la médiation a pris son essor à partir des années 1970. Dans les pays dit civilistes (Allemagne Autriche France, Suisse...) ? la médiation a tardé et n'a débuté qu'à la fin des années 1990 et aujourd'hui encore elle hésite à prendre son envol.

Dans son article*, existent des distinctions significatives entre la perception des avocats de *common law* et de *civil law* :

«... comparés à leur contrepartie de civil law, les avocats de common law sont perçus comme des professionnels pragmatiques de la résolution des problèmes, les avocats de civil law, de leur côté, étant des théoriciens dont la perception formelle inhibe l'innovation, la flexibilité, la possibilité d'une progression latérale du système juridique et à un niveau jour le jour, inhibe leur capacité à servir les réels intérêts de leurs clients. La croissance rapide des modes alternatifs de résolutions et particulièrement de la médiation a été le reflet de ce besoin d'offrir aux clients un processus de résolution qui servait mieux leurs réels intérêts. Il semble que les avocats de common law opèrent dans un système qui leur permet et même les encourage à penser et agir de façon focalisée sur le client. »

L'auteur poursuit sur les formations et la flexibilité entre les métiers du droit et indique que, dans les pays de *common law*, les juges viennent la profession d'avocats, ce qui est rare dans les pays de droit civil.

Nous touchons peut-être une explication.

* Extrait et traduction libre : Nadja Alexander - 12 01 2001. *Bond Law Review*. Volume 3, issue 12, article 5 « What's law got to do with it ? Mapping modern mediation movements in civil and common law jurisdictions ».