



HAL
open science

Conclusion générale et rapport de synthèse

Denys Simon

► **To cite this version:**

Denys Simon. Conclusion générale et rapport de synthèse. Revue juridique de l'Océan Indien, 2005, Le rayonnement du droit français dans le monde, NS-2005, pp.259-266. hal-02549636

HAL Id: hal-02549636

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02549636v1>

Submitted on 21 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

CONCLUSION GÉNÉRALE ET RAPPORT DE SYNTHÈSE

Denys SIMON

Professeur à la Faculté de droit et d'Economie de La Réunion

La richesse des contributions et la qualité des débats qui ont marqué ce colloque rendent illusoire toutes les tentatives visant à tirer une ou plusieurs conclusions générales et encore plus toutes les ambitions prétendant à présenter un rapport de synthèse. Je me contenterai donc de faire part de quelques unes des réflexions qu'ont suscitées les interventions et les discussions de ces deux journées.

1. Une première série de remarques se situe sur un terrain sémantique. Le vocabulaire utilisé est toujours révélateur.

Certains se sont prudemment censurés en faisant usage des termes les plus neutres possibles, tels que *diffusion, impact, influence*. D'autres n'ont pas hésité à emprunter une terminologie bancaire ou économique, en évoquant les *emprunts* et les *fonds propres* des systèmes juridiques, ou encore *l'exportation* ou *l'importation* des concepts, même si l'on doit considérer qu'il y a de mauvais produits d'exportation ou des barrières à l'importation. Peut-être aurait on pu réfléchir au *transit* des notions juridiques. De même l'idée de *perfectionnement actif* des énoncés ou des règles juridiques, qui a été mentionnée, mériterait sans doute d'être creusée.

A également été abondamment exploitée la filière linguistique de la biologie et de la botanique. L'interpénétration des systèmes juridiques s'accommode assez bien d'un recours aux notions de *greffe*, de *transplantation*, d'*acclimatation*, d'*irrigation*, d'*infiltration*... Bouturage et marcottage sont les deux mamelles du droit mondialisé. Encore faut-il en toute rigueur épistémologique garder présent à l'esprit le risque inhérent à toute présentation métaphorique. Comme le rappelait vigoureusement O. von Gierke, « *tous les progrès de la pensée se sont faits à travers des images. Même nos concepts les plus*

abstraites sont nées d'images... Cependant, aussi longtemps que nous ne possédons pour décrire la chose elle-même que des termes dont le modelage en tant qu'images n'est pas achevé, nous devons faire l'effort de séparer le contenu conceptuel de toute adjonction picturale »¹.

La même mise en garde vaut naturellement quant à l'utilisation d'un vocabulaire plus connoté - et plus négativement connoté - : on a parlé par exemple de la *traçabilité* des concepts juridiques issus d'un autre système de normes, comme s'il s'agissait de la contamination d'un ordre juridique par une souche virale provenant d'un autre ordre juridique. Outre les limites scientifiques à la transposition métaphorique indiquées précédemment, il convient à ce propos de se prémunir des jugements de valeur implicites véhiculés par ce genre de formulations empreintes d'une xénophobie normative plus ou moins inconsciente.

Quoiqu'il en soit le flou sémantique observé est bien l'indice d'une difficulté à appréhender le jeu d'influence d'un système juridique sur un autre. Il n'existe décidément pas de mots du droit pour désigner avec précision ce phénomène d'osmose, comme si la pénétration unilatérale ou synallagmatique d'un ordre juridique par un autre était un constat d'une obscénité indicible.

Il n'est guère plus satisfaisant d'emprunter à la sociologie ou à l'anthropologie le concept d'*acculturation*, qui fait l'objet d'une connotation contraignante implicite. Le plus souvent ce terme renvoie à ce que nous avons choisi avec le Professeur Jean Baptiste Seube, de traduire sous la forme d'un *modèle imposé*. Mais on sait pourtant que la dialectique hégélienne du maître et de l'esclave ou l'indissociabilité inhérente au rapport colonisateur/colonisé si bien montré par Frantz Fanon, bilatéralisent inévitablement un rapport autoritaire. Peut-on pour autant envisager un phénomène d'acculturation non hiérarchique,

¹ O. von Gierke, *Das Wesen der menschliche Verbände*, 1902, reprint Darmstadt 1965. Sur l'abus des comparaisons biologiques, v. également H. Rottleuthner, *Les métaphores biologiques dans la pensée juridique*, in *Le système juridique*, APD 1986, Tome 31, 215.

voire d'acculturation réciproque, sans dénaturer la portée du concept d'acculturation lui-même ?

Dans ces conditions, et en dernière analyse, le terme de « rayonnement » n'était peut-être pas si mal choisi. Je dois avouer ma méfiance initiale, pour ne pas dire mon hostilité *a priori*, lorsque ce thème a été proposé comme sujet de réflexion pour ce colloque. Je craignais en effet plus que tout la réitération rituelle des discours hagiographiques sur les qualités éminentes du droit français. On sait à quel point les cérémonies académiques qui ont célébré le bicentenaire du Code civil ont pu illustrer *ad nauseam* cette tendance si française au messianisme juridique, ou pour s'inspirer du vocabulaire en usage au temps de la Société des Nations, à la « mission sacrée de civilisation » juridique.

Mais il est vrai que le terme de rayonnement peut être pris dans son sens premier : il s'agit de l'ensemble des radiations émises par un corps doublé d'une propagation durable. On peut aussi, même si cette signification est moins familière, rappeler qu'un « rayonneur » est la pièce d'un semoir mécanique traçant des rayons dans lesquels seront déposés les semences...

Toutefois, il n'est pas certain que l'étymologie suffise à nous fournir un concept juridiquement opératoire, d'autant que la question centrale est moins d'identifier un rayonnement du système juridique français que d'en mesurer l'étendue et les limites. Or toutes les interventions à ce colloque ont bien montré que c'est précisément l'instrument d'étalonnage du rayonnement qui fait le plus cruellement défaut. Sans doute reste-t-il un travail important à effectuer sur les outils permettant de mesurer la perméabilité, le degré d'interpénétration, l'intensité de l'interdépendance des systèmes juridiques les uns par rapport aux autres.

2. De ce point de vue, il semble que survive encore beaucoup de confusion - délibérée ou inconsciente - dans les propos. J'ai à cet égard été frappé par certains glissements imperceptibles de champs d'analyse.

En premier lieu, il convient de rappeler que la question du rayonnement d'un système juridique se situe sur un terrain totalement différent de ce que Kelsen appelait les « rapports de système »¹ : il ne s'agit pas de s'interroger sur les relations de hiérarchie, de primauté, de coordination entre ordres juridiques distincts, mais sur les jeux d'influence réciproque entre systèmes juridiques en dehors de toute perspective de priorité normative ou de prévalence hiérarchique.

En deuxième lieu, il faut souligner que l'interpénétration des systèmes juridiques ne se mesure pas - ou en tout cas pas uniquement - à l'aune de la réception de dispositions substantielles. Que des secteurs du droit (marchés publics, fiscalité, droit des sociétés, droit du travail...) connaissent une irruption de normes venues d'ailleurs n'est pas déterminant en soi. Par exemple l'évaluation de l'impact du droit communautaire sur les droits nationaux des Etats membres ne peut être opérée - ou encore une fois, pas exclusivement - au regard du nombre de dispositions matérielles communes insérées dans les droits nationaux dans chacune des branches du droit.

En troisième lieu, et par voie de conséquence, on peut considérer que le véritable rayonnement d'un système juridique correspond à l'influence en termes de concepts ou de catégories juridiques. L'influence d'un système juridique sur un autre affecte alors jusqu'aux bases du raisonnement juridique, jusqu'aux fondamentaux de l'ordonnement juridique, jusqu'au noyau de principes et de méthodes qui fait la cohérence d'un ordre juridique. C'est à ce stade que se posent les questions sur les conditions de prise de la greffe, sur les raisons d'un éventuel rejet du greffon, et plus profondément sur l'opportunité de la mutation génétique elle-même. Tel est par exemple à mon sens le véritable enjeu du débat, au-delà des dérapages idéologiques dans lesquels se complaît une certaine doctrine, sur le problème fondamental de l'harmonisation partielle du

¹ H. Kelsen, Les rapports de système entre le droit international et le droit interne, RCADI 1926, IV, 14, 231. Sur la distinction entre rapports de système et perméabilité des ordres juridiques, v. par ex. D. Simon L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, morphologie des conventions et fonction juridictionnelle, Paris Pedone 1981, sp. p. 478 s.

droit des obligations et du droit des contrats à l'échelle européenne. Sur ce point, autant une réflexion essentielle sur l'autonomie et l'interdépendance des systèmes juridiques s'impose, autant les dérives prenant souvent la forme d'un antigermanisme primaire et dénoncées à juste titre par le Doyen Philippe Simler, sont à la fois scientifiquement non pertinentes et intellectuellement inacceptables. Les réflexes de gallicanisme juridique borné, la crainte obsidionale de l'immigration clandestine de normes étrangères, l'enfermement hexagonal frileux, sont par ailleurs parfaitement antinomiques avec les prétentions souvent arrogantes à un rayonnement de droit du droit français défendues par les mêmes nostalgiques d'un âge d'or largement fantasmé où le français était la langue universelle et le droit français le droit du monde...

3. Toutefois, certains membres éminents de la doctrine ont heureusement des positions plus subtiles et moins grégaires, qui elles donnent à réfléchir. On pense en particulier aux thèses défendues par le Doyen Carbonnier, quand il dénonce « ces droits venus d'ailleurs », qui sont « des droits venus de nulle part » avant d'ajouter : « ils ont surgi d'abstractions, ils ont pénétré le droit français sans s'y fondre en s'y faisant reconnaître un champ plus ou moins délimité, un statut de droit non seulement autonome, mais supérieur au droit national »¹. Est ainsi posée la véritable question de la « *nomogreffe* », qui mériterait sans doute à elle seule un autre colloque, même si l'on a pu constater à plusieurs reprises que le débat affleurait au cours de nos discussions. Toute la question est celle de l'évaluation de l'opportunité de l'intégration normative ainsi que de la détermination du degré d'intégration souhaitable², si l'on veut éviter les « babylores juridiques » qui angoissaient tant le Doyen Carbonnier.

¹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris Flammarion 1996, sp. p. 47-48.

² Pour reprendre les termes de V. Robert et L. Usunier, *Du bon usage du droit comparé*, in M. Delmas Marty (sous la dir. de), *Critique de l'intégration normative*, Paris PUF 2004, p. 227 s.

4. Ce débat n'est pas sans lien avec le débat sur le rayonnement du droit français. Nombreux en effet sont ceux qui se félicitent de l'exportation du droit français, mais qui marquent une hostilité combative à l'importation en France de droits d'origine étrangère, pour des raisons rigoureusement identiques à celles avancées dans les pays dans lesquels on trouve normal d'imposer - ou de faire choisir obligatoirement - notre corps de règles et nos modes de raisonnement juridique. A cet égard - et je crois que c'est là l'un des apports intéressants de ce colloque - il me semble que nous devons être conscients du fait que le « modèle imposé », pour reprendre le terme utilisé par les organisateurs, n'est pas à ranger au magasin des accessoires coloniaux. Il continue d'exister des formes plus subtiles et moins ostensibles d'acculturation juridique contrainte. Le modèle hégémonique n'est pas mort. La conditionnalité à la démocratisation et à l'économie de marché, associées aux mécanismes juridiques qui les encadrent, imposée notamment par les grandes organisations financières internationales, en fournit un exemple significatif¹. La promotion sous l'égide de l'OHADA de l'hypothèque comme seule forme de sûreté immobilière dans des pays où faute d'immatriculation des terres, le dispositif hypothécaire est inapplicable, en donne un autre.

Faut-il faire allusion aux nouveaux *pilgrin fathers*, ces pèlerins constitutionnels qui ouvrent leurs valises d'ingénierie constitutionnelle dans les capitales des Etats d'Europe centrale et orientale à la lumière d'une expérience africaine quelque peu tarie... On peut douter que la suggestion du bicamérisme avec commission mixte paritaire et article 49.3, ou la transposition de l'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958 soit un véritable vecteur de rayonnement du droit constitutionnel français, qui risque dans ces conditions d'être rejeté comme un « droit venu d'ailleurs... ». Un rapport du Conseil de l'Europe sur l'évolution du système juridique dans la fédération de Russie évoquait ainsi « le placage d'une législation relativement mal conçue et mal adaptée sur des structures et des mentalités héritées du passé soviétique... ».

¹ V. par ex. J. Stieglitz, *La grande désillusion*, Paris Fayard 2002.

Au delà de ces situations un peu caricaturales, on peut s'interroger sur cette tendance lourde des constitutions modernes au mimétisme mise en évidence par le Président Henri Roussillon¹. Mais est-il concevable que ce rapprochement se fasse sur la base d'un modèle imposé selon un schéma de « rayonnement hégémonique », sans que soit prise en compte la nécessaire adaptation des règles de droit régissant une société donnée aux réalités historiques, économiques, sociales, culturelles qui constituent le fondement axiologique de chaque système juridique. L'expérience des juristes occidentaux qui ont eu l'honneur de siéger auprès des juridictions constitutionnelles des pays d'Europe centrale et orientale, comme ce fut mon cas en Croatie, révèle les résistances légitimes que suscite l'obligation d'appliquer, avec une marge d'appréciation nationale réduite, un modèle importé, fût-il présenté comme un « patrimoine constitutionnel européen². En d'autres termes, le rayonnement d'un patrimoine commun suppose qu'il s'exerce comme un héritage choisi et qui peut être accepté le cas échéant sous bénéfice d'inventaire. L'efficacité du rayonnement est conditionnée par ce qu'on pourrait appeler par analogie des « critères de convergence » juridiques.

5. Une dernière remarque me paraît devoir s'imposer. Il semble en effet que l'on ne puisse concevoir l'osmose des systèmes juridiques dans des rapports d'influence à sens unique. Le droit moderne, qu'on le déplore ou qu'on s'en félicite, est devenu le droit des influences croisées. Il est en tout cas vain de le nier en imaginant pouvoir recréer on ne sait quelle douane des normes au nom de la préservation de la pureté d'un ordre juridique national, aussi vain que de prétendre nier les mécanismes économiques de globalisation ou les effets mondialisés des nouvelles technologies de l'information et de la communication. L'incidence de la construction européenne sur les droits nationaux fournit une illustration particulièrement topique de

¹ H. Roussillon, Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle : réflexion sur un paradoxe, in *Droit et politique à la croisée des cultures*, Mélanges Philippe Ardant, Paris LGDJ 1999, p. 251 s.

² D. Rousseau, Pas d'Europe sans constitution, *Le Monde* 18 janvier 1997.

cette idée : le processus que les juristes anglo-saxons désignent par l'expression de « *cross-fertilization* » joue d'abord verticalement, en tant que le droit communautaire a été profondément modelé par les droits internes des Etats membres, avant d'exercer à son tour un « rayonnement » dont l'ampleur est bien connue sur les droits nationaux ; mais le jeu d'influence croisée a également dans le contexte de l'Union européenne fonctionné horizontalement, entre les différents droits nationaux, comme on pourrait aisément le démontrer à propos de notions comme celles de confiance légitime ou de l'abus de droit.

Le phénomène de rayonnement d'un droit national est alors d'une autre nature que le jeu du modèle imposé ou du mimétisme contraint. Il s'inscrit dans un rapprochement des modes de raisonnement juridique dans le sens de la construction d'une culture juridique commune¹. Encore faut-il préciser que le dépassement du syndrome de Babel ne doit pas se faire au profit d'un esperanto juridique simplificateur, mais s'adosser à une reconnaissance des différences. Le maintien de la cohérence de chaque système de droit est à ce prix.

On retrouve ainsi des débats qui agitent depuis des années les réflexions des linguistes : pour reprendre par analogie une formule chère à Derrida, le rayonnement d'une langue suppose que l'on accepte de comprendre le monolinguisme de l'autre. Le rayonnement du droit français reposera sur sa capacité à reconnaître la cohérence des autres droits.

¹ En ce sens, v. par ex. D. Simon, Rapport introductif au colloque de Toulouse, Vers une culture juridique européenne ?, Paris Montchrestien 1998, p. 1 à 12.