



HAL
open science

Sur les deux voies du Droit comparé : que révèle la récupération et les usages du Droit des gens “ occidental ” par le Japon ?

Florian Couveinhes

► To cite this version:

Florian Couveinhes. Sur les deux voies du Droit comparé : que révèle la récupération et les usages du Droit des gens “ occidental ” par le Japon ?. Cécile Guérin-Bargues; Hajime Yamamoto. Aux sources nouvelles du droit. Regards comparés franco-japonais, Mare & Martin, pp.63-99, 2018, Droit public, 978-2-84934-367-8. hal-03244593

HAL Id: hal-03244593

<https://hal.science/hal-03244593v1>

Submitted on 6 Jul 2021

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.

**Sur les deux voies du Droit comparé :
que révèlent la récupération et les usages du Droit
des gens « occidental » par le Japon ?**

Florian Couveinhes MATSUMOTO

Maître de conférences en droit public à l'ENS (Ulm)

UMR CTAD/IHEI

Toute comparaison approfondie invite à la philosophie. On veut dire par là que toute comparaison incite à mener un travail réflexif non seulement sur les moyens de comparer – par exemple sur les bons critères de comparaison, sur la possibilité que des concepts formulés dans deux langues différentes concordent en tout ou en partie¹, sur la possibilité de rendre compte des résultats d'une comparaison en termes non-normatifs

1. Sur cette question, v. par ex. le court mais stimulant article de J.-J. Pardini, « Le juge constitutionnel – Le comparable et l'intraduisible – Bref retour sur l'extranéité de la langue », in Th. Di Manno (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruxelles, Bruylant, coll. « À la croisée des chemins », 2014, p. 71-78. Toujours sur cette question mais pour les Droits français et japonais, v. spéc. J.-L. Halpérin, N. Kanayama, *Droit japonais et droit français au miroir de la modernité*, Paris, Dalloz, coll. « à droit ouvert », 2007, p. 366 et K. Nakatani, J. Tsuruta, « Interpretation of Multilingual Texts », in *Rapports japonais pour le XVII^e Congrès international de droit comparé* (Utrecht, 16-22 juillet 2006), ICCLP Publications n° 10, The University of Tokyo, 2007, p. 15-17. Sur cette problématique pour la transcription du Droit des gens de langue anglaise dans la langue chinoise et par suite dans la langue japonaise, v. L.H. Liu, *The Clash of Empires : The Invention of China in Modern World Making*, Cambridge (Massachusetts)-London, Harvard UP, 2004, p. 109 et s. et D. Calman, *The Nature and Origins of Japanese Imperialism – A Reinterpretation of the Great Crises of 1873*, Lond & New-York, Routledge, 2007 [1^{re} éd. : 1992], p. 254-256.

– mais encore sur les fins de cette démarche – pourquoi comparer ? Vers quoi nous pousse la comparaison ou *tel type* de comparaison² ? Cette remarque d'ordre général justifie assez naturellement une recherche sur ce qu'a signifié la comparaison des institutions, des énoncés et des pratiques juridiques menée dans un État à une époque donnée et sur les conséquences concrètes de cette comparaison et des « résultats » obtenus, sur la vie sociale et politique de cet État.

Dans le cas du Japon, il est frappant que la pratique du Droit comparé a partie liée avec son occidentalisation et avec sa tentative d'occidentalisation forcée de l'Asie. D'un point de vue juridique, le tournant de l'ère *Meiji* (1868-1912) a en grande partie consisté en l'assimilation – imposée pour une part, délibérée pour une autre – d'un type de règles et de pratiques juridiques venues de l'étranger. Quant à l'expansionnisme nippon durant la première partie de l'ère *Shōwa* (1926-1989), il découle en large part de la reprise par le Japon des représentations inégalitaires véhiculées par le Droit des gens « occidental » qui lui fut imposé, et par la reproduction mimétique au niveau de l'Asie orientale, du colonialisme et de l'impérialisme modernisateur qui fut d'abord l'œuvre des puissances européennes, là encore au nom ou sous le couvert d'un Droit des gens pensé comme « civilisateur ». Ainsi, la pratique japonaise du comparatisme illustre avant tout l'artificialité et les dangers de la décision politique d'importer des standards étrangers de manière autoritaire, et la part d'hypocrisie qu'il y a eu et qu'il y a toujours dans l'invocation de la modernité, de la civilisation, de l'Humanité ou du Droit des gens dans le but de coloniser et d'exploiter d'autres peuples (1). Toutefois, il est clair aussi que la manière dont les Japonais ont pratiqué et pratiquent le Droit comparé peut être rattaché à un idéal d'interrogation de nos propres institutions, énoncés et pratiques juridiques, à partir des réussites manifestes des autres. Le comparatisme peut être mené et, dans le cas du Japon a aussi été mené dans le but d'une « auto-réforme » à partir de ce qui était jugé rationnellement et objectivement meilleur et se trouvait éventuellement réalisé en tout ou en partie à l'étranger, dans un contexte

2. Pour une remarque globalement comparable, v. M.-C. Ponthoreau, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, coll. « les voies du droit », 2009, p. 537.

comparable ou différent. Il s'opposait ainsi à la glorification de principe de ce que le Japon avait déjà édicté lui-même ou de ce qui l'avait été par des ancêtres. Or, si l'impérialisme universaliste et civilisateur d'un côté, et l'interrogation philosophique et l'auto-réforme démocratique de l'autre sont peut-être les deux débouchés naturels du comparatisme, et si la poursuite de chacun de ces idéaux mène à faire du Droit comparé dans deux perspectives différentes, il est clair que les Occidentaux sont largement compris à l'étranger, et surtout se comprennent eux-mêmes en grande partie par rapport à ces deux idéaux opposés, ou par rapport à la tension qui les relie. Autrement dit, ils tendent à se percevoir eux-mêmes comme des civilisations supérieures (« avancées », « développées », « industrialisées », « émergées », etc.) et comme d'anciens colonisateurs (légitimes ou illégitimes), mais aussi, et peut-être plus essentiellement comme des initiateurs de la démocratie et de la philosophie, et en tous les cas comme des personnes particulièrement chargées du devenir effectif de ces pratiques dans le monde. La lutte entre les deux pentes vers lesquelles mène la comparaison des Droits est donc particulièrement susceptible d'être âpre en Occident. En outre, l'importance – non pas de la discipline en Occident, mais – de certains emplois politiques ou juridictionnels de la comparaison des Droits nous paraît justifier que l'on soumette à la sagacité de nos collègues nippons quelques remarques sur nos espoirs et nos craintes sur ce que peuvent être la grandeur, mais aussi les dangers de différentes manières de comparer les Droits et de se servir de ces comparaisons (II).

I. L'occidentalisation du Japon et de l'Asie à travers la pratique du Droit comparé

Ainsi que cela est connu, la pression militaire et économique des Occidentaux sur le Japon au milieu du XIX^e siècle entraîna rapidement ce qu'on appelle généralement son « ouverture », c'est-à-dire son occidentalisation à marche forcée à la fois en interne et dans ses relations internationales³.

3. Sur l'appartenance à la rhétorique colonialiste, de l'argument consistant à présenter la résistance à l'impérialisme occidental comme une position « traditionaliste » ou « conservatrice » de « fermeture », v. not. L.H. Liu, *The Clash of Empires, op. cit.*, 2004, p. 111 (qui traite de la question pour la Chine).

Adoptant extrêmement rapidement les représentations constitutives du Droit des gens de son oppresseur, le Japon souhaita être compris comme un État civilisé et par là « égal » aux États occidentaux. À cette fin, durant l'ère *Meiji*, les dirigeants japonais soutinrent ou organisèrent l'étude et la comparaison des Droits occidentaux nationaux. Ils adoptèrent des institutions, des règles et des manières de « faire du Droit » fortement inspirés par l'Europe, ainsi qu'une conception du Droit des gens issu du « Droit public de l'Europe » (A). Loin d'arrêter ses effets ici, la reprise de certains des idéaux, hiérarchies et codes de l'Occident et notamment du Droit des gens moderne menèrent les dirigeants japonais, dans la première moitié du XX^e siècle, à un impérialisme et un colonialisme particulièrement cruels, en vue d'établir une « sphère de coprosperité de la grande Asie orientale » (B).

A. L'occidentalisation du Japon ou comment le Droit comparé lui fut imposé

Globalement, on peut dire que le Japon et son Droit ont été successivement marqués par l'influence de la Corée et surtout de la Chine (en particulier entre le VII^e et le milieu du IX^e siècle, puis par des échanges approfondis entre le XIV^e et le XVI^e siècle), par une restriction assez forte des relations avec l'extérieur décidée par mesures successives au début du XVII^e siècle (en réaction à la pression commerciale chinoise et coréenne mais aussi, déjà, occidentale), par l'impérialisme occidental à partir du milieu du XIX^e siècle et enfin, après 1945, par l'occupation puis la « zone d'influence » états-uniennes. Coexistent ainsi dans la population japonaise, premièrement une conscience – enracinée quoiqu'également refoulée – de ce que le Japon doit à ces nations-mères que sont la Corée et la Chine, deuxièmement un fort sentiment national, et troisièmement une auto-évaluation permanente par rapport à l'Occident – trois caractéristiques qu'expliquent d'ailleurs aisément son voisinage, son insularité et un choix politique proprement extraordinaire effectué à l'orée de l'ère *Meiji*.

Bien que cela n'apparaisse pas forcément au premier coup d'œil, la « Restauration de *Meiji* » – qui soit dit en passant montre que certaines « restaurations » sont en vérité des « révolutions », tout comme certaines prétendues « révolutions » ne sont en vérité que des « restaurations » – s'est faite à la fois *par et pour* le Droit. Plus encore, elle s'est faite par l'introduction, à la manière occidentale, de règles juridiques inspirées de règles étrangères, et ce essentiellement en vue d'obtenir une certaine qualification

juridique – celle de nation civilisée et donc égale – de la part des nations occidentales. En termes pratiques, il s'agissait en premier lieu pour le Japon d'éviter une colonisation occidentale qui sévissait déjà en Asie, et qu'il sera *in fine* l'un des très rares à éviter. Dans un deuxième temps, l'objectif poursuivi était de réviser les traités inégaux que lui avaient imposés les États-Unis (1854 et 1858), les Pays-Bas (1856), le Royaume-Uni (1858), la France (1858), etc. dans un moment de faiblesse évidente⁴, et d'ailleurs largement sur le modèle des traités inégaux déjà conclus avec

4. Ces traités furent imposés au Japon sous une pression militaire tantôt directe (notamment américaine) tantôt plus indirecte. Leurs dispositions étaient défavorables aux États non-occidentaux (compétence des consulats occidentaux, clause non-réciproques de la nation la plus favorisée, interdiction d'une politique douanière et commerciale autonome, etc.). Plusieurs auteurs japonais estiment cependant que les dispositions conventionnelles en question n'ont pas été immédiatement perçues par les Japonais comme étant en leur défaveur et qu'il faut attendre les années 1870 pour que les traités qui les contenaient soient contestés, en raison de leurs effets (sur la production de coton par exemple). V. en ce qui concerne les dispositions sur les compétences juridictionnelles des consulats : J.E. Hoare, *Japan's Treaty Ports and Foreign Settlements*, Kent, Japan Library, 1994, p. 55 et Sh. Hamamoto, « A propos de deux clichés sur l'histoire du droit international en Asie de l'est : une reconsidération de l'ordre mondial chinois et du discours de traités inégaux », in V. Chetail et P.-M. Dupuy (Eds.), *The Roots of International Law / Les fondements du droit international – Liber Amicorum Peter Haggemacher*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, coll. « Legal History Library – Studies of International Laws », 2014, p. 753-754 (qui cite notamment sur ce point le journal du consul des États-Unis au Japon, Townsend Harris, *The Complete Journal of Townsend Harris*, Rutland, Tuttle, 1959, 2nd Ed., p. 316-317) et p. 755 et la note 61 (« (...) en 1869 (...) Iwakura Tomomi, un noble japonais, a soumis un rapport au gouvernement, dans lequel il soutient la nécessité de réviser les traités qu'il considérait comme défavorables au Japon (*Kindai Nihon Shiso Taikei [Pensées japonaises de l'époque moderne]*, t. 12, Tokyo, Iwanami, 1988)). En ce qui touche à la clause « unilatérale » et « illimitée » de la nation la plus favorisée, v. Sh. Murase, « The Most-Favored-Nation Treatment in Japan's Treaty Practice During the Period 1854-1905 », *AJIL*, 1976, vol. 70, p. 275 et 278. Comp. M.R. Auslin, *Negotiating with Imperialism – The Unequal Treaties and the Culture of Japanese Diplomacy*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, p. 28.

la Chine⁵. Dans un troisième temps, il s'agissait de compter parmi les grandes puissances et d'éloigner définitivement l'influence occidentale en Asie. Pour atteindre ces buts, les Japonais décidèrent de développer au plus vite les armes devant lesquelles ils avaient succombé et ils identifièrent avec une grande acuité à côté du matériel militaire proprement dit et du développement de l'industrialisation, le Droit parmi les sources de la puissance occidentale.

Il est difficile de déterminer ce qui a pu motiver le jeune Empereur Meiji et les dirigeants japonais qui s'imposèrent aux Tokugawa finissants. Essayèrent-ils simplement d'éviter que leur État se voit apposé l'étiquette de semi-civilisé, ou pire celle de barbare ou de sauvage ? L'occidentalisation dans laquelle ils se lancèrent visait-elle à acquérir une forme de puissance qui les attirait sincèrement ? Estimaient-ils véritablement juste la hiérarchie moderne des valeurs qui fait justement de la puissance et du confort matériels des critères décisifs de supériorité, à l'inverse du bouddhisme, du confucianisme ou d'ailleurs du christianisme ? Toujours est-il que sur la base de ce qu'ils considéraient comme un *modèle*, ils bouleversèrent la société japonaise pour le meilleur – abolition officielle des castes, généralisation de l'enseignement... – comme pour le pire – destruction de traditions culturelles et artisanales, de cultures agricoles entières, etc. Sur le plan des relations internationales, il fut mis immédiatement fin à la très large indépendance prise par le Japon sous l'ère des Tokugawa (1603-1867), période souvent qualifiée de manière simpliste de « fermeture », mais qui fût marquée, outre par un développement des arts, des lettres, de l'administration et de l'enseignement⁶, par une grande stabilité en interne et par une paix externe de deux siècles et demi, qui tranchaient

5. En effet, la clause « unilatérale » de la nation la plus favorisée qu'on trouve dans le traité de paix et d'amitié de 1854 entre le Japon et les États-Unis d'Amérique fût suggérée par l'interprète du commodore Perry, le Dr. S. W. Williams, qui avait servi en tant qu'interprète lors de la négociation du traité Wanghia avec la Chine en 1844. V. Sh. Murase, « The Most-Favored-Nation Treatment », *op. cit.*, 1976, p. 274.

6. V. par ex. Y. Onuma, « Le « Droit international japonais » d'avant-guerre : perspectives sur l'enseignement et la recherche en droit international dans le Japon d'avant-guerre », et « L'égalité raciale, un idéal inatteignable ? La vision japonaise du droit international à la lumière de la proposition d'insérer une clause d'égalité raciale dans le Pacte de la Société des Nations », in *Le droit international et le*

avec l'instabilité et les guerres incessantes des périodes antérieures... et qui allaient le faire avec les périodes postérieures !

À partir de l'ère *Meiji*, qui débute le 25 janvier 1868, le Japon s'inspira des règles des Occidentaux pour élaborer les siennes propres. Puis, à partir de 1945, il opta pour ou se vit imposer des règles internes calquées sur celles des États-Unis. Ainsi, le système constitutionnel japonais fut largement tiré du Droit prussien en 1889, et la Constitution actuelle du Japon fut rédigée par un collectif réuni à la hâte par le général Mac Arthur en 1946. Un Code civil japonais inspiré du Code napoléonien vit le jour – sans entrer en vigueur – en 1870 et il fut suivi d'un second Code, influencé cette fois par le *BGB* allemand en 1898. Le Code pénal japonais de 1882 tira une grande partie de ses dispositions de son homologue français, avant d'être révisé sur la base du Droit allemand en 1908. De même, les codes de procédure civile de 1891 et 1929 furent influencés par les règles allemandes, mais ce sont des lois de 1880 et 1890 inspirées de lois françaises qui régissent la procédure pénale, avant que, là encore, des règles inspirées par le Droit allemand les remplacent en 1922. Enfin, le Droit de la faillite s'inspirait du Droit allemand, avant d'être remplacé en 1952 par un *corpus* influencé par le Droit des États-Unis. C'est donc peu dire que les Japonais ont quelque connaissance du Droit comparé : le Droit japonais moderne tout entier a été édifié sur la base de la comparaison, de la sélection et de l'adaptation de règles d'origine occidentale, en particulier française, puis allemande et enfin états-unienne.

Il est moins connu mais tout aussi important que l'occidentalisation du Japon durant l'ère *Meiji* se fit également à travers l'étude et l'utilisation des règles, notions et représentations du Droit des gens par le gouvernement japonais. Afin de pouvoir mobiliser ce Droit des gens dans les relations avec les puissances occidentales, les autorités japonaises organisèrent rapidement la traduction d'ouvrages occidentaux ainsi que l'enseignement et la recherche nippones dans ce domaine⁷. En témoigne par exemple en

Japon – Une vision trans-civilisationnelle du monde, préf. de M. Delmas-Marty, prés. de F. Mégret, Paris, Pedone, coll. « Doctrine(s) », 2016, p. 271 et p. 344.

7. A ce sujet, v. spéc. le dossier « The Role of Prominent Jurists in Japan's Engagement with International Law, 1853-1945 » du *Japanese Yearbook of International Law*, 2013, vol. 56, p. 1-163 et 2014, vol. 57, p. 102-162. V. également par ex. Y. Matsui, « Modern Japan, War and International Law », H. Owada, « Japan,

1897, soit vingt-cinq ans après la création de l'Institut de Droit international mais presque dix ans avant celle de l'*American Society of International Law*, l'établissement d'une Société japonaise de Droit international sous la houlette ministérielle. Apparaît également emblématique de cette influence l'embauche de spécialistes étrangers par les autorités japonaises. En effet, à l'instar de l'invitation du professeur allemand Roesler pour réfléchir à un code japonais de commerce et du professeur français Gustave Emile Boissonade de Fontarabie (d'ailleurs lui-même comparatiste⁸) pour aider à l'élaboration des codes civil, pénal et de procédure pénale⁹, les dirigeants japonais recrutèrent des fonctionnaires et des universitaires étrangers pour retourner le « Droit public de l'Europe » contre les Européens et par la suite contre les voisins du Japon. Il en alla ainsi d'un ancien membre du Département d'État états-unien, Erasmus Peshine Smith, qui joua un rôle crucial dans l'affaire de la *Maria Luz* – affaire dont la résolution par le Japon symbolisa à l'époque son affirmation comme puissance égale et souveraine sur la scène internationale en même temps qu'elle montra l'intérêt, pour les États non-occidentaux, de se défendre en reprenant à leur compte les règles et concepts du Droit des gens¹⁰. Le Japon recruta

International Law and International Community » et R. Prakash Anand, « Japan and International Law in Historical Perspective », in *Japan and International Law – Past, Present and Future, International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law* édité par Ando Nisuke (The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, coll. « International Law in Japanese Perspective », 1999, p. 7-28, p. 347-378 et p. 389-398.

8. V. par ex. à ce sujet J.-L. Souriou, « La pensée juridique de G. Boissonade : aspects de droit civil », *RIDC*, 1991, vol. 43, n° 2, p. 358-359 §6 et p. 363 §15.

9. Sur ce point, v. not. Y. Noda, « La réception du droit français au Japon », *RIDC*, 1963, vol. 15, n° 3, p. 543-556 (repr. in Centre français de droit comparé – Société de législation comparée, *Études de droit japonais*, préf. de J. Robert et X. Blanc-Jouvan, Paris, 1989) et Y. Noda, « Gustave Boissonade, comparatiste ignoré », *Problèmes contemporains de droit comparé*, Tokyo, Institut japonais de droit comparé, 1962, t. II, p. 235 et s.

10. Selon la sentence (SA (Tsar de Russie), 17-19 mai 1875, *Japon c. Pérou*), « [l]e gouvernement japonais n'est pas responsable des conséquences produites par l'arrêt du vaisseau péruvien « Maria Luz » dans le port de Kanagawa » (H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale – Histoire documentaire des arbitrages internationaux 1794-1900*, Berne, Stämpfli & Cie, 1997, p. 199). En l'espèce, le Japon avait, malgré l'opposition de tous les États européens à l'exception du

également le britannique Thomas Baty qui se chargea plus tard de justifier l'invasion de la Mandchourie, en avançant notamment que celle-ci ne constituait pas un État unifié et stable, de sorte que le Japon était libre de « soutenir » une partie revendiquant le pouvoir sur la Mandchourie¹¹.

Mettant en actes ses discours relatifs au Droit des gens de l'époque, le Japon mit un point d'honneur, non pas évidemment à s'abstenir de recourir à la force, mais dans un premier temps à respecter les règles du *jus in bello* dans ses combats, ou du moins à prétendre le faire. Ce sera

Royaume-Uni, décidé de libérer et de rapatrier des *coolies* (ici des travailleurs agricoles chinois), retenus comme esclaves sur un navire péruvien qui avait quitté Macao avec l'autorisation des autorités portugaises mais s'était réfugié dans un port japonais en raison du mauvais temps. Certes, le tribunal de Kanagawa qui se reconnût compétent affirma, le 27 septembre 1872, que le *Droit public japonais* interdisait l'esclavage et que la *lex fori* s'imposait à la *lex loci contractus*. Mais il soutint également que cette interdiction résultait du *Droit des gens*, une affirmation que la sentence arbitrale s'abstient d'ailleurs notablement de confirmer. La lettre envoyée le 21 août 1872 par le gouvernement japonais au consul portugais insiste également sur le fait que le Japon n'a fait qu'user d'une compétence territoriale que le Droit des gens lui reconnaît. Nonobstant le fond de l'affaire, on peut remarquer que la sentence a été rendue une dizaine de jours après un accord entre le Japon et la Russie sur l'île de Sakhaline et les îles Kouriles (la première revenant à la Russie et les secondes au Japon), ce qui pousse à s'interroger sur l'impartialité du Tsar à l'origine de la sentence... Sur cette décision, v. not. M. Yanagihara, « Significance of the History of Law of Nations in Europe and East Asia », *RCADI*, 2014, vol. 371, p. 384-387 et plus anciennement, J.-P. Niboyet, « Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflit des lois », *RCADI*, 1932, vol. 40, p. 186-189 §§34-37. Sur le contexte, v. p. e. S.J. Crawford, « The *Maria Luz* Affair : A Study of Late Nineteenth Century Japanese Diplomatic Relations », *The Historian*, 2007, vol. 46, n° 4, p. 583-596.

11. V. A. Carty, « Thomas Baty: An International Lawyer as Public Intellectual between Imperial Japan and the Republic of China », *Japanese Yearbook of International Law*, 2013, vol. 56, p. 70-94, spéc. p. 83 et s. Cf., de Thomas Baty lui-même, « The Suppression of War », *Quarterly Review*, 1929, vol. 253, p. 177-199 ; « The League and the Organization of Peace », *Contemporary Japan*, 1933-1934, vol. 2, p. 10-18 ; « Can an Anarchy Be a State ? », *AJIL*, 1934, vol. 28, n° 3, p. 444-455. Pour la position chinoise, évidemment opposée et plus convaincante, v. par ex. V. K. Wellington Koo, *Exposé de l'opinion du Gouvernement Chinois sur le rapport de la Commission d'étude de la Société des Nations*, Genève, 1932, 52 p., spéc. p. 1 et ss.

en particulier le cas dans le cadre de sa guerre avec la Chine (1894-1895) et lors de sa participation à la répression de la révolte des Boxers (1900-1901) où son armée refusera de participer aux massacres, tortures et viols de masse commis en représailles par l'armée allemande sur la population chinoise. Dans les années suivantes, l'armée japonaise aurait également respecté de bonne foi les règles du Droit des gens lors de sa confrontation avec la Russie (1904-1905). Les universitaires japonais insistèrent sur ce point, de manière à manifester l'appartenance du peuple japonais à la « civilisation »¹².

Les choses allaient cependant vite changer. Et elles allaient paradoxalement le faire, une nouvelle fois, sous l'effet de l'importation au Japon du Droit des gens interprété à la mode occidentale de l'époque. Avec ce Droit en effet, des représentations inégalitaires se disséminèrent tandis que furent tolérée, voire encouragée la manipulation des principes juridiques.

B. La tentative japonaise d'occidentaliser l'Asie : une résultante de l'appropriation par le Japon du Droit des gens « occidental »

Au Japon, le Droit des gens fut principalement découvert à travers deux canaux : d'un côté à travers les « représailles armées » exercées contre l'archipel au motif qu'il refusait de « s'ouvrir », et à travers les traités inégaux qui lui furent imposés, et d'un autre côté à travers le manuel d'Henry Wheaton, traduit en chinois par le missionnaire chrétien Martin¹³ en 1864

12. V. en particulier deux ouvrages du Dr. Nagao Ariga, qui eurent un important retentissement : *La guerre Sino-Japonaise au point de vue du droit international*, préf. de P. Fauchille, Paris, Pedone, 1896, XIII-310 p. et *La guerre Russo-Japonaise au point de vue continental et le droit international (d'après les documents officiels du grand état-major japonais)*, préf. de P. Fauchille, Paris, Pedone, 1908, X-587 p. Sur cette question, v. not. D. Howland, « Japan's Civilized War : International Law as Diplomacy in the Sino-Japanese War (1894-1895) », *Journal of the History of International Law – Revue d'histoire du droit international*, 2007, vol. 9, n° 2, p. 179-201.

13. Sur le rôle de ce manuel en Asie, v. le *Handbook of the History of International Law*, op. cit., 2012, p. 1132-1135 et surtout H.-Ch. Lam, « Learning the New Law – Envisioning the new World : Meiji Japan's Reading of Henry Wheaton », *Japanese Yearbook of International Law*, 2013, vol. 56, p. 4-36. W. A. P. Martin a aussi été responsable de la traduction en chinois des manuels de T.D. Woolsey,

sous le nom de *Wanguo Gongfa* et dont des extraits furent introduits au Japon dès 1865, donnant immédiatement lieu à de multiples interprétations et débats sur le *bankoku kōhō* (le Droit international)¹⁴. À propos du second canal, il est notable que la légation états-unienne à Pékin préféra la traduction de ces *Elements of International Law : With a Sketch of the History of the Science* de Wheaton à une transcription du fameux manuel d'Emer de Vattel, également envisagé par Martin mais officiellement jugé trop peu « moderne » par les États-Unis¹⁵. L'argument de l'insuffisante « modernité » dissimulait surtout le fait que le Droit des gens d'Emer de Vattel, encore lié au Droit naturel, était fondamentalement universaliste et égalitaire, alors que la conception moderne, historiciste et progressiste du Droit des gens retenue par Henry Wheaton, et son orientation ouvertement pro-États-Unis, justifiaient au bout du compte le colonialisme et l'impérialisme des États « chrétiens » et « civilisés »¹⁶.

Plus largement, à la fin du XIX^e siècle, le Droit des gens était façonné par et pour les seuls Occidentaux ou pour les seuls Chrétiens¹⁷. En revanche,

J.C. Bluntschli, et W.E. Hall et des guides diplomatiques de l'Institut de Droit international et de Karl Freiherr von Martens.

14. V.S. Kawashima, « China », in B. Fassbender et A. Peters (Eds.), *Handbook of the History of International Law*, Oxford, Oxford UP, 2012, p. 451-474. Certains choix de traduction ont été discutés avec, semble-t-il, de bonnes raisons. V. spéc.

D. Blacker, *The Japanese Enlightenment : A Study in the Writings of Fukuzawa Yukichi*, Cambridge, University Press, 1964, p. 105.

15. V. L.H. Liu, *The Clash of Empires, op. cit.*, 2004, p. 108-109.

16. *Ibid.*, p. 116-117. Cf. préface (en langue anglaise) du traducteur W.A.P. Martin à *Wanguo gongfa (Public law of all nations, a translation of Elements of International Law)*, Beijing, Tongwen guan, 1864, p. 3.

17. Sur le « concert », la « communauté » ou même la « famille des nations » comme justification du découpage moderne du monde en entités politiques auxquelles les règles internationales et spécialement celle de l'égalité souveraineté doivent s'appliquer, et celles auxquelles elles ne le doivent pas, v. par ex. récemment H. Kleinschmidt, « The Family of Nations as an Element of the Ideology of Colonialism », *Journal of the History of International Law – Revue d'histoire du droit international*, 2016, vol. 18, n° 2, p. 278-316. Plus spéc. sur le lien du Japon avec ce découpage, v. R.P. Anand, « Family of “Civilized” States and Japan: A Story of Humiliation, Assimilation, Defiance and Confrontation », *Journal of the History of International Law – Revue d'histoire du droit international*, 2003, vol. 5, n° 1, p. 1-75.

il était perçu par les dirigeants et les universitaires occidentaux comme un outil de civilisation du monde. En 1873, les membres de l'Institut du Droit international se percevaient comme « la conscience juridique du monde *civilisé* » plutôt que comme les interprètes des règles choisies par la plupart des dirigeants politiques du monde, ou comme des critiques des accords conclus entre un petit nombre de dirigeants étatiques. Ainsi que l'a notamment montré Martti Koskenniemi, les universitaires « internationalistes » de cette époque acceptaient tous la colonisation et disaient globalement la voir – en particulier lorsqu'elle provenait de leur propre pays – comme positive pour les peuples colonisés, quand bien même ils dénonçaient par ailleurs les atrocités commises dans son cadre (en particulier dans le Congo du roi Léopold II)¹⁸.

Dès les débuts de l'ère *Meiji* mais plus encore à partir des années 1900-1910 où il fut reconnu comme une grande puissance du fait de ses victoires militaires contre la Russie et ensuite contre l'Allemagne, le Japon se comprit à travers cette représentation historiciste, progressiste et discriminatoire du monde, qui découpe ce dernier en nations civilisées, barbares et sauvages¹⁹. D'emblée, il perçut son projet politique d'autonomisation puis de conquête comme un projet de civilisation et de modernisation de lui-même et des autres. Analysant les caractéristiques du discours des principaux journaux du Japon à l'égard de la Chine de 1895 à 1904, le spécialiste du Japon Urs Matthias Zachmann note par exemple que, dans l'ensemble, les Japonais pensaient alors que le Japon devenait de plus en plus une « *nation « civilisée » semblable aux nations occidentales* », qu'il apparaissait comme « *un nouvel État-clef* » à « *l'avant-garde de la civilisation en Asie orientale ou comme la seule nation civilisée en Asie orientale*²⁰ », alors que le géant chinois était sur le déclin et devenait un « pouvoir sans pouvoir ». Les termes les plus employés

18. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations – The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, coll. « Hersch Lauterpacht Memorial Lectures », 2009 [1^{re} éd. : 2001], chap. 1, p. 11-97, spéc. p. 41.

19. V. par ex. Y. Onuma, « L'égalité raciale, un idéal inatteignable ? », *op. cit.*, 2016, p. 347.

20. U. M. Zachmann, *China and Japan in the late Meiji Period – China Policy and the Japanese Discourse on National Identity 1895-1904*, London, New York, Routledge, 2009, respectivement p. 153, p. 1 et p. 4.

par le Japon pour décrire les relations sino-japonaises mais également pour s'auto-définir à partir de cette relation, étaient alors « civilisation », « race », « Droit des gens », « occidental » et « occidentalisation ». En revanche, il n'était encore pratiquement jamais question de « pan-asianisme », l'idée qu'il puisse exister quelque chose comme « l'Asie » étant alors neuve et importée d'Occident²¹. Tout juste existait-il une réticence générale à l'égard de la proposition minoritaire d'une alliance politique forte avec la Chine, sur la base de la proximité géographique et d'une unité de la « race jaune ».

Un libéral influent comme Yukichi Fukuzawa menait à son terme la logique de l'antinomie barbare/civilisé – la « *symphonie du nouveau monde* » – et invitait le Japon à « *laisser tomber l'Asie* », à « *refuser l'amitié néfaste* » de la Corée et de la Chine, ces « *pays incapables de se civiliser* » qui « *seront morts dans quelques années* » et dont le « *territoire sera partagé entre les grandes puissances*²² ». Dès le début des années 1880, il affirma que « *[s]'il devait y avoir une guerre entre le Japon et l'empire des Qing et que le Japon la gagne, [le Japon] serait, et pour longtemps, à la tête de l'Asie orientale* » ; de même, les Japonais « *d[evaient] considérer les relations qu[ils devaient] entretenir avec la Corée comme celles que l'Amérique eut autrefois avec [le Japon]*²³ ». Un glissement s'effectua cependant dès cette époque, qui fut également une période où le darwinisme social se répandit. On put lire par exemple sous la plume de Kanzô Uchimura qu'une victoire du Japon sur la Chine était « *nécessaire, pour le plus grand profit de l'humanité, pour le progrès du monde*²⁴ ». Dans le même sens, la défaite de la Russie face au Japon fût perçue dans l'archipel comme le résultat du caractère civilisé du Japon face à une Russie en stagnation²⁵ : « (...) le Japon [avait] appri[s] la leçon selon laquelle la conquête d'autres territoires caractérisait pour partie ce qu'on appelait une "nation civilisée" »²⁶.

21. V. P.-F. Souyri, *Moderne sans être occidentale – Aux origines du Japon d'aujourd'hui*, Paris, Gallimard, NRF, coll. « Bibliothèque des histoires », 2016, p. 228.

22. Ces mots sont tirés d'un éditorial non-signé et publié en 1885, dont on suppose que Fukuzawa était l'auteur. V. *Ibid.*, p. 230-231.

23. *Ibid.*, p. 231.

24. *Ibid.*, p. 251.

25. Y. Onuma, « L'égalité raciale », *op. cit.*, 2016, p. 350.

26. J. Van Dyke, « The Introduction of Western International Law into Japan », in Seokwoo Lee, Hee Eun Lee (Eds.), *Northeast Asian Perspectives on International*

Cette réorientation de la pensée japonaise sous l'influence occidentale se retrouve dans la doctrine juridique. Le grand penseur et historien du Droit international Yasuaki Onuma a en effet montré que ses caractéristiques, de cette époque et jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, sont le pragmatisme, l'étatisme, la passivité et une perspective euro-centrée au sens de « civiliso-centrée » ou progressiste²⁷. Par passivité, Yasuaki Onuma veut dire qu'aux yeux de ces universitaires nippons, il n'était pas question de remettre en cause les fondamentaux du Droit en vigueur, mais seulement de les utiliser afin de hisser l'État japonais à un rang supérieur au regard du Droit des gens d'origine occidentale. La doctrine japonaise était aussi passive en ce sens qu'elle n'adoptait pas un contenu original ou une méthode distincte de celle des auteurs occidentaux, mais restait largement identique aux principales doctrines internationalistes européennes d'avant la Première Guerre mondiale.

Ce n'est cependant pas tellement l'idée d'une hiérarchie entre les peuples qui est caractéristique de l'influence occidentale sur la pensée internationaliste japonaise. Dès avant l'ère *Meiji*, les Confucéens comme les tenants du *Kokugaku* (critiques à l'égard du Confucianisme) adoptaient une vision inégalitaire des relations entre peuples. D'ailleurs, jusqu'en 1854, « *le Japon a toujours été un membre à part entière du système tributaire sino-centrique* », même s'il estimait par ailleurs être l'égal de la Chine et que les monarchies coréennes, étant tributaires de la Chine, devaient également lui être subordonnées (ce que refusait la Corée)²⁸. Ce qui changea sous l'influence occidentale fut l'adoption d'un nouveau critère de hiérarchisation. Furent en effet considérés supérieurs, non plus les peuples aux mœurs raffinés et à la société organisée de manière harmonieuse (ce qui était *grosso modo* le critère confucéen), mais les peuples capables d'organiser fortement et de maîtriser techniquement la nature (y compris la nature des hommes), de manière à acquérir une grande puissance militaire et un grand confort matériel. Le slogan des débuts de l'ère *Meiji*, « enrichir

Law – Contemporary Issues and Challenges, Leiden-Boston, Nijhoff, 2013, p. 108 (notre trad.). Cf. R.P. Anand, *op. cit.*, pp. 25-27.

27. Y. Onuma, « Le « Droit international japonais » d'avant-guerre », et « L'égalité raciale », *op. cit.*, 2016, respectivement p. 267-296 et p. 347 et s.

28. Y. Onuma, « Le « Droit international japonais » d'avant-guerre », *op. cit.*, 2016, respectivement p. 272, 268 et 269 et s.

le pays, fortifier l'armée » (*Fukoku kyōhei*) montre d'ailleurs combien les valeurs suprêmes de la pensée moderne, la richesse et la puissance physique, furent récupérées par le Japon.

Par mimétisme, mais aussi souvent de manière parfaitement consciente, les dirigeants et universitaires japonais adoptèrent non seulement les théories stadiales et les hiérarchies raciales sous-tendant le Droit des gens « occidental » de l'époque, mais encore l'usage différencié de ce Droit par le colonisateur. Comme lui en effet, les Japonais employèrent le « Droit des gens » selon un double standard, l'un pour l'Occident, l'autre pour l'Orient²⁹ : à l'égard de l'Occident, la maîtrise du vocabulaire et des règles propres au Droit des gens devait permettre au Japon d'exiger une reconnaissance comme puissance égale, voire comme grande puissance ; à l'égard de ses voisins asiatique, elle devait servir comme moyen de soumettre et de justifier la soumission de peuples dotés de capacités militaires et de moyens techniques moins efficaces.

Historiquement, ces deux politiques nippones allèrent de pair : l'invoication par le Japon du Droit des gens, son usage mimétique de la force et de la rhétorique de la civilisation pour étendre ses intérêts en Chine et en Corée, et la poursuite de son objectif diplomatique principal qui était la révision des traités inégaux ont formé un tout indissociable. « *La Corée, plus à l'écart des grandes routes commerciales de l'époque [que le Japon et la Chine], s'ouvrit au monde en 1876, non pas sous la pression occidentale mais sous la pression japonaise*³⁰ ». « *Vingt ans après Perry, le Japon employait à son tour la diplomatie de la canonnière, avec la bénédiction des Européens qui se félicitèrent de l'ouverture de la péninsule à peu de frais* ». Les clauses du traité qui fut conclu, pour une grande part calquées sur les dispositions de ceux signés par les États occidentaux avec les États asiatiques et le Japon lui-même, « *favorisaient tellement les commerçant japonais qu'en juillet*

29. C. Reeves, « Sovereignty and the Chinese Red Cross Society : The Differentiated Practice of International Law in Shandong, 1914-1916 », *Journal of the History of International Law – Revue d'histoire du droit international*, 2011, vol. 13, n° 1, p. 155.

30. P.-F. Souyri, *op. cit.*, 2016, p. 225. Le Japon fut en effet le premier à imposer à la Corée un traité inégal dit « d'amitié et de commerce » en 1876. Il fut suivi par les États-Unis d'Amérique (1876), la Grande-Bretagne (1883), l'Allemagne (1883), l'Italie (1884), la Russie (1884), la France (1886), etc.

1882, des émeutes anti-japonaises éclatèrent en Corée³¹ ». Certains réformistes coréens de l'époque se montrèrent néanmoins favorables à l'influence du Japon en Corée et les Japonais souhaitant l'extension nippone en Corée s'appuyèrent logiquement sur eux³², à l'image de l'attitude des Européens dans différents pays de la zone.

Le Japon obtint pour la première fois l'abandon de l'extraterritorialité de la part d'un État européen lors de la conclusion, le 16 juillet 1894, d'un accord de commerce et de navigation avec l'Angleterre. « *Ce traité qui mit fin aux traités inégaux fut suivi rapidement en 1894-1895 de la signature avec quatorze autres pays européens et américains. La guerre que menait alors le Japon contre la Chine fut défendue par des intellectuels tels que Fukuzawa Yukichi, qui la présentait comme un combat de la civilisation contre la barbarie. (...) Le traité de Shimonoseki (Shimonoseki jōyaku) conclut la guerre le 17 avril 1895. Le Japon appliqua les mêmes méthodes qui avaient cours en Europe : il demanda la reconnaissance chinoise de l'annexion de Taïwan, de la péninsule du Liaodong, et une indemnité extrêmement lourde*³³ ». C'est également avec des arguments qui auraient pu être ceux d'un Occidental, qu'un journaliste comme Kuga Katsunan justifia les termes particulièrement durs du traité mettant fin à la guerre sino-japonaise.

Bien entendu, le Japon s'appropriera aussi l'hypocrisie des colons, concluant des « traités d'amitié » sous la contrainte militaire – à l'instar du traité de paix et d'amitié conclu entre les États-Unis et le Japon en 1854 – et plus généralement proclamant des règles sans les respecter, ou les manipulant à l'envi afin qu'elles épousent systématiquement leurs intérêts. De la même manière qu'en Occident d'ailleurs, les modifications et manipulations du Droit des gens par le Japon furent validées et renforcées par une doctrine ultra-majoritaire empreinte de positivisme, de volontarisme et d'historicisme. L'un des plus grands paradoxes du colonialisme japonais, comme du colonialisme européen, fut d'être mené au nom d'un Droit des gens dont le centre était censé être la souveraineté des peuples et donc des États. En pratique, le principe était vidé de son

31. *Ibid.*, p. 225-226.

32. *Ibid.*, p. 226-227.

33. E. Dufourmont, *Histoire politique du Japon (1853-2011)*, Presses universitaires de Bordeaux, coll. « Parcours universitaire – Histoire », 2014, 2^e éd., p. 117.

sens du fait que, dans les relations avec les États non-occidentaux, ce centre était remplacé par la théorie des stades de civilisation ou de développement. Toutefois, le principe de l'égalité souveraineté influença, sur le plan des discours, la manière dont le Japon utilisa les techniques du Droit des gens en Asie. Ainsi, quand il essaya de rompre le système tributaire sino-centré de l'Asie orientale pour le remplacer par un système organisé autour de lui ou d'une culture commune qui n'était *in fine* que la sienne, sa justification tenait officiellement au souci d'établir un système d'États indépendants et égaux, et en particulier de soustraire la Corée à la tutelle de la Chine. Il y avait évidemment un paradoxe à intervenir en Corée sur la base de ce motif et d'un traité conclu en 1904 garantissant l'indépendance coréenne. Il ne s'agissait cependant plus de paradoxe mais clairement d'hypocrisie lorsqu'en 1907, le Japon imposa à la Corée un traité par lequel, via une clause secrète, il prenait le contrôle de l'armée, de la justice et de la police coréennes, puis en 1910, un nouveau traité qui, sobrement intitulé traité d'union nippon-coréenne (*nichikan gappei jôyaku*) n'était autre qu'un traité d'annexion. Une certaine ambivalence était également perceptible dans le soutien du Japon impérial à certains mouvements nationalistes asiatiques extérieurs (Thaïlande) et surtout internes (Birmanie, Philippines) aux zones qu'il contrôlait. Enfin, était également frappée de paradoxe l'expansion japonaise menée au nom du rempart qu'il devait constituer contre l'impérialisme des « blancs ».

Bien qu'il soit impossible de fournir ici une chronologie détaillée des évolutions de la politique extérieure japonaise et qu'il serait tout à fait réducteur d'en imputer l'entière responsabilité à la pression occidentale (ou *gaiatsu*)³⁴, il semble possible de distinguer deux attitudes du Japon à l'égard du Droit des gens d'origine occidentale. Dans un premier temps, le pays s'efforça de paraître à la fois puissant et civilisé aux États occidentaux,

34. La *gaiatsu* est une notion qu'on peut approximativement rendre par « pression extérieure ». Essentielle dans l'auto-compréhension de sa politique et de sa situation géopolitique par le Japon, cette notion a pour illustration archétypale les fameux « bateaux noirs » du commodore Perry. V. not. K. Postel-Vinay, « Du bon usage de l'étranger – Le rôle de “la pression étrangère” au Japon », in J.-M. Bouissou, *L'envers du consensus – Les conflits et leur gestion dans le Japon contemporain*, Paris, Presses de Sciences Po, 1997 p. 189-202.

ce qui le mena à étendre et à renforcer son influence en Asie orientale sans heurter directement leurs intérêts. Dans son rapport au Droit des gens, ce positionnement se traduit par un recours aux représailles armées (emploi de la force sans déclaration de guerre, comme dans le conflit russo-japonais dans la nuit du 7 au 8 février 1904) et aux traités inégaux, mais aussi par le souci de respecter le *jus in bello* et de le montrer. Dans un second temps, qu'on peut faire symboliquement débiter à 1919 mais qui prit toute son importance à partir de l'incident de Mandchourie en 1931, le Japon estima que le rapport de force en Asie lui était suffisamment favorable pour n'avoir plus à démontrer qu'il était civilisé et ainsi éviter la colonisation. Du point de vue du Droit des gens, cela se traduit par la persistance du recours à la force par surprise (comme dans l'attaque de Pearl Harbor du 7 décembre 1941) mais aussi par la violation massive des règles de base du Droit humanitaire³⁵. Il nous semble clair qu'un facteur clef de l'explication du passage d'une phase à une autre fut la sortie d'un état où le Japon cherchait l'approbation et la reconnaissance des Occidentaux, et l'entrée dans un état où il s'estima assez puissant pour les défier, du moins dans sa « zone d'influence ». C'est dans cette seconde phase qu'il établit en interne un régime fanatique, totalitaire et militaire comparable à l'Allemagne nazie ou à l'idéal fasciste italien, et qu'il commit en externe dans une « sphère de coprosperité » semblable à « l'espace vital » de l'Allemagne, des exactions comparables en ampleur et en immoralité à celles de son *alter ego* européen.

Comme on l'a vu, le Japon s'abstint en 1900 de prendre part aux campagnes allemandes de répression délibérément excessives et cruelles lors de la réponse des huit nations à la révolte des Boxers en Chine. Cependant, l'Allemagne justifia cette campagne proprement « terroriste » au nom de ce même Droit des gens. Selon Guillaume II en effet, il s'agissait de terroriser les Chinois – plus précisément de laisser en Chine un

35. La différence entre ces deux phases ressort également dans celle qui sépare les édits déclarant de manière assez classique les guerres sino-japonaise et russo-japonaise et l'édit déclarant la « guerre de la Grande Asie orientale » (1931-1945). Dans cette dernière déclaration en effet, il est dit que le Japon « briserait tout obstacle », étant entendu qu'au regard du contexte, le Droit des gens était compris comme un obstacle. V. l'analyse de Yoshimi Takeuchi citée dans Y. Onuma, « L'égalité raciale », *op. cit.*, 2016, p. 390, note 91.

souvenir aussi effrayant que les Huns en Europe³⁶ – pour réprimer les atteintes aux immunités diplomatiques et prévenir de nouveaux manquements au traitement des étrangers. Si l'on songe que, du moins à notre connaissance³⁷, les exactions allemandes ne furent guère dénoncées en Occident, on imagine aisément que l'attitude consistant à se livrer à des actes de barbarie au nom du Droit des gens ou de l'Humanité ou des progrès de la Civilisation³⁸ ait pu influencer les Japonais par la suite, surtout dans la même région. Il n'y a en effet aucune raison pour que les transferts de rhétorique juridique couvrant les crimes ne suivent pas ceux des techniques de combat ou de terreur, dont d'aucuns ont constaté l'existence à cette époque. Par exemple, le premier usage massif de gaz de chlore par l'armée allemande à Ypres en 1915 fut suivi de la commande d'une étude sur les méthodes de production de gaz par l'armée impériale japonaise en 1917³⁹. Cette étude constitua le premier pas du Japon vers l'emploi d'armes biologiques, notamment sous l'impulsion de Chikahiko Koizumi. On sait aujourd'hui combien l'usage d'armes bactériologiques fit de morts et de souffrances durables dans les territoires occupés par l'armée japonaise, en particulier lorsqu'elle quitta la Chine après y avoir laissé des germes d'anthrax, de choléra et de peste qui firent autour de 400 000 morts.

Sur la base de ce type de précédents, on ne peut s'empêcher de penser que le comparatisme en Droit, comme dans d'autres domaines, doit être

36. Guillaume II aurait même envisagé de détruire Pékin. V. I. C.Y. Hsu, « Late Ch'ing Foreign Relations, 1866-1905 », in D. Twitchett, J.K. Fairbank (Eds.), *The Cambridge History of China – vol. 11 – Late Ch'ing, 1800-1911, Part. 2*, London-New-York-etc., Cambridge UP, 1980, p. 126.

37. Bien que ce triste épisode soit mentionné un peu partout dans les travaux consacrés à l'histoire de la Chine, du Japon ou de leurs relations avec l'Occident, il est difficile – peut-être en raison de l'absence de sources primaires écrites – de trouver plus de trois lignes à son sujet.

38. Sur le rôle des notions de « civilisation » et de « standard de civilisation » dans la justification de l'expansion coloniale, v. par ex. B. Bowden, « The Colonial Origins of International Law – European Expansion and the Classical Standard of Civilization », *Journal of the History of International Law – Revue d'histoire du droit international*, 2005, vol. 7, n° 1, p. 1-23.

39. V. A. Doglia, *L'arme biologique japonaise, 1880-2010 – Réalités historiques et anatomie de la mémoire*, Bern-Berlin-etc., Peter Lang, 2016, p. 30-31.

compris comme une manière d'évaluer les règles et les pratiques en en faisant ressortir les qualités et les défauts avant de décider quoi que ce soit. Apparaissent en revanche moins convaincants au regard de ces épisodes de l'histoire japonaise, les projets malheureusement plus courants de multiplier les transferts de notions et de représentations juridiques parce qu'on pense ces transferts bons en eux-mêmes, ou d'établir une seule réglementation applicable au monde entier ou à d'immenses régions. Le potentiel impérialiste de ces projets et de l'emploi du Droit comparé en vue de leur mise en œuvre semble en effet attesté par une interprétation raisonnable de l'histoire du Japon et de la colonisation. Quoi qu'il en soit, il semble qu'il y ait là deux potentialités fondamentales du Droit comparé, que les Occidentaux et le Japon ont tous deux exploitées largement.

II. La problématique « occidentale » du Droit comparé : démocratie ou autoritarisme ?

La rencontre et les divergences de ces deux tendances – vers la philosophie et la démocratie, ou vers l'impérialisme et l'autoritarisme – propres à l'activité du juriste comparatiste peuvent peut-être faire l'objet d'une systématisation. Nous nous efforcerons d'en proposer une à travers l'examen de trois objets : la relative réussite du Japon à être considéré comme un égal du fait de son élaboration autonome d'un Droit « à l'occidentale » (A), le débat sur l'origine de l'étude comparée des institutions politiques et des règles juridiques en Occident (B) et enfin les questions que suscitent certains de ses usages contemporains, en particulier en Europe (C).

A. De l'usage du Droit comparé par le Japon comme facteur de reconnaissance par l'Occident

Le Japon dispose d'un statut particulier en Occident : on le dit volontiers « *moderne sans être occidental*⁴⁰ », ou occidental tout en étant situé en Orient. Non seulement depuis 1945 et plus encore depuis le miracle économique japonais des années 1960-1970, mais en vérité dès 1919 et même avant, le Japon fut considéré par les Occidentaux comme un cas à part. Sa victoire sur la Russie en 1904-1905 eût un grand retentissement

40. V. P.-F. Souyri, *Moderne sans être occidental*, op. cit., 2016, 490 p.

puisque, pour la première fois, une guerre importante était gagnée par un État « jaune » de petite taille, contre un gigantesque État « blanc ». Cette victoire, combinée à la révolte des Boxers de 1900, fut à l'origine du thème du « péril jaune » en Occident, mais aussi de la reconnaissance de la puissance du Japon, qui heurtait alors le dogme de la « supériorité de l'homme blanc », à l'origine de celui du « fardeau de l'homme blanc » et donc de la principale justification de la colonisation. Lors de la Conférence de la Paix de Versailles en 1919, le Japon fut le seul État non-occidental considéré comme une « Puissance à intérêts généraux », c'est-à-dire comme une « grande puissance ». À l'exception du Conseil des quatre où il ne siégea pas, il participa aux négociations à l'instar des grandes puissances occidentales⁴¹. Il obtint un siège permanent au Conseil de la Société des Nations et on lui reconnut la capacité d'administrer les colonies asiatiques conquises sur l'Allemagne ou sur des États de la région, à savoir Sakhaline, Shandong, la Corée, Formose (Taïwan) ainsi que les îles Mariannes, Carolines et Marshall.

La place qui fut faite au Japon peut naturellement être vue comme le résultat d'une nécessité pratique pour les États européens. Après tout, le Japon s'était emparé de nombreux espaces et notamment des colonies allemandes dès l'orée de la guerre en Europe. Mais la place laissée au Japon peut aussi être comprise comme une reconnaissance d'un État qui choisit, comme les États occidentaux et à l'inverse de la plupart des États non-occidentaux, d'accorder une forme de primauté à la maîtrise de la nature en vue d'une plus grande puissance – plutôt qu'au respect de la nature et de ses règles en vue d'une action sage et juste –, d'un État qui fit prévaloir « l'ouverture » coloniale et civilisatrice sur la « fermeture » stable et pacifique, qui préféra donner la priorité à l'industrie plutôt qu'à l'agriculture, à la ville plutôt qu'à la campagne, etc. Ainsi, à travers le pragmatisme qui s'exprimait dans le choix européen de reconnaître comme égal en dignité un État égal en puissance, s'exprimait aussi le choix européen de privilégier une approche politique pragmatique et efficace, plutôt que fondée

41. Au Conseil des cinq, les représentants japonais étaient Nobuaki Makino et Kimochi Saionji (ou le Vicomte Chinda). Contrairement à leurs partenaires, les représentants du Japon n'avaient pas le titre de chef de gouvernement ou de Ministre des Affaires Étrangères. Il s'agissait d'hommes d'État ayant le rang d'ambassadeur.

sur l'honneur, la générosité, l'équité, la démocratie ou d'autres valeurs. Quoi qu'il en soit, ce qui fut valorisé par les Occidentaux n'était pas tant le fait que le Japon avait choisi de manière autonome de comparer ses institutions et ses règles à celles d'autres États, et ait eu la capacité de s'auto-réformer ; c'était plutôt l'alignement de son idéologie et de son comportement sur ceux des Occidentaux et la puissance concrète obtenue par lui de cette manière.

Toutefois, il est probable qu'assez rapidement, les Occidentaux aient vu dans le Japon autre chose qu'un bon élève et un lointain État puissant. Le Japon en effet s'était occidentalisé en comparant, en sélectionnant et en adaptant des règles d'origine occidentale, et non en se contentant d'adopter, dans son ensemble, un système juridique étranger. S'il s'était livré au comparatisme sous la contrainte et dans la crainte de se faire coloniser, il l'avait fait de son propre chef, les colons se contentant essentiellement, de leur côté, d'actionner leurs canons. Enfin, si le Japon occidentalisa son Droit avec l'aide de juristes occidentaux, ce fut lui qui les choisit, les recruta et les fit travailler avec des juristes japonais pour édicter lui-même ses propres règles. Cette démarche ne pouvait laisser insensibles des juristes européens forcément tentés par un dialogue avec leurs homologues nippons. C'est ce qui se produit en 1904 lorsque le Japon devint le premier État non-occidental admis à la quatrième session de la Conférence de La Haye sur le Droit international privé⁴².

Pour s'intégrer de la sorte, le Japon mit en avant, suivant une suggestion hollandaise, son adoption de codes comparables à ceux des États européens. Or, on peut naturellement imaginer que les juristes européens étaient satisfaits de voir le Droit « de la civilisation » se répandre en Asie, qu'ils étaient flattés par l'adoption plus ou moins délibérée de certaines de leurs règles et de leurs pratiques ; on peut encore penser qu'ils voyaient dans une coopération avec le Japon la possibilité d'en tirer un profit financier, symbolique et intellectuel. Mais il nous semble qu'on peut y voir mieux

42. V. not. H. Harata, « Quelques réflexions historiques sur la situation du droit international privé japonais – Le rôle des juristes dans le processus législatif au Japon », *Rapports japonais pour le XIX^e Congrès international de droit comparé (Vienne, 20-26 juillet 2014) – Rapports japonais au II^e Congrès thématique de l'Académie internationale de droit comparé (Taïpei, 24-26 mai 2012)*, ICCLP Publications n° 13, p. 282-283.

et davantage : un sentiment de proximité avec la démarche des gouvernants et des juristes de cet État lointain, non pas en ce qu'ils prenaient les Droits occidentaux pour modèles, mais en ce qu'ils comparaient et évaluaient rationnellement les institutions et les règles qui les régissaient afin de les améliorer ou au contraire de les conserver telles quelles, mais en toute conscience.

B. Des usages possibles du Droit comparé : ce que révèle le débat sur « l'origine de l'Occident » à Athènes ou à Rome

Il est probable que l'activité consistant à comparer les institutions politiques et les énoncés normatifs de différentes entités politiques soit apparue à différents endroits, à différentes époques, avec des succès inégaux ; mais il est certain que l'Occident a été à son meilleur lorsqu'il s'est prêté à ce type de tâche de manière régulière et surtout approfondie. Tel fut plus particulièrement le cas, lorsque les Occidentaux se sont livrés au comparatisme dans le souci de trouver objectivement ce qui est bon (pour une situation spécifique dans le temps et l'espace, étant donné les rapports de force établis, la culture dominante, etc.) ou dans le but de mieux se comprendre eux-mêmes et de progresser. Bref, ce fut le cas lorsqu'ils parvinrent à renoncer à l'obsession de montrer que la société dans laquelle ils vivaient était parfaite, ou encore que certaines solutions étaient universellement adaptées et devaient donc nécessairement être universalisées.

Le premier type de démarche, par exemple celle d'Aristote compilant 158 constitutions existantes⁴³ pour en tirer une *Politique* qui soit

43. Étant donné l'existence de précédents aussi connus et aussi massifs que ceux d'Aristote, de Nicolas Machiavel, de Gottfried Wilhelm Leibniz (cf. R. Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, Paris, LexisNexis, 2016, 3^e éd., p. 3) ou de *L'esprit des lois* de Montesquieu, sans même parler de la fondation de la Société de législation comparée en 1869, on ne peut qu'être étonné de lire en introduction de manuels occidentaux contemporains de Droit comparé que « c'est seulement à partir d[u] XX^e siècle] que l'on [qui d'ailleurs ?] s'est intéressé à l'étude des ressemblances et des divergences entre systèmes juridiques » (A. Gambaro, R. Sacco, L. Vogel, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, LGDJ, coll. « Lextensoéditions », 2011, p. 1§1). Comp. les formules plus nuancées d'E. Agostini dans *Droit comparé*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1988, p. 22 §10 ou de H. Kötz et K. Zweigert, *An Introduction to Comparative Law*, trad. de T. Weir, Amsterdam-New York-Oxford, Oxford UP, 1977, p. 2. Cette

exempte du défaut d'être excessivement athéno-centrée, est lié au développement de la pratique de la philosophie. En l'absence d'aspiration à s'approcher de la vérité objective par une enquête libre et rationnelle, il n'est en effet possible ni de comparer véritablement des énoncés normatifs et des coutumes, ni de rechercher ce qui est objectivement juste ou obligatoire, parce qu'on le confond alors nécessairement avec ce qui est considéré tel, conventionnellement, dans une société particulière⁴⁴. Or, si l'on admet que la philosophie naît avec l'Athènes classique, on peut penser avec Cornélius Castoriadis, qu'il existe une « critique de soi » qui « commence en Grèce », par exemple avec « *Hérodote disant que les Perses sont infiniment meilleurs que les Grecs et que les Égyptiens sont plus sages* », et qui « est reprise en Occident à partir au moins du *XVI^e siècle, avec Las Casas, Montaigne, puis Swift, et puis Montesquieu – Castoriadis pense aux Lettres persanes – et puis les Lumières...*⁴⁵ ».

De fait, l'interrogation de soi à la lueur de ce qui se fait à l'étranger, et plus particulièrement l'évaluation de ses institutions politiques et de ses règles juridiques à la lueur des institutions et règles étrangères est une constante des grands ouvrages de la philosophie politique de l'Athènes classique. Il en va de même de la distinction entre ce qui est objectivement obligatoire ou juste, et ce qu'on juge tel par habitude, convention ou en raison de son origine locale et/ou ancestrale⁴⁶. Certains juristes

manière d'ouvrir un manuel de Droit comparé suggère paradoxalement que ses auteurs s'appuient sur des *a priori* modernes relatifs à l'histoire de leur discipline, une histoire pensée sur un mode linéaire et homogène plutôt que sur une étude empirique des comparaisons qui ont été réalisées à différentes époques et en différents lieux.

44. V. not. L. Strauss, *Droit naturel et histoire*, trad. M. Nathan, E. de Dampierre, Paris, Flammarion, 1986, p. 83-88.

45. C. Castoriadis, *Démocratie et relativisme – Débat avec le MAUSS*, Paris, Mille et une nuits, 2010, p. 45. Cf. *Id.*, *La cité et les lois – Ce qui fait la Grèce, 2 – Séminaires 1983-1984 – La création humaine III*, texte établi, prés. et ann. par E. Escobar, M. Gondicas et P. Vernay, précédé de Ph. Raynaud, « Castoriadis et l'héritage grec », Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2008, p. 252-254.

46. V. not. Platon, *Les lois*, livre III, 702 c 5-8 (par ex. trad. de L. Brisson et J.-F. Pradeau, Paris, GF Flammarion, 2006, p. 214 : « (...) on nous enjoint d'instituer les lois de cette colonie, en promulguant parmi les lois de chez nous celles qui nous

contemporains justifient d'ailleurs la comparaison des Droits en s'appuyant sur l'idée selon laquelle, sans ce type de comparaison, il est impossible à un philosophe, à un peuple ou à un législateur d'améliorer délibérément et en toute conscience les énoncés normatifs en vigueur⁴⁷. Enfin, on sait combien la critique des institutions politiques et des règles juridiques en vigueur dans chaque État européen par exemple, s'est souvent faite d'un point de vue étranger réel ou supposé (c'est le cas dans les *Lettres persanes*, citées par Cornelius Castoriadis), ou par référence à une entité politique étrangère dont on admet qu'elle puisse être objectivement meilleure sur un point ou un autre.

Si l'on suit ce raisonnement, on peut ainsi lier la pratique du Droit comparé à la philosophie et donc à l'origine de la pensée occidentale, du moins à la pensée occidentale moderne et à celle de l'Attique classique⁴⁸. Certes, le désir de vérité n'est pas, y compris d'ailleurs selon les philosophes athéniens, le propre des Athéniens mais à un degré ou à un autre celui des hommes en général. Toutefois, la question se pose de savoir si l'institutionnalisation de la pratique de la philosophie, qui vise à répondre pleinement à ce désir, est vraiment une exception occidentale

agrément et des lois qui viennent d'ailleurs, sans tenir aucun compte de leur caractère étranger, pourvu que nous les trouvions meilleures ») ; Platon, *La République*, livre VII, 538 c et d (par ex. trad. et prés. de G. Leroux, Paris, GF Flammarion, 2004, p. 395 *in fine*-396) ; Platon, *Le Politique*, 296 c et d (par ex. in *Ceuvres complètes*, t. IX, 1^{re} partie, trad. d'A. Diès, Paris, Les belles lettres, coll. « des universités de France », p. 295 *in fine*-296). Toujours chez Platon mais sur un plan plus général, v. *La République*, livre VI, 494 c-495a, *Philebe*, 15 c-16 a et *Le politique*, 262 d-263a, par ex. in *Ceuvres complètes*, trad. de L. Robin, Paris, Gallimard, NRF, coll. « La Pléiade », 1950, respectivement t. I, p. 1077-1078 et t. II, p. 557-558 et p. 348-349. V. également chez Aristote sa *Politique*, 1269 a (par ex. préf. de J.-L. Labarrière, trad. de J. Aubonnet, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 1993, p. 55 *in fine*-56) où le bien d'un côté, et les coutumes, traditions et lois écrites de l'autre sont clairement distingués, et chez Xénophon, *Cyropédie*, livre II, chap. 2 (par ex. trad. de P. Chambry, Paris, Garnier, coll. « Classiques Garnier », spéc. p. 76 et p. 78 au début).

47. V. par ex. H. Kötz, K. Zweigert, *An Introduction to Comparative Law*, trad. de T. Weir, Oxford, Oxford UP, 1998, 3^e éd., p. 16.

48. Ce qui n'est d'ailleurs pas sans poser de difficulté puisque cette pensée moderne se comprend largement en opposition à la pensée grecque classique et spécialement à Aristote.

qui n'a jamais existé ailleurs à aucune époque. On peut en douter, même s'il est probable que cette institutionnalisation ait pris des proportions particulières en Occident.

Une autre interprétation de l'origine de la spécificité de la pensée occidentale, que l'on trouve notamment chez Rémi Brague, veut que l'Occident soit l'héritier non seulement d'Athènes et de Jérusalem⁴⁹ – c'est-à-dire de la pensée de l'Attique classique et des représentations et rites des religions juive et chrétienne – mais encore des pratiques d'intégration et de transmission de l'Empire Romain. Or, on peut être tenté de voir dans ces pratiques d'intégration et de transmission *romaines* d'apports *extérieurs*, une origine de l'intérêt occidental pour la comparaison des Droits. La fameuse thèse de *La voie romaine* de Rémi Brague considère que la grandeur des Romains a été de choisir, faire connaître et répandre la pensée grecque et la religion chrétienne plutôt qu'une pensée et une religion qu'ils auraient pu estimer plus « purement » romaines et par là même supérieures. Les Romains ont eu pour caractéristique de profiter de la puissance que leur conféraient leurs techniques militaires, organisationnelles et juridiques, pour s'approprier, valoriser et disséminer ce qui venait de l'extérieur – et même de peuples vaincus – mais qu'ils estimaient meilleur que ce qu'ils avaient eux-mêmes produit⁵⁰. Ces pratiques d'intégration délibérée, de comparaison sans préjugé et de transmission de ce qui est précieux indépendamment de son origine auraient été reprises par

49. Selon l'expression de Léon Chestov dans son ouvrage éponyme (*Athènes et Jérusalem*, trad. de B. de Schloezer, Paris, Aubier, 1993 [1^{re} éd. en langue russe : 1952]), notablement reprise par Léo Strauss (dans « Athènes et Jérusalem – Quelques réflexions préliminaires » [1^{re} éd. en langue anglaise : 1967] in *Études de philosophie platonicienne*, préf. de Th. Pangle, trad. d'O. Sedeyn, Paris, Belin, 1992, p. 209-246 ; *La renaissance du rationalisme politique classique – conférences et essais réunis et présentés par Th. L. Pangle*, trad. et postface de P. Guglielma, Paris, Gallimard, coll. « Tel », p. 409-445). Cf. aussi sur ce point : T. Marshall, *À la recherche de l'humanité – Science, poésie ou raison pratique dans la philosophie politique de Jean-Jacques Rousseau, Léo Strauss et James Madison*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2009, p. 328-331.

50. R. Brague, *Europe, la voie romaine*, Paris, Gallimard, coll. « Folioessais », spéc. p. 32-36, 39-41 (pour l'énonciation de la thèse), et le chap. V pour le développement de l'idée que le « *propre [de l'Europe] est une appropriation de ce qui lui est étranger* » (p. 36).

l'Europe⁵¹, du moins par un nombre particulièrement importants de ses membres à différentes époques – peut-être les plus éclairées, peut-être aussi les plus instables ou encore les plus impériales ou colonisatrices.

Dans le sillage de ce type de réflexions, on a pu noter que s'il y a eu de grands voyageurs dans toutes les régions du monde à différentes époques (l'antique voyageur carthaginois Hannon, le berbère du XIV^e siècle Ibn Battuta, les pèlerins chinois en Inde...), il y en a eu bien davantage venant d'Europe (Christophe Colomb, Marco Polo, Fernand de Magellan, James Cook, Jean-François de La Pérouse, Louis-Antoine de Bougainville, Charles Darwin...). Par ailleurs, selon cette opinion, ce serait uniquement dans des États européens que les récits de grands voyageurs auraient connus d'immenses succès populaires, et suscité des débats récurrents et passionnés durant un temps long. Enfin, on peut mentionner les études comparant les différents systèmes et pratiques politiques, auxquelles se sont livrés des penseurs ayant eu autant de poids sur les orientations politiques et économiques de l'Occident que Nicolas Machiavel, Adam Smith⁵² ou Montesquieu.

51. C'est également la thèse de Jacques Dewitte dans *L'exception européenne* (*op. cit.*, 2008, 185 p., spéc. p. 36 et s.). Jacques Dewitte présente cependant les positions de Cornelius Castoriadis et d'Emmanuel Levinas sur la source de la spécificité européenne – le premier la voyant dans la philosophie et surtout la pratique politiques de l'Athènes classique, le second principalement dans l'héritage biblique – mais il n'y ajoute pas pour sa part le legs de l'Empire romain. Cet ouvrage est critiqué par Serge Latouche dans « La supériorité occidentale en question », *Revue du MAUSS*, 2008, vol. 32, n° 2, p. 461-468. Sa critique nous paraît pertinente quand l'auteur dénonce entre les lignes une certaine autosatisfaction de la part de Jacques Dewitte lorsqu'il affirme que les peuples occidentaux ont fait preuve de davantage de réflexivité que les autres peuples conquérants, ou se sont intéressés plus que les autres à la culture des autres peuples, et notamment des peuples qu'ils venaient de vaincre. Il est aisé de reconnaître avec Serge Latouche que ces attitudes n'ont pas été adoptées uniquement par des États occidentaux. Serge Latouche n'examine cependant pas sérieusement la question de savoir si ces attitudes ont été adoptées de manière plus courante, ou plus officielle, ou ont été plus valorisées en Occident qu'ailleurs, alors que c'est peut-être là le point décisif.

52. Sur ce point chez Adam Smith, v. spéc. Ch. Marouby, *L'économie de la nature – Essai sur Adam Smith et l'anthropologie de la croissance*, Paris, Seuil, coll. « des travaux », 2004, chapitre 4 (« Retour aux sources »), p. 95-138, et l'appendice relatif aux « sources « anthropologiques » d'Adam Smith », p. 243-244.

Nonobstant ces débats, il existe un point commun frappant aux cas de l'Attique classique, de l'Empire romain, de l'Europe moderne, du Japon de l'ère *Meiji* et plus récemment de la République populaire de Chine qui, elle aussi, a entrepris plusieurs grandes réformes de son Droit sur la base d'une comparaison des Droits étrangers pertinents ainsi que de l'envoi d'observateurs chinois dans les juridictions suprêmes de nombreux États. Dans tous ces cas en effet, il existe un lien entre un processus durable d'expansion politico-militaire et un examen comparatiste et relativement ouvert des institutions politiques. Cet examen n'a pas toujours été entièrement libre et rationnel et il n'est pas aisé de déterminer, le cas échéant, lequel des deux mouvements, politico-militaire ou comparatiste, a précédé l'autre, toujours ou dans des cas particuliers, ou encore si les deux ont, toujours ou dans certains cas, été plutôt concomitants.

Quoi qu'il en soit, ce qui est indéniable et plus important est que les Occidentaux tendent eux-mêmes à apprécier leur valeur ou leur réussite collectives, tantôt à l'aune de leur capacité à réformer leurs institutions et leurs Droits par le libre exercice de leur raison, tantôt au regard de leur aptitude à accumuler confort et puissances matériels, voire à accroître leur influence concrète sur les autres peuples et les autres espaces. S'ils suivent la première voie, leur auto-évaluation a effectivement quelque chose de spécifique dans la mesure où s'apprécier à l'aune d'une attitude philosophique, démocratique et réflexive implique que la valeur de la civilisation occidentale ne soit pas intrinsèque ou originelle – comme on tend trop souvent à le penser. Il en résulte que cette valeur n'est pas garantie mais doit à chaque instant être sauvegardée et que le déclin ou l'essor de cette civilisation dépend de notre comportement plutôt que de notre origine, de notre situation actuelle ou de notre nature biologique.

Une telle approche responsabilisante du destin de chaque peuple semble avoir en partie imprégné l'attitude du Japon au début de l'ère *Meiji*, au moment où il s'intéressa aux codes européens et au Droit des gens importé d'Occident. Son auto-évaluation selon les grilles de lecture occidentale le mena en revanche par la suite à des politiques impérialistes et colonialistes. Il est donc heureux que les universitaires japonais se questionnent largement sur leur pratique antérieure du Droit comparé et du Droit international. De même que Yasuaki Onuma réinterroge « le

“Droit international japonais” d’avant-guerre⁵³ », Naoki Kanayama note l’absence problématique, chez les comparatistes nippons, d’études consacrées aux Droits non-occidentaux, y compris aux Droits asiatiques⁵⁴. Il faudrait ajouter le très faible de nombre d’études universitaires des *giri*, c’est-à-dire des règles coutumières japonaises, souvent issues d’une représentation très hiérarchique des rapports humains. Si cette lacune s’explique par une assez large adhésion des universitaires japonais à un positivisme « à l’occidentale », elle n’en est pas moins problématique dans la mesure où, selon certains commentateurs, nombre de règles générales « internes » importées d’Europe eurent très peu d’effet pratique sur la vie quotidienne des Japonais, qui, aujourd’hui encore, reste largement régie par les *giri*⁵⁵. En outre, ces *giri* peuvent avoir une influence importante sur les pratiques juridiques. Par exemple, les Japonais recourent beaucoup plus volontiers à la conciliation qu’au juge et faire condamner une personne ou obtenir l’annulation d’un acte édicté par l’autorité publique n’est en général pas considéré comme un objectif noble ou un progrès social. Il va de soi que, malgré le pragmatisme et la sagesse dont cette attitude peut témoigner dans certains cas⁵⁶, les avocats et les universitaires s’en désolent généralement pour des raisons intéressées.

53. *Op. cit.*, 2016, p. 267-342. V. également ses articles relatifs à une « approche inter-civilisationnelle » du Droit international et des droits de l’homme dans le même ouvrage.

54. Voir son étude « Japon, Asie et droit comparé », dans ce même recueil.

55. V. par ex. *An Introduction to Comparative Law, op. cit.*, 1977, p. 363, un ouvrage ancien, certes, mais qui souligne un point toujours largement exact.

56. Le recours à la conciliation peut aussi, par exemple, être lié à des raisons moins culturelles comme le besoin urgent d’obtenir la réparation pécuniaire d’un préjudice. En outre, dans de nombreux cas, la règle coutumière imposant la fidélité à un supérieur concrétise un lien de dépendance matériel (par exemple si des citoyens évitent de porter plainte contre une entreprise où certains membres de leur famille ou eux-mêmes travaillent). V. not. T. Awaji, « Les Japonais et le droit », *RIDC*, 1976, vol. 28, n° 2, repr. in Centre français de droit comparé – Société de législation comparée, *Études de droit japonais*, préf. de J. Robert et X. Blanc-Jouvan, Paris, 1989, p. 18-19. Comme le dit à juste titre Friedrich Hayek, le « contenu » des règles de Droit provient bien souvent de règles qui étaient déjà invoquées, connues, formulées, sanctionnées et bien entendu violées avant d’être édictées. En tout état de cause, bien fou serait le législateur ou même le juge qui prétendrait ne tenir aucun compte de ces normes pour prendre ses

L'indifférence à l'égard des coutumes japonaises combinée à la focalisation sur les Droits européens et états-uniens peut inciter, à tort, les universitaires nippons à considérer certaines techniques ou hiérarchies de valeurs typiques de l'Occident moderne, comme universelles et incontournables. Dès lors, la comparaison des Droits ne servirait pas à éclairer le peuple japonais et ses représentants sur les véritables options politiques et juridiques qui leur sont ouvertes, mais au contraire à leur dissimuler leurs possibilités au nom d'une connaissance supérieure de règles faisant l'objet d'un « mouvement général » ou « nécessaire et sans alternative ». La doctrine juridique asiatique risque alors de promouvoir le Droit qui lui sied et d'accroître ses gains financiers et symboliques, plutôt que d'aider les sujets de Droit à prendre leur destin en main de la manière la mieux informée, la plus libre et la plus sage possible.

Que l'on nous comprenne bien : si l'on se permet d'adresser cette mise en garde à nos collègues comparatistes nippons, ce n'est ni par méfiance ou paternalisme, ni même en tant qu'universitaire ou juriste européen. C'est plutôt en tant que citoyen d'un État européen qui, comme beaucoup d'autres, a le sentiment que le Droit comparé a été l'un des outils de la dérive autoritaire et de la négation des choix des peuples en Europe ces trois dernières décennies. Paradoxalement peut-être, ceux qui ont considéré la comparaison des Droits et l'adhésion à des « tendances générales » comme une source de légitimité alternative à la démocratie ont une grande part de responsabilité dans les tensions nouvelles qui jaillissent entre les peuples européens et dans leurs inquiétudes, voire leur

décisions et formuler les règles qu'il considère comme en vigueur. Ce n'est évidemment pas à dire qu'il soit toujours opportun politiquement de « consacrer » ces règles en les édictant officiellement, ou au contraire de s'y opposer purement et simplement. On peut tout à fait comprendre, à la manière de Confucius par exemple, les règles juridiques et des règles sociales (comme les *giri* au Japon ou le *li* en Chine), non comme deux opposés ou deux choses identiques, mais comme deux types de règles que les autorités publiques comme privées doivent essayer d'articuler afin de tirer durablement les relations sociales vers davantage d'équité, de convivialité et de démocratie. On voit même mal comment il se pourrait que cette question pratique fondamentale, celle de la Constitution par petites touches d'une harmonie sociale à constituer à partir de différentes règles (ou d'ailleurs d'absence de règle explicite), ne soit pas celle ou l'une de celles dans laquelle le juriste doit se rendre expert.

rejet à l'égard tout ce qui vient des institutions européennes, de « l'international » ou de l'étranger.

C. De l'usage dégradé du Droit comparé : quelques critiques, inquiétudes et espoirs

Pour des raisons qu'on ne peut développer ici, la comparaison des institutions, des énoncés et des pratiques juridiques est rarement comprise, dans la période contemporaine, comme un moyen d'éclairer les citoyens et les gouvernants sur ce qui pourrait leur convenir. Chez la plupart des auteurs, le comparatisme ne consiste pas en un examen « philosophique » des autres et de soi-même, ou en la fourniture d'un éclairage juridique indispensable à une pratique démocratique éclairée⁵⁷.

Cette conception a été et reste concurrencée par une compréhension décisionniste et relativiste du Droit comparé, selon laquelle tout se vaut tant qu'on l'a décidé, de sorte que le comparatisme n'est qu'une forme d'accumulation de données dénuée de sens. Toutefois, la conception dominante du Droit comparé en Occident, et en particulier en Europe, semble plutôt d'inspiration néo-kantienne. Elle est que si un énoncé est pertinent dans un ensemble normatif particulier et pour une société donnée à une époque déterminée, c'est qu'il l'est universellement. Dans cette perspective, le Droit comparé n'est que le soutien universitaire d'un projet politique d'uniformisation mondiale via un État universel et homogène ou au moins une fédération unique d'États.

Il ne saurait ici être question de refaire l'histoire du Droit comparé en Europe ou même en France. Mais on peut par exemple souligner qu'en 1900 déjà, lors du fameux 1^{er} Congrès international de Droit comparé, Raymond Saleilles et Édouard Lambert argumentaient surtout en faveur de cette discipline sur la base d'un hypothétique devoir d'édicter un

57. Cette démarche est pourtant possible, même parmi les universitaires ayant la nationalité d'un État colonisateur à propos du Droit applicable aux colonies. V. par ex. F. Renucci, « La *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence* entre 1885 et 1916 – Une identité singulière ? », in J.-Ph. Bras (dir.), *Faire l'histoire du droit colonial cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*, Paris, IISMM-Karthala, coll. « Terres et gens d'islam », 2015, p. 192 et 194-197. Reste cependant à déterminer la part jouée par le Droit comparé dans les critiques avancées par les universitaires.

« *Droit commun de l'Humanité* ». Ainsi qu'en témoigne le rapport présenté par le premier, ou le titre de nombre des travaux du second⁵⁸, l'objectif de leur comparaison des Droits n'était pas tant « *l'amélioration du droit national par des solutions trouvées à l'extérieur* » que le « *rapprochement des civilisations* » et ainsi « *une harmonisation internationale*⁵⁹ ». Face à ce type de discours et à d'autres tenus par la suite, il est difficile de ne pas voir chez la plupart des comparatistes français une aspiration – assez peu interrogée mais fermement affirmée – à la centralisation des autorités et à l'homogénéité du Droit appliqué partout sur la planète.

Ce type de discours se retrouve notamment chez Gustave Boissonade, le fameux exportateur du Droit pénal à la française au Japon. Peu après l'Exposition universelle de 1867 à Paris, il regrettait en effet que celle-ci n'ait pas saisie l'« *occasion incomparable de former et d'inaugurer cette collection internationale des lois* ». Une telle entreprise aurait selon lui pu être « *le point de départ d'un acheminement, encore éloigné, mais nécessaire, à l'unité de législation civile*⁶⁰ ». Pourquoi cette évolution vers une forme d'unité mondiale de la législation civile était-elle si nécessaire en 1867 ? Nul ne le sait, mais c'est semble-t-il ce but qui aurait justifié la compilation et la comparaison des législations des différents États. De nos jours encore, nombreux sont les auteurs européens ou japonais qui envisagent l'activité doctrinale en Droit comparé ou en Droit international privé comme un outil au service d'un projet politique d'unification qui devrait être mené quelles que soient les positions des autorités publiques ou des peuples concernés. H. Harata écrit par exemple que « (...) *l'unification du Droit international privé est indispensable pour réaliser une société civile*

58. Par ex. E. Lambert, « L'enseignement du droit comparé – Sa coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence américaine », « L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale », « Le droit comparé et la formation d'une conscience juridique internationale », *Sources du droit comparé ou supra national – Législation uniforme et jurisprudence comparative...*

59. N. Dockès-Lallement, « Lambert Édouard », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français – XIX^e-XX^e siècle*, Paris, PUF, coll. « Quadrige – Dicos Poche », 2015, p. 596-597.

60. G. Boissonade, « Le nouveau Code civil italien comparé au Code Napoléon », *Revue pratique de droit français*, 1868, t. 26, tiré-à-part, Paris, A. Marecq Ainé, 1868, p. 4.

internationale et pluraliste dans laquelle une solidarité entre les ordres juridiques civils puisse exister et résister aux éventuelles interventions arbitraires du pouvoir politique des États ». « Il s'agi[t donc] de définir substantiellement les règles du Droit international privé à travers des compositions théoriques issues de la collaboration critique des juristes. À partir de la deuxième partie du XIX^e siècle, des juristes comme Mancini et Asser ont insisté là-dessus, la conclusion de traités étant considéré comme la seule manière de réaliser l'unification du Droit international privé (...) »⁶¹. On peut à notre sens défendre l'idée selon laquelle, parce qu'elles concernent par définition le Droit de plusieurs États, les règles de conflits de juridictions et de Droits applicables sont plus légitimes lorsqu'elles font l'objet d'un accord entre États. Toutefois, chez H. Harata comme chez la plupart des auteurs, il est bien moins question de la légitimité de la source de la règle, ou de l'adéquation de cette source à son objet, que d'un idéal abstrait de centralisation ou d'homogénéisation, dont les avantages et les inconvénients ne sont guère examinés. On retrouve d'ailleurs ce type d'idée sur le devenir nécessaire des hommes – qui serait donc d'être régi par une seule loi sans qu'un peuple ou un autre puisse un jour légitimement souhaiter autre chose pour lui-même – chez des comparatistes de Droits « internes ».

Le projet de centralisation juridique consistant à monter toujours plus haut dans l'échelle géographique du champ d'application des règles pose un problème connu de tous ceux qui ont sérieusement réfléchi aux exigences concrètes d'un régime politique vraiment démocratique⁶² : plus on monte en échelle en effet, plus la démocratie est difficile, voire impossible. De quel avantage issu d'une vraie démocratie profiterait donc le citoyen d'un État mondial ? Connaîtrait-il jamais une participation active à l'élaboration des règles qui le concernent ? Pourrait-il sérieusement être considéré comme y consentant ? Au plan mondial, on ne peut guère imaginer qu'un immense parlement où trois milliards de personnes se verraient dicter leurs comportements par les représentants de quatre milliards d'autres, qui ne connaissent rien de leur vie et ne s'y intéressent aucunement... En revanche, prenant appui sur ce parlement, le pouvoir expliquerait sans doute à tout citoyen qu'il a implicitement acquiescé aux lois qui lui sont imposées...

61. « Quelques réflexions historiques », *op. cit.*, 2014, p. 285-286.

62. Examinant récemment cette question, v. par ex. O. Rey, *Une question de taille*, Paris, Stock, coll. « Les essais », 2014, p. 168-181.

Le problème peut paraître théorique. Toutefois, la poursuite de cet idéal centralisateur et homogénéisant par les universitaires juristes aussi bien que par nombre d'hommes politiques, de journalistes et de *lobbies* patronaux a fait surgir un double problème finalement très proche du précédent. Le premier aspect de ce problème est que l'idéal d'un État universel et d'un Droit mondial continue largement de faire croire que la conclusion de tout traité ou l'établissement de toute organisation ou juridiction internationale ou européenne constitue en lui-même un progrès : peu importe la légitimité des décideurs, peu importent les conséquences concrètes des mesures prises, seule peut être déplorée leur insuffisante influence sur le comportement des hommes. Du lobbyiste à l'universitaire, nombreux sont ceux qui se sont attachés à accroître, coûte que coûte et indépendamment de questions d'équité et de légitimité, « l'effectivité » de tout ce qui apparaissait peu ou prou international ou européen. C'était évidemment là, non pas le choix d'une forme de neutralité, mais l'adhésion à un dogme, dont les conséquences pratiques allaient s'avérer désastreuses à long terme.

Le second aspect du problème réside en effet dans le caractère fondamentalement et originellement non-démocratique du Droit international et du projet des « Pères fondateurs » des organisations européennes. Depuis le milieu du XIX^e siècle par exemple, les règles commerciales que souhaitent quelques grands acteurs économiques, mais que rejettent l'essentiel des parlementaires et des populations de nombreux États, continuent d'être imposées, précisément pour cette raison, par voie de traités. Plus généralement, les organisations internationales et européennes sont très peu démocratiques et les garanties que les règles qu'elles édictent soient conformes aux souhaits des populations sont extrêmement modestes. Ainsi que le dit Pierre Manent, « *[c]e qui caractérise la situation européenne, c'est que ce que nous disons comme citoyens n'a aucune importance, puisque les actions politiques seront décidées en un lieu indéterminé, un lieu que nous ne pouvons pas situer par rapport au lieu d'où nous parlons. La seule chose que nous sachions, c'est que ces actions seront nécessaires. Apparaissent nécessaires les actions qui ne sont accompagnées d'aucune parole proprement politique, ou sur lesquelles les paroles politiques les plus solennelles, comme un référendum, n'ont aucune prise. Tout le monde sait bien en Europe que la parole la plus solennelle que puisse formuler un peuple, à savoir un vote référendaire, est considérée d'avance comme chose indifférente par la classe*

politique européenne qui s'estime chargée de conduire le processus nécessaire de la « construction » européenne. La nécessité supposée du processus discrédité et invalide d'avance toute parole politique⁶³ ».

L'invalidation de toute parole politique sérieuse, et en particulier de toute parole démocratique qui s'opposerait à des traités présentés comme impossibles à réviser, a créé une « asphyxie démocratique » explosive. Certains ont essayé de le dissimuler en se référant à des notions comme la « légitimité intégrative » ou le « dialogue des juges », mais qui se sont souvent avérées être des supercheries. Or, une autre supercherie a été celle de l'invocation systématique des Droits étrangers et de leur manipulation à des fins politiques. Cette attitude fut souvent celle du législateur national ou européen, prétendant adopter des lois au motif qu'elles ne faisaient que confirmer des « principes » ou des « tendances » à l'oeuvre dans tous les Droits, et dotés de la même signification au sein de chacun d'eux. On a alors assisté à un comparatisme « à la Frankenstein », comme le dit Alain Supiot, qui consiste à greffer un élément étranger à un ensemble normatif où il prend une toute autre signification que dans son Droit d'origine. Jean Carbonnier, dont on sait pourtant l'influence qu'il a pu avoir sur le législateur français, a également dénoncé le fait que « *l'invocation [de] la législation comparée n'est souvent qu'instrument de propagande. Des statistiques fragmentaires, isolées, ininterprétées ; une sociologie de tourisme ; une*

63. P. Manent, *Les métamorphoses de la cité – Essai sur la dynamique de l'Occident*, Paris, Champs essais, 2010, p. 19-20 [les lettres romaines rendent les italiques de l'auteur]. Malgré le piétinement encore récent, par la Commission européenne et les gouvernements européens, de la consultation publique négative à 97 % (tout de même...) sur le mécanisme de règlement des différends investisseurs/État du Partenariat transatlantique sur le commerce et l'investissement (mars-juillet 2014), la capacité des populations européennes à se faire entendre politiquement sur l'Union européenne, sur l'appartenance de leur État à cette dernière ou sur ses grandes orientations sociales et institutionnelles paraît reprendre quelques couleurs ces tout derniers temps – quoi que l'on puisse penser du fait que les choix de tous ceux dont les positions ont été niées et les intérêts sacrifiés pendant trois décennies sont aujourd'hui pleinement infiltrés par un ressentiment dangereux. Que le gouvernement britannique ait pris de court toutes les élites économiques et politiques européennes, non pas tant en organisant un référendum sur l'appartenance du Royaume-Uni à l'Union européenne qu'en prenant au sérieux son résultat invitera peut-être à nuancer le propos de Pierre Manent...

*psychologie par impression – il n'en faut pas davantage pour accréditer les miracles du parangon lointain que l'on désire promouvoir*⁶⁴ ».

Plus encore, l'invocation de Droits étrangers a fréquemment été le fait d'organes dépourvus de légitimité démocratique et souhaitant néanmoins légiférer en lieu et place du législateur. Tel fut le cas de certains juges. Or, il est extrêmement frappant que pour décrire la tendance de ces derniers à se fonder sur des règles étrangères auxquelles leur Droit constitutionnel ou législatif ne confère aucune légitimité, voire pour imposer des règles simplement choisies par eux, la doctrine a employé des termes issus de l'idéologie dite « du libre-échange », justement davantage promue par les Droits international et européens que par les lois nationales. Certains auteurs ont ainsi qualifié de « *protectionniste* » ou d'« *isolationniste* » le choix de la majorité des juges, consistant à fonder exclusivement leurs décisions sur les règles délibérément choisies par leurs destinataires ou leurs représentants⁶⁵. Ici apparaît nettement le lien entre, d'un côté le recours aux normes étrangères par le juge et l'invitation universitaire à ce qu'il agisse de la sorte, et d'un autre côté le démantèlement des législations nationales au profit de « tendances » dont la signification est en pratique souvent dégagée par des acteurs privés, par des organes techniques ou par d'autres organes juridictionnels. Après la reprise de termes issus du *management* dans le discours des juristes (régulation, gouvernance, parties prenantes, etc.), on parle désormais directement de « *marchandisation de la justice et des valeurs que les juges énoncent* » ou encore de « *marchandisation des normes* »⁶⁶. Dans ce cas, le recours à la comparaison doit permettre aux juges d'agir en « *architectes du droit global* » entretenant entre eux des rapports « *de saine concurrence* »⁶⁷.

64. J. Carbonnier, « À beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger », *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1995, 2^e éd., p. 121 *in fine*-122.

65. V. par ex. L. Hennebel, A. Van Waeyenberge, « Réflexions sur le commerce transnational entre juges », in H. Dumont et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées – vol. 2 – Normes internes infraconstitutionnelles*, Bruxelles, Anthemis, Université Saint-Louis, 2012, p. 716 (« La tendance isolationniste », « forme de protectionnisme »), p. 720 (« la tendance libre-échangiste », « libre-échange des idées et des solutions jurisprudentielles »).

66. *Ibid.*, p. 721 (reprenant, semble-t-il, des termes de Guy Canivet).

67. *Ibid.*, p. 728, 732 et 735.

On le voit, le risque est sérieux que le « Droit comparé » des universitaires, des législateurs ou des juges se fasse l'auxiliaire purement utilitaire de l'entreprise menée par les gouvernements et les *lobbies* occidentaux depuis une trentaine d'années, de démantèlement des réglementations démocratiques poursuivant d'autres objectifs que l'augmentation des rentes actionnariales et des flux commerciaux. Dans cette perspective, il revient à chaque comparatiste de se demander si son travail doit servir à justifier l'extension et l'approfondissement indéfini de tendances dominantes mais fortement désapprouvées par les populations. Il doit se demander s'il souhaite fournir des arguments et des « slogans légitimants » à des règles issues des prétentions d'une minorité de juges, d'« experts », d'agences de notation et surtout d'acteurs transnationaux privés capables d'influencer les décideurs et donc les textes juridiques les plus importants. Cette interrogation s'impose d'autant plus qu'au Japon⁶⁸ tout comme en Europe, la question de la légitimité des institutions et celle de la valeur de l'autodétermination politique tendent à réapparaître avec force.

C'est cependant indépendamment de tout contexte particulier qu'il faut probablement se méfier du potentiel impérialiste et autocratique de l'invocation et des usages politiques du Droit comparé. Mais c'est aussi en général que le comparatisme juridique constitue également, heureusement, un outil formidable à qui veut comprendre, informer et éclairer autrui pour qu'il décide en conscience de son destin.

68. V. spéc. le brillant article de F. K. Upham, « Japanese Legal Reform in Institutional, Ideological, and Comparative perspective », *Hastings International & Comparative Law Review*, 2013, vol. 36, p. 567-576, en particulier la partie III (p. 574-576) où l'auteur montre que les Japonais ont quasi-systématiquement voté pour le Parti libéral-démocrate, non en raison d'une approbation « abstraite » des politiques qu'il menait, mais parce qu'ils liaient la prospérité économique qu'ils connaissaient au maintien de ce parti au pouvoir. L'auteur impute à l'inverse au ralentissement de l'économie japonaise dans les années 1990, certaines réformes menées dans les domaines institutionnel et procédural, et qui traduisent un souci de « transparence » et de contrôle des décisions de l'administration.