

Le devenir du droit comparé en France

Journée d'études organisée par Groupement de Droit Comparé

Mercredi 23 juin 2004 – Institut de France

Conclusions générales

OLIVIER MORÉTEAU

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de l'Institut de droit comparé Édouard Lambert

Après dix ans de réunions techniques où il fut question de catalogage, d'indexation, de choix de solutions informatiques et de mise en place d'un portail Internet du droit comparé en France, matières sur lesquelles des avancées significatives ont été faites (<http://gdc.cnrs.fr>), il était temps que le GDR de droit comparé montre sa capacité à mobiliser les énergies de ses membres dans la discipline scientifique qui leur est commune. Cette journée d'études sur le devenir du droit comparé en France est un succès à plus d'un égard. Des spécialistes de tous bords sont venus en nombre exposer et débattre sur l'avenir du droit comparé en France. Approchée dans des perspectives multiples, la place du droit comparé dans la théorie du droit et l'internationalisation du droit a été mise en évidence. De nombreux rapports et témoignages ont ensuite convaincu les participants de la fertilité des réseaux et de la nécessité d'une coordination efficace pour leur bon fonctionnement ainsi que la nécessité pour le droit comparé de toujours être à l'affût de la diversité. Les questions relatives à la politique de recherche ne pouvaient être abordées sans passion dans un pays qui accuse un grand retard en la matière. La mise en place de la Fondation pour les études comparatives est attendue avec impatience, les débats de cette journée montrant que les forces vives du droit comparé en France sont prêtes à répondre aux défis de demain, une nouvelle génération de comparatistes étant en train de faire ses preuves. La langue de bois a été laissée au vestiaire et en un temps forcément limité, les vrais problèmes ont été discutés.

Ces rapides conclusions ne rendront pas justice à la densité et à la qualité des rapports présentés et à la richesse des commentaires et discussions. Elles reprendront deux thèmes récurrents tout au long de cette journée, l'un relatif au retard français et aux moyens d'y remédier et l'autre à la nécessité de clarifier l'identité et le rôle du droit comparé.

1/ La nécessité de rattraper un retard

Tous les participants ont conscience du retard français. La faible participation des universitaires français aux congrès et travaux internationaux, la quantité relativement modeste de travaux publiés, la connaissance insuffisante des langues étrangères et d'autres points de même nature ont été soulevés. Les débats ont contribué à éclairer les causes du retard et à mettre en évidence les remèdes possibles.

A/ Les causes du retard

Une première cause est à rechercher dans l'ethnocentrisme du juriste français, dont un participant a justement relevé qu'il n'a d'égal que celui du juriste américain. Les Français vivent dans la fierté d'avoir conçu un Code civil qui célèbre cette année ses deux cents ans d'existence et d'avoir inventé un modèle de droit administratif tout aussi exporté. Le fait d'être imité n'incite pas à la curiosité, l'original étant présumé meilleur que la copie. Le Français n'est donc pas spontanément comparatiste et il l'est d'autant moins qu'il est animé encore du souffle messianique de la Révolution, qui l'incite à proclamer sur un ton volontiers supérieur les droits de l'homme et les valeurs démocratiques, lui qui a essayé tous les modes de gouvernement.

La seconde est liée au cloisonnement de la recherche comparative, étouffée de surcroît par le clivage droit public – droit privé, en dépit de l'existence d'un Centre français de droit comparé supposé fédérer les centres universitaires et les sociétés savantes. Le Français est individualiste et frondeur. L'esprit de chapelle, le verrouillage de certaines instances, l'opposition Paris – province, sont autant d'obstacles au développement de synergies, lesquelles parviennent pourtant à se développer quand les conditions sont propices.

B/ Les remèdes au retard

L'existence de réseaux de plus en plus nombreux, parfois complexes et souvent interconnectés favorise le développement de l'activité comparative et rompt l'isolement traditionnel du chercheur, qui se trouve en contact avec ses pairs, dans son pays et à l'extérieur, avec des moyens souvent amplifiés. Une typologie de ces réseaux a été proposée et tous les participants sont d'accord pour dire qu'il faut une certaine continuité et surtout une solide coordination. La possibilité pour les jeunes chercheurs de participer aux réseaux européens leur permet d'établir les contacts sur lesquels ils développeront leur activité de comparatistes dans la suite de leur carrière. La mobilité du chercheur complète et amplifie celle de l'étudiant. Trop peu nombreux sont les Français qui participent et il est urgent de développer notre participation aux projets internationaux. La journée d'études a eu le mérite de faire connaître les initiatives existantes, lesquelles sont trop souvent ignorées de spécialistes travaillant pourtant sur des questions voisines. Elle a en outre permis d'entendre de jeunes comparatistes et de mettre en évidence l'existence d'une relève.

Ce point met en évidence une des vocations premières du GDR qui est de faire connaître, mettre en contact, communiquer. La mise en place d'un système de consultation permettant d'identifier les ressources des centres et instituts membres du GDR en une seule recherche à partir d'un ordinateur connecté facilitera les recherches et les contacts. Il paraît capital que la Fondation pour les études comparatives, le jour où elle sera mise en place, laisse se développer les initiatives qui viendront de la base, tout en apportant la coordination et le soutien logistique nécessaire au développement de projets plus lourds et ambitieux. D'autres organismes, qu'il s'agisse de la Société de législation comparée ou de l'Académie internationale de droit comparé travaillent aussi dans ce sens. Comme il a été dit dès le début de cette journée, l'union fait la force.

D'un point de vue intellectuel, c'est l'unité du droit comparé qui doit être affirmée, à travers une clarification de son rôle et de sa vocation.

2/ La clarification du rôle et de la place de la recherche comparative

Certains participants ont laissé entendre que le droit comparé est une activité cognitive, d'autres ont dit que c'est avant tout une approche, une méthode, la plupart reconnaissant que c'est un domaine important du droit, dont on met cependant en doute, à juste titre, le caractère normatif. Les discussions ont révélé un certain flottement dans la conception que les uns et les autres ont du droit comparé. Les remarques qui suivent proposent de clarifier la place du droit comparé dans la science juridique afin d'articuler plus clairement les contributions de cette journée d'études et de poser les bases du développement de la recherche comparative française pour les années à venir. Il importe en effet de distinguer l'objet de l'étude comparative de sa méthode.

A/ L'objet du droit comparé

Quand on se demande si le droit est une science, on confond l'activité cognitive et son objet. Cette confusion nous complique la vie quand nous réfléchissons à ce qu'est le droit comparé. Peu de participants à cette journée nieraient qu'il s'agit d'une activité scientifique, qui a pour objet le droit. Le droit est abordé dans sa dimension nationale (un participant a rappelé qu'on peut faire de la comparaison à l'intérieur de son propre droit), avec une ouverture aux droits d'autres Etats (les droits «étrangers», qui ne sont pas le droit comparé mais participent de l'objet étudié). Entrent aussi dans l'objet, dans le corpus des études comparatives, le droit international qui emprunte souvent aux différentes traditions nationales dont il fait la synthèse, mais aussi le droit supranational (notamment le droit communautaire) et le droit transnational, qui est bien souvent non étatique et dont nous avons eu des illustrations à propos de l'arbitrage commercial international et des coutumes africaines. Il a été dit que le droit comparé est complexe ; en fait, c'est son objet qui est d'une complexité de plus en plus grande, avec des interactions toujours plus nombreuses entre les différents systèmes juridiques, d'une part, et une réflexion élargie sur ce qui est susceptible d'entrer dans l'univers du droit, de la part des anthropologues et de ceux qui mettent en évidence le pluralisme juridique, d'autre part. Envisagé non pas en tant que droit positif mais que corpus de la recherche juridique, le droit apparaît dans toute sa richesse et sa diversité. Celle ou celui qui parviendra à en donner une définition acceptée par tous n'est pas encore né. La vocation du droit comparé n'est pas de rechercher une telle définition, mais de proposer une méthode permettant d'étudier le droit de manière scientifique.

B/ La méthode du droit comparé

Depuis plus d'un siècle, les comparatistes s'efforcent de définir une méthode. Leur travail a été présenté dans une perspective évolutive, ce qui a mis en évidence la grande richesse de la matière. Branche récente de l'activité scientifique, le droit comparé a déjà une riche histoire, laquelle est indissociable des grands courants de la vie juridique et reflète souvent, comme il a été remarqué, l'expérience personnelle ou nationale des comparatistes. Les discussions ont mis en évidence des liens indéniables entre la méthode et l'objectif. Par exemple, la méthode fonctionnelle, partant des problèmes, se révèle fertile dans le contexte de l'harmonisation du droit. La méthode factuelle, invitant à partir d'exemples qui peuvent être jurisprudentiels, a une valeur pédagogique indéniable qui conduit à la privilégier dans l'enseignement.

Ce pluralisme méthodologique n'est pas un frein mais une richesse. Il a été rappelé qu'il y a autant d'approches que de comparatistes et il n'y a pas lieu de s'en émouvoir.

L'important est de rendre compte de son travail et de sa méthode, de donner des critères, de situer son regard et sa perspective. A cet égard, les comparatistes comme tous ceux qui font des recherches sur le droit ont à apprendre des autres spécialistes des sciences humaines et sociales qui ont l'habitude, dans leurs travaux, de définir leur méthode, leur vocabulaire, leur perspective.

Le relativisme de ces remarques fera peut-être frémir le positiviste. Qu'il comprenne bien qu'il n'est pas attaqué quand j'insiste sur l'importance qu'il y a à distinguer le droit en tant qu'objet ou corpus, le droit que l'on enseigne, celui que l'on pratique, de la science juridique, laquelle est par essence comparative, la comparaison participant de l'essence du processus cognitif.

A partir du moment où l'on veut bien distinguer le droit en tant qu'objet de la science qui le prend pour objet, tout retrouve sa place, mais dans une perspective inversée, oh combien fertile. Ceux qui s'intéressent au préjudice de naissance, au transfert des droits réels, à la décentralisation, à l'intercommunalité ont a priori un champ d'étude qui n'a pas vocation à être limité par des frontières nationales. Il est bien sûr légitime, dans tout travail scientifique, de délimiter son objet. Peu de juristes sont capables d'aborder en profondeur plus de deux ou trois systèmes et, disons le clairement, rien n'interdit de se limiter au seul droit national, provincial, voire municipal. Seulement, pour rester scientifique, on devra faire au moins deux choses.

Tout d'abord, le chercheur doit justifier la délimitation de son sujet, le fait de se cantonner au seul droit national n'étant pas naturel en soi. A l'échelle de l'histoire du droit, il ne l'aura été que durant les deux siècles de nationalisme qui ont suivi la codification française. Et ensuite, même lorsqu'il limite sa recherche à son droit national, le chercheur doit savoir s'approprier les instruments forgés par les comparatistes, comme par exemple la théorie des formants du Pr Sacco, évoquée dans cette journée. Les comparatistes ont en effet renouvelé la théorie des sources du droit, fait que les chercheurs français sont loin d'avoir intégré.

En insistant sur le caractère scientifique de la démarche des comparatistes, je peux sembler éloigner le droit comparé de son utilité pratique, dans laquelle d'autres recherchent habituellement sa légitimité. Et pourtant je suis loin de plaider le retrait du comparatiste dans sa tour d'ivoire.

Certes, le comparatiste, comme tout juriste, ne fait pas voler des avions et ne guérit pas des malades. Cela ne veut pas dire qu'il ne met pas la main à la pâte ni les doigts dans le cambouis de l'ingénierie sociale. Notre journée d'étude a évoqué le rôle des comparatistes dans l'unification et l'harmonisation du droit, que cette dernière se fasse par la voie institutionnelle ou doctrinale. Elle a mis en évidence la place du droit comparé dans l'activité des juridictions internationales et supranationales. Elle a montré son utilité en matière d'arbitrage international. On ne peut qu'applaudir à cette instrumentalisation du droit comparé. Cela prouve que le droit comparé, en plus de favoriser une meilleure connaissance du droit, est socialement utile. On ne peut que se réjouir de l'utilité pratique d'une science.

Dès lors la réponse est claire. Il faut développer la recherche comparative et lui donner en France les moyens de se développer et s'épanouir. Parlant de la nécessité de généraliser

l'enseignement comparatif du droit, le Pr Sacco disait en 2002 au XVI^e Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane : «dépêchons-nous, nous sommes en retard ». Ce propos vaut tout autant pour la recherche comparative.