

## Brèves réflexions sur la transplantation juridique en droit comparé

### Brief reflections on the legal transplantation in comparative law L'essentiel

Les tendances actuelles en droit comparé moderne ne sont pas limitées aux études traditionnelles de la famille juridique. Aujourd'hui, une approche plus globale est prise et de nouveaux termes tels que « culture juridique », « fertilisation croisée », ou « transplantation juridique » sont étudiés avec beaucoup d'intérêt par le comparatiste moderne. La relation entre le droit comparé, et le raisonnement derrière l'existence de la culture juridique est présenté dans l'ordre pour obtenir une connaissance plus approfondie du contexte idéologique de la loi et la pratique juridique dans le monde moderne. La mondialisation est parfois analysée comme un processus de circulation et de diffusion de concepts juridiques uniformes dans les divers espaces normatifs. En effet, bien que les

Ammar AL-BSHERAWY



البحث باللغة الفرنسية



م.د. عمار كريم كاظم  
البشيراوي

نبذة عن الباحث :  
باحث عراقي متخصص  
في مجال القانون المدني  
المقارن و قانون  
الأعمال المقرن. درس  
الباحث في كل من  
العراق و فرنسا وان  
أحدث أعماله تتعلق  
بدراسة ظاهرة التمويل  
و التفاعلات الناشئة عن  
عملية الزرع القانوني،  
و له في هذا المجال  
العديد من البحوث  
المنشورة في اللغتين  
العربية و الفرنسية.  
مدرس دكتور تدريسي  
في كلية القانون جامعة  
الكوفة. رئيس فرع  
القانون الخاص .



rapports hiérarchiques entre les différents espaces relevant de l'ordre juridique international soient faibles voire inexistantes, ces espaces s'influencent mutuellement dans leur fonctionnement. Sont alors observables des emprunts croisés de valeurs normatives, de techniques de mise en œuvre, de modèles interprétatifs, de concepts juridiques.

Il est dès lors possible d'associer l'idée de mondialisation des concepts juridiques non seulement à leur transfert du droit international vers les systèmes juridiques nationaux (*dimension verticale*), mais aussi à celui de leur circulation entre les différents espaces normatifs qui coexistent au niveau international (*dimension horizontale*). La théorie du droit peut montrer ces espaces où la société reçoit des informations du système juridique et les acteurs qui y interviennent. Le droit a sa propre image de son environnement. Mais elle ne peut donc pas non plus dire elle-même si les programmes normatifs que le droit utilise pour les mettre en forme correspondent aux attentes ou aux valeurs que la société, ou du moins, dirons-nous avec davantage de précaution, des groupes sociaux ont voulu y placer<sup>1</sup>. Certains auteurs voient qu'il n'y a certainement pas de concurrence des systèmes juridiques. La transplantation d'un système ou d'une règle est impossible en elle-même. Il n'est pas possible de considérer le droit comme un bien déconnecté de son contexte et interchangeable<sup>2</sup>. En revanche, il existe une tendance qui constate que



le droit est un sujet de concurrence et les règles de droit peuvent être transplantées.

La question qui se pose est de savoir s'il existe la transplantation juridique en droit comparé ? Pour répondre à cette question, on doit procéder à un traitement à la théorie générale de la transplantation juridique en expliquant d'abord la réception du droit : transplantation ou emprunt (I), puis l'évolution de la transplantation juridique (II).

### **I. La réception du droit : transplantation ou emprunt**

La doctrine a joué un rôle important pour mettre en place une théorie de la transplantation juridique. On s'intéresse aux théories de Watson (1), puis la théorie de Kahn-Freund (2), et enfin la théorie de Örüci (3).

#### 1. La théorie de Watson : La facilité de greffes juridiques

Selon Watson, les transplantations juridiques, l'opportunité et la faisabilité de l'emprunt d'un autre système juridique sont l'essence même du droit comparé dans sa conception pratique, offrant la perspective d'apporter des améliorations à son propre système juridique<sup>3</sup>. Deux points essentiels se dégagent de la théorie de Watson sur la transplantation juridique. Premièrement, il soutient que les transplantations juridiques sont courantes dans la pratique. Par exemple, d'après lui, l'emprunt (avec adaptation) a été la manière habituelle de l'évolution juridique dans le monde occidental<sup>4</sup>. Cette



affirmation a été contestée par d'autres écrivains de droit comparé<sup>5</sup>. Cependant, la deuxième réclamation majeure de Watson étant la transplantation de règles juridiques qui n'entravent pas le bon fonctionnement de la société, a généré encore plus de polémiques et se trouve au cœur du débat de greffes juridiques<sup>6</sup>.

Selon Watson, les lois se déplacent facilement et sont acceptées dans d'autres systèmes juridiques sans grande difficulté, le droit est tout à fait distinct des autres systèmes sociaux<sup>7</sup>. Watson voit que le succès d'une greffe juridique dépend en grande partie du désir du pays bénéficiaire de la norme juridique étranger, plutôt que d'une prise de conscience des similitudes avec son contexte<sup>8</sup>. Toutefois, nous sommes d'accord avec Watson, qui soutient que d'autres facteurs peuvent entrer en jeu, tels que la pression contre le changement juridique exercée par des groupes et des individus dans la société « force de pression et force d'opposition », et la réceptivité d'un système juridique à un droit étranger en raison du partage des traditions linguistiques ou expérience juridique avec un autre système (transplant bias).

## 2. Kahn-Freund : Facteurs contextuels de transférabilité

Comme Watson, Kahn-Freund a été intéressé par l'utilisation possible du droit comparé comme un outil de réforme du droit. Il constate aussi ce qui a soulevé le problème de la transplantation, et se demanda : Quelles sont les utilisations saines et quelles sont les utilisations



abusives des modèles étrangers dans le processus d'élaboration des lois ? Quelles conditions doivent être remplies en vue de le rendre désirable, voire de le rendre possible pour ceux qui préparent une nouvelle législation, pour se prévaloir de règles ou d'institutions développées dans les pays étrangers<sup>9</sup>?

En réponse, Kahn-Freund a soutenu qu'il y a des degrés de transférabilité, et les chances de survie ou les risques de rejet de la loi étrangère dans l'environnement transplanté dépendra d'une série de facteurs. Ceux qui sont géographiques, économiques, sociaux, et en premier lieu, des facteurs politiques. Aussi, Kahn-Freund a estimé que des considérations politiques ont considérablement augmenté en importance par rapport à ces autres facteurs au cours des deux cents dernières années, comme par exemple, les différences entre pays communistes et non-communistes, et entre dictatures et démocraties, et il a présenté les principaux obstacles au transfert de lois.

Toutefois, le rôle a été considérablement augmenté, ce qui est joué par des groupes organisés dans la fabrication et dans le maintien des institutions juridiques, telles que les grandes entreprises, les syndicats et les groupes culturels et religieux<sup>10</sup>. En conséquence, Kahn-Freund a fait valoir qu'un réformateur du droit putatif devrait examiner les moyens de près d'une institution étrangère où la loi est liée à une répartition du pouvoir dans le pays étranger qui n'est pas partagé dans



le pays bénéficiaire, et la façon dont elle est susceptible d'être reçue par l'organisation de groupes d'intérêt dans son nouveau cadre<sup>11</sup>.

En résumé, Kahn-Freund a soutenu que la transplantabilité des règles juridiques ou des institutions ne devrait pas être tenu pour acquis, et que si l'utilisation de lois en dehors de leur environnement d'origine comporte un risque de rejet, l'utilisation du droit comparé à des fins pratiques devient un abus uniquement s'il est informé par un esprit légaliste qui ignore le contexte de la loi<sup>12</sup>. Contrairement à Watson, Kahn-Freund considère que la connaissance de la loi étrangère est importante dans l'utilisation de la méthode comparative. Mais aussi la connaissance des aspects sociaux de la loi étrangère, et plus important encore, son contexte politique, est également essentiel<sup>13</sup>

### 3. Örüçü: transposition des lois

Örüçü sent une certaine inquiétude au sujet de la notion de transferts de droit. Il fait valoir qu'il doit être reconsidéré à la lumière des positions extrêmes prises par Watson. Pour Örüçü, cela implique une recherche de la nouvelle terminologie pour expliquer comment la loi se déplace et contribue au changement, une enquête des vieilles et nouvelles métaphores de droit comparé. Selon Örüçü, le concept de la transposition juridique est plus approprié : Chaque institution juridique ou d'une règle introduite est utilisé dans le système du destinataire, telle qu'elle était dans le système du modèle, la transposition se produit en fonction de la culture notamment socio-



juridique et les besoins du bénéficiaire. L'évolution de nos jours peut être considérée comme des cas de transposition, et le réglage « *tuning* » qui a lieu après la transposition par les acteurs appropriés du bénéficiaire est la clé du succès<sup>14</sup>.

Örücü identifie plusieurs éléments affectant le succès au « brassage », après la transposition de la législation, y compris les facteurs politiques et le potentiel d'un choc des cultures « *clash of diverse cultures* » à la fois juridique et sociale, avec une gamme de résultats possibles : À un extrême est une greffe qui n'a pas fonctionné, probablement parce qu'une transposition véritable n'a pu être mise en place. À l'autre extrême est une transmigration de travail avec beaucoup de douceur, que ce soit en raison de similitudes dans la structure extensive, la substance, et de la culture et du réglage « *tuning* » amende, ou une forte poussée de se prononcer par une élite ou de la profession juridique, qui est, d'autres tuners, les acteurs de la loi<sup>15</sup>.

Örücü considère qu'un certain niveau d'irritation causée par la loi transplantée dans son nouvel environnement peut être nécessaire pour la réussite de la transposition<sup>16</sup>. L'avantage réel d'adopter des modèles juridiques étrangers est seulement obtenu par la transposition appropriée de la loi étrangère, qui exige le réglage « *tuning* » par des participants (comme des juges) dans le système du destinataire juridique. Toutefois, le processus de transposition n'est pas facile



(même entre les systèmes au sein de la même tradition juridique), particulièrement lorsque les valeurs et la culture sont exportés en même temps que la substance de la loi<sup>17</sup>

## *II. Évolution de la transplantation juridique*

Différentes raisons ont été données par les spécialistes comme des facteurs prédominant dans la détermination des lois transplantées. En conséquence, la transplantation juridique a lieu en raison de : L'efficacité (1), puis le prestige et l'imposition (2), et enfin hasard et la nécessité (3).

### 1. L'efficacité

Il faut bien se rendre à l'évidence, à la fois réaliste et positive, que les systèmes de droit civil ne font pas l'objet d'un rejet dans l'ordre juridique mondial. Or c'est bien là un premier signe d'efficacité car même si l'on ne peut nier l'attachement historique de certains pays à la tradition juridique civiliste, un tel choix à l'heure actuelle sur le « marché » concurrentiel des systèmes juridiques, est avant tout un choix raisonné, effectué dans une perspective de performance<sup>18</sup>. Évoquer l'efficacité ou l'efficience<sup>19</sup> d'un système juridique présuppose de préciser quels sont les critères retenus pour mesurer cette efficacité. Bien souvent, l'analyse de l'efficacité d'un système juridique renvoie à une analyse économique du droit<sup>20</sup>. C'est du moins l'analyse privilégiée en *common law* depuis quelques décennies<sup>21</sup>.



M. Frydman observe que « *les analyses économiques de phénomènes juridiques, qu'elles soient descriptives ou prescriptives, ne concernent pas forcément ni directement, remarquons-le, les rapports entre le droit et l'économie. Toutefois, en traitant la norme juridique, au moyen d'une grille de lecture économique, le plus souvent sous l'angle de l'efficacité, on prépare utilement le terrain à une étude transdisciplinaire évaluant l'incidence des règles juridiques sur l'organisation et les performances de l'économie* »<sup>22</sup>. Cette analyse a pour objet l'observation de la règle de droit à travers le prisme de l'économie. La norme juridique est donc envisagée de manière instrumentale, comme un outil qui doit être mobilisé au service d'objectifs définis en termes économiques. Elle perd son autonomie et acquiert une dimension utilitariste : la finalité de ce type d'analyse est en effet d'orienter l'élaboration et l'interprétation de la règle de droit vers une efficacité optimale, mesurée à l'aune de ses performances économiques<sup>23</sup>.

Dans une logique persuasive, l'efficacité économique peut d'abord être avancée comme fondement d'une règle de droit. Dans cette perspective, l'efficacité économique intervient dans le discours juridique comme un argument visant à expliquer la pertinence de la solution retenue. De fait, au même titre que la morale, l'équité, la justice ou la dignité de la personne, l'efficacité économique constitue naturellement un élément propre à emporter la conviction du



législateur au stade de l'élaboration de la règle de droit, à déterminer celle du juge dans les décisions qu'il rend et enfin à susciter l'adhésion de la doctrine dans son œuvre de systématisation du droit positif<sup>24</sup>. Tenter de mesurer les effets économiques d'une norme juridique constitue un projet scientifique de première importance.

Le "*Law and Economics*" dévoile cette idée forte. Il se construit sur des postulats purement idéologiques, notamment la supériorité de la *common law* sur tout autre système juridique et du marché comme mode de régulation des comportements, pour prétendre démontrer scientifiquement des résultats acquis d'avance. Ce décor idéologique, dont les rapports annuels "*Doing Business*" constituent l'avatar le plus spectaculaire, porte aussi sa part de responsabilité dans la crise financière qui secoue la planète. L'analyse économique du droit reste largement une discipline à construire dans une perspective véritablement scientifique avec une préoccupation majeure, l'adéquation au réel, démarche indispensable au débat rationalisé<sup>25</sup>.

Le rapport de la Banque mondiale<sup>26</sup>, « Pratique des affaires » (*Doing business*), consacré en 2004 à « comprendre la réglementation » et en 2005 à « éliminer les obstacles à la croissance », semble favoriser la transplantation des systèmes de *common law*, au risque de confondre l'efficacité des relations économiques et leur légitimité. Pour démontrer la supériorité des « bonnes lois », les auteurs du rapport



privilégient les critères quantifiables et valorisent le droit positif formel au détriment de la réception sociale<sup>27</sup>.

Grâce à l'efficacité du droit islamique, le développement accéléré des institutions financières islamiques et la multiplication des produits financiers conformes aux principes de la loi islamique Charia proposés tant par les institutions financières conventionnelles que par celles « purement » islamiques, ont radicalement modifié au cours des dernières années l'éventail de supports d'investissements offerts aux investisseurs. Dans un premier temps cantonnés aux marchés du Moyen-Orient et de l'Asie du Sud-Est, les investissements et les banques islamiques ont significativement accru leur visibilité en Europe, notamment suite à l'adoption par le parlement britannique du Finance Act 2005<sup>28</sup> qui établit les conditions d'une vraie concurrence (notamment du point de vue fiscal) entre certains investissements islamiques et leurs équivalents conventionnels. L'agrément de plusieurs banques islamiques de détail par la *Financial Services Authority* au Royaume-Uni<sup>29</sup> a par ailleurs consacré la présence des banques islamiques en Europe. Au-delà de la banque de détail, cette présence est désormais visible dans la banque d'investissement<sup>30</sup>.

En vertu de la libre prestation de services dans le domaine bancaire et financier, des établissements de crédit implantés dans la Communauté européenne peuvent désormais opérer en vertu du « passeport européen » partout en Europe, et accéder aux investisseurs islamiques



en France et ailleurs dans la Communauté européenne. Ces changements devraient bientôt assurer aux épargnants français l'accès à la nouvelle palette d'investissements islamiques.

## 2. Prestige et l'imposition

Cette théorie est développée par Sacco qui indique qu'il y a deux causes fondamentales de l'imitation (la transplantation juridique) : contrainte et prestige. Chaque culture, si elle croit en sa propre valeur, a tendance à déployer ses propres modèles juridique, et celui qui a le pouvoir pour ce faire, impose donc ses modèles aux autres.<sup>31</sup>. Naturellement, affinité des situations culturelles, sociales, économiques peut être décisive pour déterminer, ou pour rendre possible, une imitation. Mais, ainsi que certaines solutions juridiques demeurent inchangées à travers les révolutions culturelles et politiques, de même, des imitations peuvent se produire à travers les frontières culturelles et politiques<sup>32</sup>.

Les réceptions dues à la pure force sont réversibles ; leurs effets cessent dès que le rapport des forces se modifie. Les réceptions dues à des purs actes de forces sont d'ailleurs assez rares dans l'histoire<sup>33</sup>. L'élément qui est normalement à l'origine de la réception est le désir de s'approprier les attributions des autres, lorsque ces attributions sont enrichies d'une qualité que nous ne savons appeler autrement que « prestige ». L'explication axée sur le prestige est, en vérité, tautologique ; et le droit comparé ne dispose pas d'une définition



du « prestige » (dont l'analyse est du ressort d'autres disciplines). Mais l'importance du « prestige » est un postulat indispensable pour expliquer la circulation de nombreux modèles culturels.

Le prestige assista le droit commun dans sa conquête de l'Europe ; le prestige poussa le code Napoléon, au-delà des frontières de l'aire romaniste ; le prestige a rendu irréversible la pénétration de modèles anglais ou français en Afrique ; le prestige de la *charia* est à l'origine de l'érosion de nombreuses coutumes africaines<sup>34</sup>.

### 3. Hasard et la nécessité

Comme l'a expliqué Öricü<sup>35</sup>, l'emprunt ne s'impose pas comme un choix, mais plutôt comme une nécessité. Cette approche est nouvelle, développée par Öricü avec la référence principale aux critères dans lesquels les systèmes de l'Europe de l'Est doivent se rencontrer pour rejoindre l'Union Européenne. Le principe *substance over form*<sup>36</sup>, bien connu des anglo-saxons, consacré par *l'international Accounting Standards Committee*<sup>37</sup>. *La substance sur la forme* de la fiscalité dans les pays de droit civil a des racines dans la notion de droit romain de dispositions *in fraudem legis*<sup>38</sup>.

Dans les pays de droit commun comme les États-Unis, la notion de *substance sur la forme* a été développée par le pouvoir judiciaire à des fins de droit fiscal. Aux États-Unis comme dans d'autres états fédéraux avec diverses règles de droit privé entre les états, la nécessité de la notion de *substance sur la forme* pour les concepts de droit fiscal



est plus évidente<sup>39</sup>. Le résultat est que la transposition juridique du principe *substance over form* a eu lieu différemment selon les pays. Parmi les raisons de ces différences peut faire valoir la nécessité d'une disposition législative spécifique ou le développement de cette doctrine par le pouvoir judiciaire pour le droit privé et / ou à des fins de droit fiscal.

Le concept de « *substance over form* » signifie que dorénavant ce n'est plus la nature juridique de l'acte qui conditionne l'enregistrement comptable, mais bien la nature économique de l'acte. Là où le juriste verra un contrat de vente ou un contrat de location, le comptable, lui, cherchera désormais à comprendre si l'économie de l'opération qu'il enregistre est bien une vente ou une location et si par exemple, ce contrat de location qui permet à l'entreprise de disposer d'un bien pendant la quasi-totalité de la durée de vie de celui-ci n'est pas plutôt une cession assortie d'un mécanisme particulier de financement. Ainsi un contrat de location sera-t-il comptabilisé comme un contrat de location simple ou au contraire le « bien loué » sera inscrit à l'actif du bilan dans le cadre d'une location-financement comme si le bien avait été acquis en vertu d'un contrat de vente<sup>40</sup>.

Le détachement des notions juridiques et comptables se réalise principalement par l'introduction du principe dit « *substance over form* », soit la primauté de la substance économique sur la forme juridique. Le retraitement des rapports juridiques ne tend donc pas à



restaurer une réalité juridique, mais à donner une certaine vue de la réalité économique, propre à satisfaire l'investisseur. La précision est d'importance car elle introduit une contingence liée au destinataire de l'information : la réalité économique d'une situation donnée varie en fonction de l'intention du destinataire<sup>41</sup>. La doctrine a déjà mis en évidence les limites du traitement juridique des faits, dès lors que la comptabilité doit composer avec une diversité d'utilisateurs, par le biais d'une information unique<sup>42</sup>. Or, pour reprendre la qualification opératoire du droit des biens, il n'existe pas une réalité économique par nature, mais par destination<sup>43</sup>.

### **Conclusion:**

La transplantation ne réussit que sur un terrain propice. Dans le domaine du droit ou médicale, une transplantation n'est admissible que si elle est indispensable. La transplantation de normes issues d'un système juridique étranger est potentiellement génératrice d'insécurité juridique ; il ne faut y appliquer que si un profit à la mesure des inconvénients est escompté. Il faut que la transplantation soit vitale pour être légitime.

Il est utile de rappeler qu'il y a toujours des différences et des similitudes entre les systèmes juridiques, sauf si ils sont identiques. Cependant, même après une transplantation très réussie, un dynamisme évolutif émerge et le système juridique suit leur propre chemin. Les concepts ou institutions entrants qui vivent dans un



environnement différent commencent à changer; une «contamination» interne se produit. Un comparatiste doit donc noter les similitudes et les différences entre les deux systèmes juridiques et tenter d'expliquer les raisons de ces conclusions. Ceci est la tâche la plus importante et enrichissante de droit comparé.

<sup>1</sup> P. Moor, *Dynamique du système juridique*, une théorie générale du droit, LGDJ, 2010, p. 207-208.

<sup>2</sup> A. Raynouard, « Le droit dans une économie mondialisée de la connaissance », *Revue Lamy Droit des affaires*, Assises des opérateurs du droit continental le droit, un atout dans la compétition économique internationale ? Colloque du mercredi 8 octobre 2008 - Paris, Palais du Luxembourg, une rencontre Aromates, n° 32, p. 82.

<sup>3</sup> A. Watson, *Comparative Law and Legal Change*, n° 4, 317–18.

<sup>4</sup> A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, p. 4, 7. Voir aussi p. 95, 107, chapitre 4; A. Watson, 'Legal Transplants and Law Reform, n 4, 80–2; Watson, *Comparative Law and Legal Change*, n° 4, 313–14, 318.

<sup>5</sup> W. Ewald, "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants, 1995, 43 *American Journal of Comparative Law* 489, 503".

<sup>6</sup> A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, n 4, 95; voir aussi, Watson, *Comparative Law and Legal Change*, n° 4, 313.

<sup>7</sup> A. Watson, *Comparative Law and Legal Change*, n 4, 314–15; toutefois, on voit que Watson exprime des positions contradictoires sur ce sujet, par exemple, alors qu'il suggère que les règles juridiques sont partie de la structure sociale (p.315) et un certain degré de corrélation doit exister entre le droit et la société ( p. 321), ailleurs il soutient que même en théorie, il n'y a pas de corrélation simple entre une société et son droit : A. Watson , *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, n 4, 108.

<sup>8</sup> A. Watson, *Legal transplants and law reform*, p. 83.

<sup>9</sup> *What are the uses and what are the misuses of foreign models in the process of law making? What conditions must be fulfilled in order to make it desirable or even to make it possible for those who prepare new legislation to avail themselves of rules or institutions developed in foreign countries?* O. Kahn-Freund, on *Uses and Misuses of Comparative Law* (1974) 37 *Modern Law Review* 1, 1–2, 5; voir aussi : Kahn-Freund, *comparative Law as an Academic Subject* (1966) 82 *Law Quarterly Review* 40.

<sup>10</sup> *Ibid*, p. 11–12.



<sup>11</sup> Ibid, p. 12–13.

<sup>12</sup> “*The transplantability of legal rules or institutions should not be taken for granted, and that while the use of laws outside their environment of origin entails a risk of rejection, the use of comparative law for practical purposes becomes an abuse only if it is informed by a legalistic spirit which ignores [the] context of the law*”. Ibid, p. 27.

<sup>13</sup> Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, n 13, 27; voir aussi, E. Stein, *Uses, Misuses – and Nonuses of Comparative Law* (1977) 72 *Northwestern University Law Review* 198, 208–9; Bogdan, n 1, 41, 45, 49–55, 78–81; Basil Markesinis, *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis* (1997) 203–7; John Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law* (1996) 15–16, 236.

<sup>14</sup> “*Each legal institution or rule introduced is used in the system of the recipient, as it was in the system of the model, the transposition occurring to suit the particular socio-legal culture and needs of the recipient.*”

*Developments of our day can be seen as instances of transposition, and the ‘tuning’ that takes place after transposition by the appropriate actors of the recipient is the key to success”. Örüçü, Law as Transposition, n. 46, 207–8.*

<sup>15</sup> “*At one extreme is a transplant that has not worked, possibly because a genuine transposition has not occurred. ... At the other extreme is a transmigration working very smoothly, either because of extensive similarities in structure, substance and culture and fine ‘tuning’, or a strong push from a ruling élite or the legal profession, that is, other tuners, the actors of the law*”. Ibid, p. 212 ; voir aussi, E. Örüçü, *A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law* in R Jagtenberg, E. Örüçü and A J de Roo (eds), *Transfrontier mobility of Law*, 1995, p. 5, 17.

<sup>16</sup> Örüçü, ‘*Law as Transposition*, op. cit, n 46, 211.

<sup>17</sup> Ibid, p. 208, 219, 222.

<sup>18</sup> B. Mallet-Bricout , « « *Libres propos sur l’efficacité des systèmes de droit civil* », *Revue internationale de droit comparé* », vol. 56 n°4, 2004, p. 869.

<sup>19</sup> Il s’agit là d’un anglicisme utilisé couramment.

<sup>20</sup> Eriger l’efficacité économique en règle, ce n’est pas simplement, à l’image de certains partisans de l’analyse économique du droit, l’élever en objectif vers lequel le droit devrait tendre. C’est, à proprement parler, la faire pénétrer au cœur du système juridique et lui reconnaître, en droit, une véritable valeur normative. A première vue, cette perspective étonne. Par hypothèse, en effet, l’efficacité économique constitue



une donnée extérieure au droit que les juristes peuvent brandir comme un argument d'autorité sur la foi des économistes mais qu'ils ne sauraient a priori s'approprier sauf à l'altérer et à dénaturer le droit lui-même, conçu comme un système distinct et autonome vis-à-vis des autres sciences humaines. Voir : C. Pérès, Rapport introductif du Colloque de Reims, *Revue de Droit Henri Capitant*, N°1, 1er octobre, n°8. <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=224>.

<sup>21</sup> B. Mallet- Bricout, op cit, p. 869.

<sup>22</sup> B. Frydman , *Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes*.

<sup>23</sup> B. Mallet Bricout, op cit, p. 869.

<sup>24</sup> C. Pérès, op cit, n°5.

<sup>25</sup> A. Bernard, *Law and Economics*, une science idiote ? Recueil Dalloz, 2008, p. 2806.

<sup>26</sup> Depuis 2004, la Banque mondiale a pris l'initiative de publier un rapport annuel, *Doing Business*, à l'occasion duquel elle prétend évaluer les différents systèmes juridiques existant dans le monde à partir d'une description sommaire de "l'environnement juridique" dans lequel des entreprises exercent leurs activités. Elle établit un classement annuel destiné à orienter l'action des pouvoirs publics et des investisseurs. Les droits de tradition civiliste, le droit français en tête, s'y trouvent très gravement mis en accusation et fort mal classés.

<sup>27</sup> M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, p.14. [http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article\\_Dalloz.pdf](http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf)

<sup>28</sup> Cette loi a été précédée par le Finance Act 2003, une des premières réformes législatives au niveau européen afin de prendre en compte la finance islamique. Cette loi dispense les financements hypothécaires islamiques au Royaume-Uni (qui impliquent un double transfert de propriété, dans un premier temps au bénéfice de l'établissement financier et subséquemment au bénéfice du client) d'avoir à acquitter des droits d'enregistrement à deux reprises, au titre de chaque transfert de propriété.

<sup>29</sup> En septembre 2004, la Financial Services Authority (FSA) a accordé un agrément bancaire à l'Islamic Bank of Britain, la première banque de détail opérant au Royaume-Uni conformément à la Charia.

<sup>30</sup> Trois banques islamiques ont à ce jour été agréées par la Financial Services Authority (FSA) au Royaume-Uni:

la Islamic Bank of Britain, la European Islamic Investment Bank et la Bank of London and The Middle East.

<sup>31</sup> *"There are two fundamental causes of imitation (i.e. legal transplantation): imposition and prestige. Every culture that has faith in itself tends to spread its own institutions"*.

<sup>32</sup> A. Watson, *legal transplants*, op cit, p. 83.



<sup>33</sup> R. Sacco, *la comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, *Economica*, 1991, p. 123.

<sup>34</sup> *Ibid*, p.124.

<sup>35</sup> ÖRÜCÜ, E., *Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach*, paper presented at the Conference of Epistemology and Methodology of Comparative Law in the Light of European Integration, Brussels, October 24-26<sup>th</sup> 2002, p. 9.

<sup>36</sup> L'idée rendue sensible par la formule *sustance over forme* est connue depuis fort longtemps par la comptabilité Anglo saxon. Elle reçu une consécration internationale par intermédiaire de la première norme de l'Internationale Accounting Standards Committee.

<sup>37</sup> IASC, norme n° 1: publicité des méthodes comptables : « Transactions and other events should be accounted for and presented in accordance with their substance and financial reality and not merely legal form ». <http://www.ifrs.org>

<sup>38</sup> À cet égard, le rapporteur général Zimraer concernant l'étude de la substance sur la doctrine sous forme de taxation a conclu que la conception romaine de *in fraudem legis* sous-tend la notion d'évasion fiscale dans de nombreux pays de droit civil, mais son impact varie considérablement d'un pays à l'autre. cf. F. Zimmer, *Form and substance in tax law*, Cahiers de droit Fiscal International. International Fiscal Association, Volume 87a, SOU Uitgevers, The Netherlands, 2002, p. 43.

<sup>39</sup> F. Zimmer, *Form and substance in tax law*, Cahiers de droit Fiscal International. International Fiscal Association, Volume 87a, SOU Uitgevers, The Netherlands, 2002, p. 25.

<sup>40</sup> *Bulletin Joly Sociétés*, 01 avril 2005 n° 4, P. 449

<sup>41</sup> Sur l'ambivalence d'une vérité comptable : D. Vidal, « La vérité et le droit (comptable) » : *RD compt.*, 1987, no 2, p. 63.

<sup>42</sup> F. Pasqualini, *La diversité des utilisateurs de l'information comptable et l'unicité de l'information* : *RD compt.*, 1991, p. 5.

<sup>43</sup> M. Teller, *Les normes IFRS : Vers un schisme juridique*, *Bulletin Joly Bourse*, 01 novembre 2007 n° 6, p. 705.