

LA CULTURE JURIDIQUE ET L'ACCULTURATION DU DROIT RAPPORT NATIONAL BRÉSILIEN

Vera JACOB DE FRADERA*

I. *Modèles juridiques dans leur ensemble.* 1. Perspectives historiques. 2. Perspectives postmodernes. II. *Institutions ou mécanismes légaux spécifiques.* Perspectives historiques.

I. MODELES JURIDIQUES DANS LEUR ENSEMBLE

1. *Perspectives historiques*

A. *Votre pays a-t-il adopté un (des) modèle(s) juridique(s) au cours de la période mentionnée ? le(s)quel(s) et a quels moments ?*

Le Brésil a adopté deux modèles juridiques depuis sa découverte par les Portugais: d'abord, le modèle du colonisateur, les Ordonnances du Royaume, un ensemble législatif influencé notamment par le droit Romain, le droit Canon, le droit Arabe et le Wisigoth.

Le premier Code civil Brésilien, publié en 1916, a conservé, dans la mesure du possible, cette tradition juridique, grâce à l'initiative du législateur. Du fait de cette caractéristique, le Code civil Brésilien de 1916 est considéré comme le Code le plus indépendant parmi tous les autres Codes civils Sud-américains, inspirés, pour la plupart, du Code Napoléon. Ce Code est resté en vigueur pendant 87 ans, il a été interprété et appliqué pendant différentes périodes de l'histoire nationale, et il a pu être adapté en fonction des modifications de la société brésilienne, grâce aux tribunaux, à la doctrine et au comblement de ses lacunes par les normes constitutionnelles relatives à la famille, à la propriété et au contrat. Les raisons pour lesquelles le modèle français n'a pas été adopté au Brésil sont de trois ordres: d'abord, parce qu'au moment de l'élaboration du projet pour premier Code civil, en 1868, le Brésil avait encore des esclaves (pas de liberté); ensuite, le régime politique était celui de la Monarchie (pas d'égalité); enfin, le législateur, Teixeira de Freitas était au courant des critiques d'une partie de la doctrine française au Code Napoléon, critiques publiées par la *Revue Thémis*, qui circulait en Amérique Latine.

B. *Si c'est le cas, qu'en est-il advenu ? sa réception a-t-elle déplacée d'autres modèles déjà existants? si c'est le cas, le(s)quel(s) et à quel moment?*

* Prof. à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul, Brésil, Membre de l' AIDC, Avocat au barreau de Porto Alegre, RS

Le Code civil de 1916 n'a pas remplacé de façon remarquable l'ancien modèle colonial (qui n'était pas un Code), il a conservé l'influence romaine et a ajouté quelques concepts du droit français et des Pandectes. Nous pensons, d'ailleurs, que cette influence pandectiste est un des traits les plus originaux du modèle de la Codification Brésilienne de 1916. Le Code civil Péruvien de 1984 a souffert aussi d'une influence pandectiste, mais d'une façon moins intense.

C. *Quels ont été les vecteurs de la réception juridique?*

Dans le cas du premier Code civil, celui de 1916, le vecteur de la réception du modèle portugais par le Brésil a été la colonisation par le Portugal.

a. Vecteurs violents: conquête, colonisation.

La colonisation a été le vecteur de la réception juridique des Ordonnances du Royaume.

b. Vecteurs pacifistes: imitation, idéologie, culture (prédominance de la langue), techniques (simplification, codification, etc.)

La Codification française a sans doute inspiré le législateur Brésilien, les juristes de l'époque ne connaissaient pas cette façon de réunir les lois ; à cet égard, le Code Napoléon a été la première grande Codification moderne. Dans cette perspective, la France a contribué à ce que le Brésil ait une Codification moderne, en 1916. Toutefois, le législateur brésilien, bien avant celui du BGB, a doté le Code civil d'une Partie générale, sous l'inspiration des *Institutas* du Corpus Juris Civilis. Ce choix a suscité maintes critiques, mais il a été conservé par le législateur du Code civil de 2002.¹ Cela montre l'attachement des juristes brésiliens au Droit romain.

c. Vecteurs scientifiques: enseignement, formation de cadres juridiques dans les pays d'origine, diffusion de la littérature juridique, etc.

Dans le cas du Code civil de 1916, le législateur n'a pas choisi le modèle français, à cause des critiques faites par une partie de la doctrine française, par rapport au Code Napoléon. Toutefois, les cadres plus cultivés du pays faisaient leurs études en France, d'où ils revenaient séduits par les idées politiques et philosophiques françaises. Les intellectuels Brésiliens ont

¹ La Partie Générale dans le Code civil suscite autant des critiques que des éloges de la part des grands juristes, dont Claude Witz: *la grande originalité du BGB est constituée par sa partie générale, héritage le plus manifeste, mais également controversée, de la science pandectiste*. V. *Le Droit Allemand*, Dalloz, 2001, p. 09 et s.

commencé des débats et des mouvements favorables à l'extinction de l'esclavage.

d. Vecteurs commerciaux: prédominance commerciale.

Non.

e. Vecteurs indirects: contact direct avec les pays d'origine ou par l'intermédiaire d'un pays tiers.

Dans le cas du Brésil, le contact a été direct, le colonisateur a imposé sa législation d'origine, depuis 1500.

D. Quels sont les éléments d'identification généraux du modèle reçu : législatif, jurisprudentiel, doctrinal?

Le modèle reçu peut être identifié surtout par deux éléments, le législatif et le doctrinal.

E. Existe-t-il des éléments spécifiques identifiables d'hybridation juridique ? Pouvez-vous donner des exemples?

Comme système juridique, le Code civil de 1916 peut être considéré comme un modèle cosmopolite, car, malgré les changements apportés par ce Code, le législateur a conservé des institutions et des solutions de l'ancien système colonial. On peut signaler, en ce qui concerne l'hybridation juridique, le système de transmission de la propriété immobilière, un mélange entre le droit romain et le droit allemand. Les systèmes juridiques membres de la famille romano-germanique considèrent la vente comme un contrat bilatéral ou multilatéral et onéreux. Cependant, dans cette même famille, on trouve des différences par rapport au système de transfert de la propriété. Le Code civil brésilien (1916 et 2002) offre un modèle insolite, car, d'un côté, il est proche du modèle formaliste romain, qui attribuait à la tradition (*traditio*) l'effet de transférer le *dominium*, et d'un autre côté, il s'est inspiré du droit allemand, à cause de l'adoption de l'*enregistrement* pour accomplir le transfert de la propriété d'un bien immeuble. Le législateur brésilien a donc adopté un système intermédiaire par rapport à la vente : la règle du transfert *solo consensus* n'est pas admise. Le transfert d'un meuble exige l'accord des volontés et la transmission du bien, tandis que les immeubles exigent, pour être transmis du vendeur à l'acheteur, l'accord des volontés et l'enregistrement de la vente. Le système brésilien de transfert de la propriété, meuble ou immeuble, beaucoup plus complexe que les autres

systèmes latino-américains, est un excellent exemple d'hybridation juridique.²

Un autre exemple d'hybridation juridique dans le Code civil de 1916 concerne la notion d'acte juridique. En effet, les actes juridiques *lato sensu* constituent le noyau dur de tout le droit privé. Ionescu affirmait «les actes juridiques constituent la clef de voûte de tout le droit privé et spécialement du droit civil, car tout ce qui se rattache à la doctrine de l'autonomie de la volonté est concrétisé en eux».³ On peut classer les actes juridiques en actes *lato sensu* et actes *stricto sensu*. Les actes *stricto sensu* correspondent aux actes d'affaire, les *Rechtsgeschäft*. Le droit brésilien a reçu, tout d'abord, le modèle d'acte juridique français.⁴ Quelques années après la publication du Code civil de 1916, la doctrine et la jurisprudence nationales ont introduit⁵ la notion d'acte d'affaire (*Rechtsgeschäft*) création de la doctrine allemande, plus en accord avec l'inspiration et l'esprit du droit des obligations. Le Code de 1916 a conservé la dénomination *ato jurídico*, mais la doctrine et la jurisprudence ont établi une différence entre les deux manifestations de volonté, selon la possibilité de création d'effets juridiques par les parties, reconnus par l'ordre juridique ou la défense de le faire, dans le cas de l'acte juridique. Il y a d'autres exemples d'hybridation juridique au Brésil, dont les contrats de *leasing* (crédit-bail), *franchising*, *know how*, *shopping center*, *factoring*, *bolt*, etc. qui ont été reçus par le législateur brésilien. Toutefois, en les recevant, le législateur a dû les modifier en prenant en compte leur adaptation au système brésilien, étant donnée leur origine dans la Common Law.

F. *Perspective psychologique. La réception a-t-elle été consciente ou inconsciente, adoptée ou rejetée, admise ou combattue?*

La réception, dans le cas du premier Code, a été imposée par les Portugais, mais elle n'a pas été combattue, au contraire, elle a servi de base pour le Code de 1916.

² Sur ce sujet Iacyr vieira, «A Compra e Venda e a Transferência de Propriedade: modelos causais e abstratos», in *Revista dos Tribunais*, v. 765, jul. 1999, p. 59 et s.

³ Voir, à propos, Octavian Ionescu, « Le problème de la partie introductive du Code civil », in *RIDC*, 1967, n. 3, p. 590 et s.

⁴ J. Carbonnier qualifie l'acte juridique comme toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit, à apporter quelque modification dans l'ordonnement juridique, in *Droit Civil*, t. I, PUF, 9^e édition, 1971, n. 42.

⁵ Deux juristes brésiliens ont beaucoup contribué pour la diffusion de ces notions au Brésil : Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado* Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1972; Clóvis, do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, Ed. Bushastky, 1986.

2. *Perspectives Postmodernes*⁶

A. *Un modèle a-t-il été adopté récemment dans votre pays? si c'est le cas, à quel moment et quel modèle a été remplacé?*

En janvier 2002, un nouveau Code civil a été publié, il est entré en vigueur en janvier 2003. Ce nouveau Code, très influencé par le Code civil Italien de 1942, a apporté des modifications substantielles au Droit Privé Brésilien, dont l'unification des obligations civiles et commerciales, l'adoption des clauses générales, des idées de Josserand, concernant la fonction de certains certains instituts, dont le contrat. En accord avec ces idées, on a ajouté, aux limites classiques de l'autonomie de la volonté, l'ordre public et les bonnes mœurs, la fonction sociale du contrat.⁷

Ce Code réunit les obligations civiles et commerciales, comme l'ont fait les Italiens en 1942.

Néanmoins, le 1^{er} projet de Code civil, daté de 1868, dont l'auteur a été Augusto Teixeira de Freitas, avait introduit cette unification des obligations civiles. Malgré l'excellence de ce projet, il n'a pas été approuvé par le Gouvernement de l'époque.

B. *Quels éléments essentiels ressortent du modèle reçu?*

a. Législatifs.

b. Jurisprudentiels.

c. Doctrinaux.

d. Pratique juridique.

e. Sources de droit (la fonction de la jurisprudence)

- Comme on a déjà signalé, l'élément qui ressort de ce modèle, c'est l'inspiration de la législation civile italienne de 1942.

⁶ Le postmodernisme est un terme utilisé au départ dans le domaine artistique ; cependant, à partir des années 1990, son utilisation s'est étendue à d'autres domaines tels que la littérature, la philosophie et d'autres disciplines des sciences sociales. Le postmodernisme a signifié une recherche des nouvelles formes d'expression notamment dans le domaine des arts visuels, qui ne saurait s'expliquer par des termes du passé, caractéristique indéniable du XX^e siècle. L'autre grande tendance du XX^e siècle consiste justement en une transformation radicale de cette réalité.

⁷ Selon l'article 421 du CC/02, *La liberté de contracter sera exercée en raison et dans les limites de la fonction sociale du contrat.*

- Les acquis jurisprudentiels produits sous l'empire de l'ancien Code civil sont présents dans le Code de 2002.
- La doctrine a contribué de façon très efficace à la mise à jour du projet de l'actuel Code civil, daté de 1975. Longtemps avant la publication du Code, la doctrine a fait des critiques, des commentaires, des suggestions...
- La pratique juridique a joué un rôle remarquable dans le sens de rendre le Code civil de 2002 plus en accord avec la société brésilienne du début du XXI^e siècle. Malgré tout l'effort, le Code reste encore à certains égards, assez en arrière par rapport au progrès législatif attendu par le peuple brésilien.
- Le Brésil ne reconnaît pas la jurisprudence comme une source du droit, malgré l'intensité du rôle des tribunaux dans l'interprétation du droit. Quelques juristes, dont nous faisons partie, lui attribuent ce rôle, on ne peut pas le nier la jurisprudence est aujourd'hui une vraie source du droit.

f. Méthodes de réception (codification, textes législatifs, etc.)

La réception du modèle italien a été faite par des textes législatifs et par les écrits doctrines italienne, française et brésilienne.

g. Terminologie.

La terminologie du Code civil de 2002 n'a pas beaucoup changé par rapport à celle de l'ancienne Codification, cependant, quelques nouveaux mots ont été ajoutés au langage juridique, par exemple, la sociabilité, l'éthique et efficacité,⁸ les valeurs fondatrices du système du Code civil. En outre, le Code civil de 2002 a adopté une profusion de clauses générales, qui ont transformé un Code fermé (comme l'a été pendant longtemps celui de 1916) en Code ouvert aux éléments qui lui sont extérieurs, non juridiques, comme les valeurs sociales économiques et celles du marché, ainsi que les réalités nationales.

⁸ *Operabilidade* en portugais, mot intraduisible en français, utilisé par le législateur, Miguel Reale. V. *O Projeto do Novo Código Civil*, Editora Saraiva, 1999, p. 9 et s. Nous pensons que le mot dont le sens est le plus proche pourrait être *efficacité*.

II. INSTITUTIONS OU MECANISMES LEGAUX SPECIFIQUES

Perspectives historiques

A. *Votre pays a-t-il adopté une institution ou un mécanisme légal au cours de la période mentionnée ? lesquels et à quel moment?*

Le Brésil a cherché le progrès dans tous les secteurs de la vie nationale, depuis les années 90. À ce moment là, les industries nationales ont connu un important développement, le Gouvernement a ouvert les importations pour moderniser le pays et les tribunaux et la doctrine ont trouvé des solutions pour combler les lacunes du système de 1916. Dans ce but d'ouverture vers d'autres pays, les contrats internationaux ont connu un essor jamais connu auparavant, de telle sorte, qu'il fallait créer des solutions autres que devant les tribunaux de l'État pour mettre fin aux litiges entre les contractants. Le législateur a donc publié la Loi de l'Arbitrage, loi 9 307/1996, le Code civil de 2002 a ouvert la possibilité de création des contrats atypiques, la loi sur l'Aliénation fiduciaire en garantie (décret-loi 911/1969) a été modifiée par la loi 9 514/1997, arts. 22 à 40) dans le but d'être utilisée aussi pour l'acquisition de biens immeubles. Cette loi a produit un renouvellement dans le marché immobilier, elle forme un vrai système, par des liaisons avec le Code civil de 2002.

Le Brésil a publié un Code de la consommation (loi 8 078 du 11 septembre 1990) avant le Code civil de 2002. Par rapport au droit de la famille, le législateur a publié deux lois, qui forment aussi des micro-systèmes, par rapport au Code civil, tels le Statut de l'enfant et de l'adolescent (Loi 8 069 de 1990) et le Statut de la personne âgée, loi 10.741/2003.

En ce qui concerne le droit commercial, il faut mentionner la Loi 11.101 du 9 février 2005, sur la Récupération judiciaire et extra-judiciaire et de la Faillite de l'entrepreneur et de l'entreprise. Le Code de commerce de 1850 a été presque incorporé au Code civil, sauf le droit maritime, le droit aéronautique (régé par un Code spécial) et la Société anonyme, régie par la loi 6404/1976.

B. *Si c'est le cas, qu'en est-il advenu ? sa réception a-t-elle déplacé d'autres institutions ou mécanismes légaux?*

Relativement aux droits du consommateur, le Code de la consommation a représenté un avancement, car il a inauguré une vraie politique de protection des parties les plus faibles dans les rapports de consommation. Avant la publication de ce Code, les rapports entre consommateurs et commerçants étaient régis par le Code civil.

Dans le cas de l'arbitrage, la loi a apporté une alternative aux parties pour la solution des litiges patrimoniaux disponibles; par rapport à la loi sur l'aliénation fiduciaire, la réforme de la loi a rendu possible à un plus grand nombre de personnes l'acquisition d'un immeuble.

Le Statut de l'enfant a produit un progrès dans le sens que le Gouvernement doit prendre en charge les enfants abandonnés par leurs familles, ou ceux qui sont en situation de danger (physique ou moral); en outre, on y trouve des règles sur l'adoption. Le Statut établit aussi des mesures et de sanctions dans le cas des délits commis par des adolescents.

Par rapport aux personnes âgées, le Statut de 2003 a comblé une lacune dans notre législation, lacune dont le comblement était prévu depuis 1988, lors de la publication de la Constitution Fédérale de 1988. Selon cette loi, la personne âgée a le droit à toute la protection de l'État. Cependant, dans la pratique, ces deux lois n'ont pas encore atteint leurs buts, par manque de ressources de l'État.

C. Quels ont été les vecteurs de la réception juridique?

a. Vecteurs violents: conquête, colonisation.

Non.

b. Vecteurs pacifistes: imitation, idéologie, culture (prédominance de la langue), techniques (simplification, codification, etc.)

L'imitation a toujours été un important vecteur de la réception juridique au Brésil.

c. Vecteurs scientifiques: enseignement, formation de cadres juridiques dans les pays d'origine, diffusion de la littérature juridique, etc.

Par rapport à l'actuel Code civil, le président de la commission des juristes chargés de l'élaboration du Code civil, Miguel Reale, a été très influencé par la doctrine italienne des années 40, car, à cette époque, il s'est exilé en Italie, en raison des problèmes politiques. Alors, il y a fait des études universitaires, a rencontré le Professeur Giorgio del Vecchio, dont il est devenu un disciple très proche et un des plus remarquables aussi.

d. Vecteurs commerciaux: prédominance commerciale.

Non.

e. Vecteurs indirects: contact direct avec les pays d'origine ou par l'intermédiaire d'un pays tiers.

Non.

D. *Quels sont les éléments d'identification généraux des institutions ou mécanismes légaux: législatif, jurisprudentiel, doctrinal?*

On peut dire qu'on trouve dans l'actuel Code civil Brésilien deux éléments d'identification des institutions, le législatif (le projet de Code civil Italien de 1942) et la doctrine: d'une part, la doctrine Italienne, d'autre part, la Française, car les idées finalistes de Josserand sont très présentes dans l'esprit de ce Code.

E. *Existe-t-il des éléments spécifiques identifiables d'hybridation juridique ? pouvez-vous donner des exemples?*

Le Droit, comme la Mode ou l'Art, est un produit culturel. En conséquence, les modèles imités sont adaptés au pays imitateur.

La conception du principe de la bonne foi dans les contrats représente une hybridation juridique, car le Code civil de 2002 a reçu la bonne foi comme standard et comme principe, au lieu de la recevoir dans un seul sens, comme l'ont fait les Français et les Américains, dans l'UCC (standard) ou comme les Allemands (BGB) et Japonais (dans le Minpo), comme principe.

F. *Perspective psychologique. la réception a-t-elle été consciente ou inconsciente, adoptée ou rejetée, admise ou combattue?*

Non.

G. *La rédaction de lois modèle ou guides législatifs de la part d'organismes internationaux (uncitral, unidroit, conférence de la haye) ou régionaux (par exemple, dans le cas des Amériques, la conférence sur le droit international privé, cidip, dépendante de l'organisation des états américains):*

Ont-ils été incorporés dans les systèmes de légalité? verbatim ou avec des modifications substantielles?

Le Brésil a envoyé des remarquables juristes aux CIDIPs, qui ont beaucoup contribué à la rédaction des textes. Malgré cette participation, le Brésil a été très lent en ce qui concerne la ratification de ces textes. Par ailleurs, la Cour Suprême du pays applique de façon timide les CIDIPs, la

jurisprudence est presque inexistante.⁹ Par rapport à la CISG de 1980, le Brésil est le seul pays membre du Mercosur qui n'a pas signé cette importante Convention. Depuis quelques années, des juristes, des arbitres et des opérateurs internationaux sont à la tête d'un mouvement national qui vise à attirer l'attention du Ministère de la Justice sur l'urgence de la signature de cette Convention.

Pour l'instant, le texte de la loi d'introduction au Code civil, datée de 1942 est un obstacle à la concrétisation de ce desideratum, car la loi du contrat est imposée par le législateur, c'est-à-dire, si le contrat est formé au Brésil ou s'il doit être accompli au Brésil, la loi sera la Brésilienne. La doctrine parle d'un *déficit d'autonomie* des parties dans la loi d'introduction au Code civil. Pour l'instant, un projet de loi (n. 4.905) ayant pour but l'élaboration d'une nouvelle Loi d'introduction au Code civil. Ce projet a reçu un avis favorable de la part du rapporteur de la Commission de la Constitution et de la Justice, mais, aussitôt, il a été enlevé du Congrès par le Pouvoir exécutif, sans aucune explication.

⁹ V. Jacob Dollinger, "O Direito Internacional Privado e sua aplicação pelo Direito brasileiro", *O Direito Internacional e o Direito brasileiro* estudos em Homenagem a Francisco Reack, Editora UNIJUÍ, RS, 2004, p. 872 et s.