



COLLÈGE
DE FRANCE
1530



INSTITUT DES SCIENCES
JURIDIQUE & PHILOSOPHIQUE
DE LA SORBONNE - UMR 8103



Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme

« Vers un *jus commune* universalisable ? »

Note terminologique

Mireille Delmas-Marty et He Linxin

Le projet de recherche « Vers un droit commun universalisable ? » peut sembler quelque peu « intempestif »¹, face au retour des souverainismes. Et pourtant il s'impose dans un monde où la globalisation des flux, des risques, voire des crimes, et les interdépendances croissantes qu'elle entraîne, appelleraient une gouvernance mondiale solidaire déterminée par le droit et pas seulement par la force.

La revalorisation de l'idée de « *ius commune* » ou « droit commun », qui avait déjà mobilisé des juristes allemands et italiens dans le contexte de la construction européenne d'après-guerre², devrait donc revenir à l'ordre du jour. Mais elle implique désormais une double extension, géographique et temporelle. Il ne s'agit ni d'imposer une culture dominante, ni de se limiter à chercher dans le passé des racines (ou des sources) communes mais de trouver au présent un souffle pour imaginer un avenir commun.

Dès lors, le concept de « droit commun » devient moins « mythique » (v. J.-L. Halpérin et J.-L. Thireau, cités par O. Descamps) que « mystérieux » (remarques formulées par plusieurs participants). Le mystère, marqué par le point d'interrogation, ne peut être entièrement dissipé dès le départ par une terminologie à la fois évidente et univoque. Mais il peut sans doute être éclairé par la recherche de la « juste dénomination » et en tenant compte de la pluralité des langues par quelques exemples de traduction, incitant à réexaminer l'hypothèse d'une bipolarité entre l'esprit et la règle.

Rechercher la juste dénomination

Hésitations entre deux formules. La formule latine « *jus commune* » a été proposée d'emblée car elle a le double avantage de ne renvoyer à aucun système actuel de droit positif, tout en ayant une signification inscrite dans l'histoire et utilisée en Europe, mais aussi ailleurs (en Chine notamment). Bien qu'elle présente pour certains l'inconvénient d'évoquer une histoire européen centrée, elle reste soutenue par une partie du groupe.

La formule « droit commun » a dans un deuxième temps été testée parce qu'elle est plus neutre, mais elle présente d'autres inconvénients. D'une part elle est très large, au point d'englober, dans la terminologie juridique nationale, la distinction entre droits particuliers et

¹ V. aussi Compte-rendu de la session de lancement, ci-après « Compte-rendu », p. 4.

² HALPERIN, Jean-Louis, « L'approche historique et la problématique du jus commune », *RIDC*, 2010, p. 717. L'élément marquant de cette historiographie est bien sûr la création de la revue *Ius Commune* (Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte) en 1967 par Helmut Coing.

dispositifs à caractère plus général. D'autre part elle est difficile à traduire en anglais car l'expression de « *common law* » renvoie habituellement à la tradition anglo-américaine, tandis qu'une formule comme « *truly common law* » (cf Mdm *Towards a truly Common Law*, CUP 2002) peut sembler désobligeante.

Quelle que soit la formule retenue, deux précisions se sont imposées. D'une part un adverbe de mouvement (« vers ») pour marquer qu'il s'agit, plutôt que de définir un concept précis et stable, d'observer et de décrire un processus en cours ; d'autre part un adjectif (« universalisable ») qui rappelle que tout droit commun n'est pas acceptable comme universel, donc qu'il existe des conditions à déterminer avant de le prescrire comme tel.

Implicitement deux conditions en résultent déjà. Comme Alain Wijffels le montre pour le *ius commune* européen, il faut qu'il y ait une diversité, sans laquelle aucun « commun » n'est possible ; mais le terme « commun » suppose aussi une « communauté ». En Europe, c'était l'*orbis terrarum*, donc une communauté à vocation universelle. A l'époque cet universalisme renvoyait à un univers chrétien, fondé essentiellement sur la tradition romaine, revalorisée par les glossateurs et les commentateurs (ou plus généralement par les savants ou la doctrine) et associée au droit canonique. De même, en Asie orientale, avec la formule à vocation également universelle « *tian xia* » (tout ce qui est sous le ciel), appliquée à une communauté fondée sur la doctrine confucéenne et la tradition pénale chinoise.

A l'échelle mondiale aussi le mot « commun » supposerait à la fois une diversité qui sépare (pluralisme) et une communauté qui « englobe » (au sens littéral) toutes les traditions nationales, les coordonne et les harmonise (pluralisme « ordonné »). Autrement dit, le « droit commun » n'est pas un droit uniforme qui imposerait une fusion complète et dissoudrait cette diversité des cultures que la convention Unesco de 2005 qualifie de « patrimoine commun de l'humanité ».

On voit ici apparaître deux processus. Déjà des écrivains comme Edouard Glissant ou Patrick Chamoiseau avaient eu l'intuition d'opposer à la « mondialisation » standardisante et déshumanisante, qui transforme les humains en consommateurs, voire en marchandises, non pas la renationalisation, mais une « créolisation du monde ». Autrement dit un processus conduisant vers un phénomène nouveau, imprévisible et inattendu, qu'ils nomment « mondialité ». Dans son langage poétique Glissant la décrit comme « cette aventure sans précédent qu'il nous est donné à tous de vivre dans un espace-temps qui pour la première fois, réellement et de manière foudroyante, se conçoit comme à la fois unique, et multiple et inextricable » (*La Cohée du Lamentin*, Gallimard 2004, p.23, cité par AW cf Mdm, *La refondation des pouvoirs*, Seuil 2007, p. 115). Et Chamoiseau comme un phénomène qui « infuse la sensation d'un monde ouvert et qui nous ouvre, impossible à fragmenter, impossible à totaliser, impossible à circonscrire, impossible à définir...un monde dont plus rien ni quiconque n'est le centre ou la périphérie, ni le maître ni l'esclave, ni le colon ni le colonisé, ni l'élus ni l'indigne, où seul règne l'incertain dans lequel nous tombons, et solitaires et solidaires » (*Frères migrants*, Seuil, 2017, p. 53).

Au plan juridique la mondialité rompt l'identification entre droit et Etat. Si « plus rien ni quiconque n'est le centre ou la périphérie », alors la « mise en ordre », processus dynamique, n'implique pas nécessairement la création d'un « ordre », concept hiérarchique et statique, au sens de théories comme celle de Kelsen (normativisme) qui relie le droit à l'Etat, la force restant le monopole des Etats (Max Weber). Il en résulte que la puissance transformatrice d'un futur « droit commun de la mondialité » viendra moins de la force coercitive que de l'autorité tenant à sa finalité d'harmonisation ou de mise en ordre du monde (cf note en

préparation de He Linxin sur « La normativité, l'autorité et la force » où il développe l'hypothèse que « l'autorité qui confère une puissance n'est pas la force »).

Entre « Vers un *ius commune* universalisable ? », « Vers un droit commun universalisable ? » ou d'autres dénominations lancées au cours du séminaire (comme « droit des droits », ou encore « droit commun de la mondialité »), le choix terminologique aura des conséquences théoriques et épistémologiques. Tout comme avec le *ius commune* pour les chercheurs qui le redécouvraient pour accompagner la naissance des Communautés européennes, nous sommes en train de construire notre propre objet de recherche. Comme le dit François Ost - quand il répond à la question « *A quoi sert le droit ?* » (2016), par référence aux usages, fonctions et finalités du droit-, « le droit sert aux fins que nous imaginons pour lui ».

Même si nous travaillons à décrire divers fragments déjà observables en droit positif (au confluent des droits nationaux et du droit international), notre recherche aura inévitablement une signification prescriptive, qui peut varier d'une langue à l'autre.

Quelques tentatives de traduction

. En anglais : pour éviter la confusion avec le droit positif anglo-américain nommé « *Common Law* », et avec la communauté politique et juridique dite *Commonwealth*, plusieurs intervenants ont proposé l'expression de « *Towards a Common World of Laws ?* ».

Au sein de la *Common Law*, on distingue les règles et leur application (fondée sur les précédents de jurisprudence) de l'*equity* qui évoque « l'esprit de justice ».

. En arabe: Suleiman Mourad propose l'expression *نحو قانون مشترك شامل* (*Nahwa Qanun Mushtarak Shamil*) pour traduire l'idée que l'on trouve dans de nombreux textes au Moyen Age d'un *corpus* juridique qui témoigne, tout en la préservant, de la variété des lois et pensées (y compris les contradictions entre les juristes). Un partage et une inclusion qui s'étendent, au delà du monde arabe, à l'ensemble de la communauté musulmane. Dès lors que le terme *charia* ne désigne pas la loi mais le chemin, il évoque un processus et un cheminement, selon lequel les juristes musulmans pourraient combiner un volet théorique de principes qui renvoient aux sources et à l'esprit qui les inspire et un volet pratique qui renvoie à la jurisprudence et aux règles qu'elle impose.

On notera que le terme « *corpus* » pourrait contribuer à s'émanciper de la conception moderne du droit comme « ordre », ou « ordre juridique ». On échapperait en outre à la notion de « système » (cf article Mdm « La grande complexité juridique du monde » in *Etudes en l'honneur de Gerard Timsit*, Bruylant en 2005, utilisant, pour éviter « ordre » ou « système », des mots comme « ensemble » ou « espace », plus ouverts, mais sans doute trop larges). On pourrait même éviter le mot « droit » (« Vers un *corpus* juridique universalisable ? »).

. En chinois : Jérôme Bourgon et He Linxin ont proposé *经世通法* (*Jing Shi Tong Fa*). Pris séparément, les quatre caractères signifient respectivement : les fils qui évoquent le processus de tissage (pour *Jing*) ; le monde ou l'époque (pour *Shi*) ; commun ou ordinaire (pour *Tong*) ; et droit (pour *Fa*). Mais les unités de base sont plutôt *Jingshi* et *Tongfa* : *Jingshi* est une expression classique qui a connu aussi une évolution de sens important. Son premier sens, attesté déjà dans *Zhuang Zi* à l'époque des Royaumes combattants (4^{ème} siècle avant JC), signifie simplement « traverser les époques ». A partir des dynasties du Sud et du Nord (5^{ème} siècle après JC), l'expression semble prendre le sens de mise en ordre ou d'administration du monde. Etroitement associée à des idéaux confucéens, l'expression peut signifier non

seulement gouverner le pays, mais aussi aller vers « la paix sous le ciel ». Quant à *Tongfa*, l'expression évoque *Pu Tong Fa* (普通法) qui est la traduction courante du « *Common Law* » anglais.

Selon He Linxin, la formulation proposée en chinois semble assez bien rendre compte de la méthode dynamique qui considère les pratiques de « mise en ordre » mais n'implique pas nécessairement la création d'un « ordre ». Contrairement aux règles juridiques imposées par la force à la Chine lors de la conquête mongole, le droit chinois ne s'est pas exporté avec le pouvoir, mais avec l'autorité des classiques, comme le montre l'introduction simultanée du néoconfucianisme et du code des Ming au Japon (J. Bourgon) ; la même remarque peut valoir pour la dynastie des Tang ou encore pour l'utilisation des classiques chinois par les lettrés coréens (ex. Humhum Sinso de Tasan, v. aussi F. Constant). Le cas de la Corée est un peu particulier, dans la mesure où politiquement elle avait été soumise à un régime tributaire envers la Chine. Néanmoins, la relative indépendance politique entre ces différents pays semble établie. La formation du « raisonnement commun » ne s'appuierait donc pas sur l'existence d'un ordre juridique au sens moderne du terme, mais beaucoup plus sur le partage des doctrines confucéennes comme *source commune*, à l'instar de la source romano-canonique pour le cas européen. Sans oublier pour autant le rôle joué par les marchands lors des échanges commerciaux.

Il est vrai que la « science de l'Etat » renvoie selon P.-E. Will (qui a utilisé des récits autobiographiques pour contourner le discours officiel) à la fois à l'Etat comme entité théologique qui existe par la croyance dans la légitimité de la lignée dynastique (aujourd'hui celle du Parti communiste chinois) et à l'Etat comme entité juridique reposant principalement sur le droit pénal et remontant à l'école légiste : « ce qui est intéressant c'est que le débat politique et idéologique n'a jamais cessé entre d'une part les porteurs de ce principe [celui des légistes] d'organisation intégrée et concentrée, fondée sur la loi, sur l'autorité et sur la force ; d'autre part les tenants d'un retour aux sources, à un modèle antique fondé sur le charisme, sur l'observation des rites et sur l'exercice de la vertu... et ce qui s'est élaboré en fin de compte, c'est un compromis entre les deux, mais un compromis sans cesse revisité »³.

C'est ce compromis sans cesse revisité qui nous a suggéré l'hypothèse initiale d'une bipolarité. Nous devons réexaminer l'hypothèse pour tenir compte de la complexité des processus à l'œuvre. Complexité dans l'espace car ils se déploient à l'échelle mondiale (internationale, transnationale, supranationale) et simultanément à des échelles nationales, infranationales, ou supranationales régionales. Complexité dans le temps car la fragmentation est telle que les vitesses d'intégration normative sont rarement synchronisées. Si la polychronie (des vitesses différentes dans un même espace) est parfois nécessaire pour tenir compte des contextes nationaux, la dyschronie (écarts de vitesse par exemple entre l'intégration des normes économiques et sociales) peut avoir des effets pervers.

Réexaminer l'hypothèse d'une bipolarité

Si l'on part d'une vision plurielle de la validité (axiologique, empirique et formelle) le futur droit mondial devra relever trois défis (MDM *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil 1998) : Est-il souhaitable ? Est-il faisable ? Est-il raisonnable ?

³ PE Will, « Bourdieu, l'Etat et l'expérience chinoise », *Actes*, n° 201-202, 2013, p. 95 ; M. Delmas-Marty « Que pouvons-nous apprendre du droit chinois ? » in Hommage à PE Will, *Etudes chinoises*, vol. XXXIV 2015, p. 39

- Le souhaitable (validité axiologique) renvoie à la légitimité en termes de valeurs, politiques (valeurs démocratiques) mais aussi juridiques (droits de l'homme et Etat de droit), qui sont déterminées par l'esprit qui inspire le droit commun;
- Le faisable (validité empirique) renvoie à l'effectivité/efficacité dans la mise en œuvre des règles, notamment en ce qui concerne les responsabilités des acteurs titulaires de pouvoirs élargis à l'échelle supranationale (Etats, entreprises transnationales) ;
- Le raisonnable (validité formelle) renvoie à la prévisibilité du raisonnement juridique donc aux techniques juridiques déterminant le degré d'intégration des règles (logiques binaires et logiques non standard) et de synchronisation des rythmes (les vitesses évoquant une sorte de cinétique⁴). On se rapprocherait ainsi des propos de Pierre Calame sur les « principes de gouvernance », mais en se concentrant sur les normes avant d'évoquer les acteurs. Faut-il en déduire que la polarité serait triple ?

A moins de considérer que le raisonnable, renvoyant à une raison commune à tous les êtres humains, est ce qui relie le souhaitable et le faisable, l'esprit et la règle. Selon cette analyse, on retrouverait l'hypothèse initiale, selon laquelle le *jus commune* renvoie à la fois au souffle et à la matière, à l'esprit et à la règle, ou encore à l'éthique et aux techniques. Mais cette hypothèse serait complétée par l'idée que la raison active ces deux pôles et les dynamise, en les faisant fonctionner ensemble, chacun des pôles explicitant l'autre à travers le travail de l'interprétation des textes. Jérôme Bourgon a montré lors de la réunion préparatoire, à propos du droit pénal chinois, cette interaction : expliquer le *fa* (le droit positif ou la lettre) par le *li* (la tradition ou l'esprit) et le *li* par le *fa*.

Quelle que soit la terminologie qui sera finalement choisie, il faudra donc continuer à travailler sur l'hypothèse d'une bipolarité axiologique et empirique (esprit/ règle, valeurs / techniques) et sur les formes de raisonnement juridique (logique et cinétique) qui relient les deux pôles de façon interactive.

C'est pourquoi le rôle des acteurs reste essentiel, qu'il s'agisse des « interprètes » ou plus largement de tous ceux qui font appel à la raison humaine, lanceurs d'alerte, émetteurs, récepteurs, pour exercer leur rôle de « passeurs ».

D'où peut-être aussi l'importance des lieux de rencontre plus ou moins propices pour accueillir ce projet qui entend mêler analyse savante et utopie réaliste (cf « l'esprit de Goutelas »)...

En définitive nous proposons au groupe de conserver, pour les besoins de la recherche, la formulation « Vers un *Jus commune* universalisable ? », tout en se réservant à la fin des travaux la possibilité de donner à ce *Jus commune* d'un nouveau type une autre dénomination, telle que celle choisie par Pierre Calame pour son compte rendu : « Vers un droit commun de la mondialité ».

⁴ M. Delmas-Marty, « Vers une cinétique juridique. D'une approche statique à une approche dynamique de l'ordre juridique », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016.