

## Conférence inaugurale

# Droit comparé, territorialité du droit : défis et enjeux

Mercredi  
20 mai 2015  
(17h-30 – 20h)

Conseil d'État  
Salle  
d'Assemblée  
générale

## Dossier du participant

### Ouverture de la séance :

- **Jean-Marc Sauvé,**  
vice-président du Conseil d'État

### Le modérateur :

- **Érik Orsenna,**  
de l'Académie française, conseiller  
d'État honoraire

### Les intervenants :

- **Mireille Delmas-Marty,**  
professeur honoraire au Collège  
de France, membre de l'Institut
- **Dominic Grieve,**  
membre de la Chambre des  
communes, ancien *attorney  
general* d'Angleterre et du pays  
de Galles
- **Horatia Muir Watt,**  
professeur des universités à  
Sciences Po

## Présentation du cycle *Droit comparé et territorialité du droit*

### Comparer les droits, repenser la territorialité

#### Objet du cycle de conférences

Pourquoi rassembler, au sein d'un même cycle de conférences, deux thématiques – celle de la comparaison et celle de la territorialité du droit – qui non seulement pourraient a priori sembler distinctes, mais qui paraissent en outre relever de deux épistémologies ou de deux phénomènes différents ? La première évoque davantage une méthode, utilisée tant pour l'étude des systèmes juridiques que comme instrument d'élaboration de normes de droit nouvelles ; la seconde renvoie à la

question de l'application du droit dans l'espace. L'approche comparatiste, tout en ne négligeant pas les questions structurelles, s'appuie d'abord sur des connaissances d'ordre culturel et s'attache au contexte social des pratiques juridiques. La question de la territorialité, pour sa part, fait plutôt appel à des savoirs abstraits intéressant les problématiques de souveraineté, la structure de l'Etat et sa position dans l'ordre international. L'utilisation du droit comparé par les praticiens du droit, les juges en particulier et, parmi eux, le juge administratif, ne présuppose en outre pas une remise en cause du territoire, du moins de prime abord. À l'inverse, les évolutions affectant la territorialité des normes de droit n'ont pas nécessairement pour effet de remettre en cause ce qui fait la spécificité de chaque culture juridique, ni l'office des juges nationaux.

Il reste que, s'il est possible de distinguer ces deux notions en tant qu'objets d'étude, elles n'en sont pas moins, en pratique, profondément imbriquées. Historiquement, l'étude du droit comparé est liée au paradigme étatiste du droit, qui ne conduit à concevoir celui-ci que comme un produit de la souveraineté. De fait, ce qui était à l'origine une étude des « législations étrangères », ainsi qu'on la nommait à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècles, avait pour objet principal, non la comparaison, mais seulement la connaissance des autres systèmes, et elle s'est d'abord développée dans un contexte de concurrence entre ceux-ci. La discipline, longtemps cantonnée à la sphère académique, et même en grande partie isolée au sein de celle-ci, se voulait un moyen au service d'une politique de souveraineté. Elle était en outre largement considérée par les praticiens comme un exercice stérile.

Les deux thématiques - comparaison des droits et territorialité - connaissent pourtant, aujourd'hui, des évolutions profondes qui, bien que paradoxales, n'en sont pas moins susceptibles de relever de causes analogues. L'idée de territorialité ne semble ainsi plus rendre compte complètement de la manière dont le droit est élaboré ou réalise sa vocation dans un monde globalisé. Les Etats sont largement concurrencés, dans leur office de production de normes juridiques, tant par des entités privées que par des autorités publiques, mais supranationales, auxquelles ils transfèrent une part de leur souveraineté. A l'inverse, pourtant, au moment même où la souveraineté des Etats s'amenuise, le territoire réaffirme son existence en marquant, par les frontières, les limites physiques d'application de la loi. Dans le même temps, alors que l'objet, voire la philosophie de la méthode comparative sont encore parfois critiqués, voire contestés, l'intégration d'expériences étrangères dans le raisonnement juridique tend à devenir une composante à part entière des

modes d'élaboration et d'interprétation de la règle de droit. Le juge, en particulier, recourt de manière croissante à l'approche comparatiste, que ce soit pour interpréter le droit supranational, ou pour étayer, voire façonner les solutions qu'il donne aux litiges qui lui sont soumis.

De telles contradictions et soubresauts traduisent, dans les deux domaines, les complexités de la globalisation, dont l'Etat - son territoire, son autonomie, sa souveraineté, sa culture ainsi que le rapport entre son droit et celui produit par d'autres - ne peut en aucun cas sortir indemne, même si la direction qu'il prendra reste indéterminée.

Ce cycle de conférences se propose d'explorer les causes et de comprendre les effets de ces différentes évolutions, qui soulèvent des questions tout à la fois théoriques et pratiques au regard notamment de l'exercice du pouvoir juridictionnel et, plus largement, de l'élaboration et de l'application de la norme juridique.

Comprendre l'ampleur des changements conceptuels pourra aider à construire une « boîte à outils du juge » nécessaire pour tenir compte, dans les cas concrets les plus divers, de ces nouvelles configurations du paysage juridique et de ces modifications de l'idée de souveraineté. Chaque conférence de ce cycle tentera ainsi de cerner les nouveaux enjeux et les défis pratiques qui en résultent, en illustrant l'imbrication des problématiques de la territorialité et du pluralisme normatif dans les domaines les plus représentatifs.

### **Pour aller plus loin**

Le droit se fabrique désormais, aussi, au-delà de l'Etat ; par ailleurs, le territoire ne suffit plus nécessairement à définir la compétence normative. Les codes les plus puissants ne sont plus exclusivement étatiques, et le droit administratif lui-même se mue en « droit

global » au sein du très influent courant GAL (*global administrative law*) qui propose de déterritorialiser les principes applicables aux activités des autorités publiques. Les systèmes nationaux structurés autour d'un fort paradigme constitutionnel en viennent à afficher une aspiration universelle au moment même où la conscience de la dimension culturelle du « droit des droits » n'a jamais été aussi forte. Ce brouillage spectaculaire des cartes - celles de la modernité politique - ne peut qu'affecter le raisonnement juridique et la fonction de juger.

L'imbrication contemporaine des droits et des sources exige en effet de mobiliser l'expérience venue d'ailleurs et de se référer à des normes hétérogènes. Elle oblige à franchir les frontières nationales. En outre, dans les Etats comme la France où cette distinction est structurante, elle peut amener à dépasser la distinction entre droit public et droit privé. Par ailleurs, la compétence juridictionnelle, en particulier administrative, s'exerce dans un contexte de concurrence, de confrontation ou de mimétisme entre les droits nationaux, ce cadre étant fortement modifié à son tour par des sources supranationales. Les droits individuels ou collectifs mis en œuvre n'émanent plus inéluctablement de l'Etat, pas plus qu'ils n'épousent, par leur portée, le territoire que celui-ci régit.

Ce sont les disciplines à vocation non nationale que sont le droit comparé et le droit international dans ses deux branches, publique et privée, qui subissent en première ligne les divers processus contemporains que les juristes, à la suite des sociologues, des historiens, des économistes, commencent à appréhender comme résultant d'une nouvelle étape de la mondialisation. Traditionnellement reléguées à la périphérie de la matière (ou du cursus) juridique, parfois contestées dans leur normativité (pour le droit international) ou en tant que

discipline (le droit comparé), ces matières acquièrent aujourd'hui, curieusement, une importance centrale au moment même où les confins de la juridicité se brouillent.

Les illustrations les plus significatives se rapportent à des disciplines nouvelles (droit du numérique...) et à des problématiques ayant par nature un caractère global (questions environnementales, marchés financiers, bioéthique, monde numérique, circulation des personnes, chaînes de valeur agro-alimentaires...), signe qu'une nouvelle configuration des savoirs juridiques est en train de se mettre en place. La pratique démontre que le juge a recours au droit comparé principalement dans trois hypothèses : lorsque, estimant qu'une réflexion sur une éventuelle évolution de sa jurisprudence s'impose, il cherche des arguments pour mettre à l'épreuve, justifier ou infirmer ses pistes ; lorsqu'il est confronté à une situation inédite ayant de surcroît des conséquences éthiques ou sociales importantes ; enfin lorsque, s'interrogeant sur la marge de manœuvre que lui laisse le droit supranational, il cherche à savoir comment les autres sujets de ce droit l'ont évaluée.

### Illustrations

Plus concrètement, pour se limiter à quelques illustrations, la question des frontières du droit est présente lorsque le juge national doit se prononcer, par exemple, sur : le statut d'enfants nés à l'étranger de contrats de gestation pour autrui considérés comme illicites sur le territoire national ; la sanction à attacher aux effets anti-concurrentiels d'une entente au sein d'un cartel global ; la valeur et l'opposabilité d'un code de conduite émis par une multinationale sans référence à un droit national ; l'équilibre à atteindre entre la liberté d'expression et le droit à la vie privée sur internet ; le sens des garanties financières attachées au défaut d'un Etat souverain et dictées

par des contrats-types d'origine privée; les conditions de détention des étrangers irrégulièrement entrés sur le territoire national; la légalité des profits perçus sur le sol national à partir de produits fabriqués à l'aide de l'esclavage moderne dans un pays émergent...A des degrés variables, tous ces exemples exigent de revisiter le ressort spatial du droit, de remettre en question la distinction des normes de droit public ou privé, d'articuler les sources internationales et nationales, de tenir compte des pratiques juridiques et des expériences culturelles venues ailleurs, de repenser la définition même de la règle de droit pour assimiler de nouvelles normativités informelles.

Un cas précis, emprunté à une jurisprudence américaine très médiatisée, illustre bien le dépassement de la notion de territorialité du droit et met en exergue les conflits de revendications, intérêts, idéaux, normes ou valeurs qui requièrent de nouveaux modes d'expression juridique. Dans une affaire impliquant l'esclavage d'enfants dans une ferme de cacao en Côte d'Ivoire, une cour fédérale américaine (*US Court of Appeals for the 9th Circuit*) s'est référée pour établir sa compétence juridictionnelle, (au regard du *Alien Tort Statute*), à l'influence économique exercée par une marque particulière sur les structure et le fonctionnement du marché mondial, pour en tirer ensuite des conséquences d'ordre juridique<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cf *DOE V. NESTLE USA, INC.* (filed September 4, 2014), la Cour affirme "... the defendants had enough control over the Ivorian cocoa market that they could have stopped or limited the use of child slave labor by their suppliers. The defendants did not use their control to stop the use of child slavery, however, but instead offered support that facilitated it. Viewed alongside the allegation that the defendants benefitted from the use of child slavery, the defendants' failure to stop or limit child slavery supports the inference that they intended to keep that system in place. The defendants had the means to stop or limit the use of child slavery, and had they wanted the slave labor to end, they could have used their leverage in the cocoa market to stop it. (...) the defendants participated in lobbying efforts designed to defeat federal legislation that would

Il est remarquable que ni le territoire, ni la souveraineté, ni les exigences de politique étrangère n'ont guidé le raisonnement de cette juridiction, alors même que de telles considérations étaient auparavant centrales dans l'approche juridique du comportement des entreprises à l'étranger. Ce que la Cour a tenté de faire, en revanche, a été de trouver un « point d'amarrage juridictionnel » dans une chaîne de valeurs globale. Elle a ainsi attaché une importance aux phénomènes normatifs d'origine non étatique (l'auto-régulation, le désir des acteurs de préserver leur réputation et la certification de conformité à des standards a-juridiques) et la réponse juridique a pu, de ce fait, être formulée en termes de responsabilité sociale, d'accès des victimes à la justice – plutôt que de compétence territoriale, de contrat, de personnalité morale, ou encore de marché. L'horizon politique dessiné par ce jugement est celui d'une société où la seule poursuite de profits est mise en balance avec d'autres valeurs. En d'autres termes, la Cour a tenté ici de rompre avec le raisonnement judiciaire traditionnel qui s'est développé dans le cadre d'un paradigme dominé par la fiction d'un système juridique ordonné ou de textes formels faisant autorité.

Plus classiquement identifiable comme une question d'ordre public en droit international privé, la question de la gestation pour autrui fournit, elle aussi, une illustration de ce même phénomène. Elle atteste en particulier les difficultés auxquelles le droit national fait face lorsqu'il s'agit d'apporter des réponses satisfaisantes aux problématiques qui résultent de la libre circulation accélérée des personnes, notamment en devant s'appropriier des normes étrangères qui

have required chocolate importers and manufacturers to certify and label their chocolate as "slave free." As an alternative to the proposed legislation, the defendants, along with others from the chocolate industry, supported a voluntary mechanism through which the chocolate industry would police itself".

pour certaines, reposent sur des postulats très différents de ceux qui le structurent. En effet, les Etats dont le droit prohibe une telle méthode de gestation refusent de reconnaître la filiation des enfants que leurs ressortissants ont ainsi fait concevoir à l'étranger. Les jugements étrangers établissant cette filiation ne sont dès lors en général pas reconnus au motif qu'ils portent atteinte à l'ordre public interne et le principe de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant – issu du droit international – invoqué généralement (Italie, Espagne...) en faveur de la reconnaissance de ces filiations atypiques sert également, comme en Allemagne, à justifier le refus de les reconnaître.

## Biographies des intervenants

### ■ Jean-Marc Sauvé

Diplômé de l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration, Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État. Il est également président du comité prévu par l'article 255 du Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (comité de sélection des juges européens), président du conseil

d'administration de l'ENA et président de l'Institut français des sciences administratives.

### ■ Érik Orsenna

Après des études de philosophie et de sciences politiques, Érik Orsenna choisit l'économie. De retour d'Angleterre (*London School of Economics*), il publie son premier roman en même temps qu'il devient docteur d'État. Suivent onze années de recherche et d'enseignement dans le domaine de la finance internationale et de l'économie du développement. En 1981, il est nommé au cabinet du ministre de la coopération. Deux ans plus tard, il rejoint l'Élysée en tant que conseiller culturel, puis travaille auprès du ministre des Affaires étrangères dans les années 1990. En 1985, il entre au Conseil d'État. Aujourd'hui conseiller d'État honoraire, il est revenu à des activités d'économiste et d'entrepreneur. Romancier (*L'Exposition coloniale*, prix Goncourt 1988 ; *Mali, ô Mali*, 2014), il écrit également des contes, ainsi que d'autres livres abordant des sujets plus scientifiques (*Portrait du Gulf Stream*, 2004) ou tournés vers la mondialisation (*Voyage aux pays du coton*, 2006 ; *L'Avenir de l'eau*, 2008 ; *Sur la route du papier*, 2012). Il a été élu à l'Académie française, le 28 mai 1998.

### ■ Mireille Delmas-Marty

Mireille Delmas-Marty, agrégée de droit privé et sciences criminelles, a enseigné dans les universités de Lille II, Paris XI et Paris I. Membre de l'Institut universitaire de France (1992-2002), elle a été nommée au Collège de France en 2002 (chaire « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit »). En 2007, elle a été élue membre de l'Académie des sciences morales et politiques. Docteur *honoris causa* d'une dizaine d'universités, en Europe et hors d'Europe, elle s'est consacrée à la recherche au sein de l'Institut universitaire de France (1991-2001) puis du Collège de France, ainsi que dans

le cadre de l'UMR de droit comparé (Université de Paris I/CNRS) qu'elle a créée et dirigée de 1997 à 2002. Elle a publié de nombreux ouvrages, notamment *Le flou du droit*, la série *Les forces imaginantes du droit* (4 vol, Seuil 2004-2011), *Libertés et sûreté dans un monde dangereux* (Seuil 2009) et *Résister, responsabiliser, anticiper* (Seuil 2013). Enfin, elle a assumé de nombreuses missions d'expert, notamment auprès du Président de la République, du Ministre de la justice et de l'Union européenne, de l'UNESCO et des Nations Unies.

### ■ Dominic Grieve

*The Rt Hon Dominic Grieve QC MP* est membre du Parlement britannique, élu de la ville de Beaconsfield, pour le parti Conservateur, depuis 1997. Après des études d'histoire à l'université d'Oxford, puis des études de droit à Londres, il a été admis au Barreau (*Middle Temple*) en 1980 et nommé Conseil de la Reine en 2008. Il a parallèlement été élu dans le *borough* londonien de Hammersmith et Fulham de 1982 à 1986. En sa qualité de parlementaire, Dominic Grieve a occupé les fonctions, au sein du « cabinet fantôme » d'opposition, de ministre de l'Écosse en 1999 et 2001, porte-parole pour les questions de justice criminelle de 2001 à 2003, *Attorney General* de 2003 à 2009 et ministre de l'intérieur de 2008 à 2009. En 2010 Dominic Grieve a été nommé *Attorney general* de l'Angleterre et du pays de Galles et *Advocate general* d'Irlande du Nord, fonctions qu'il exerce jusqu'en 2014. Il préside par ailleurs actuellement la Société franco-britannique et il est le vice-président du Conseil franco-britannique.

### ■ Horatia Muir Watt

Docteure en droit international privé de l'université Paris II, agrégée des facultés de droit, Horatia Muir Watt enseigne le droit international privé et le droit comparé. Elle a été en poste

successivement aux universités de Tours, Paris XI et Paris I, avant de rejoindre Sciences Po en 2009. Elle a participé activement à la construction de l'École de droit de Sciences po et assure la codirection scientifique de la spécialité *Global Governance Studies* du master de droit économique. Membre de l'Institut de droit international depuis 2013, Horatia Muir Watt est par ailleurs rédactrice en chef de la *Revue critique de droit international privé* et membre du comité de publication de nombreuses revues juridiques, parmi lesquelles *Transnational Legal Theory*. Avec D. Fernández Arroyo, elle a créé le programme de recherche *Private International Law and Global Governance* (PILAGG) et codirigé *Private International Law and Global Governance* (2014). Parmi ses principales autres publications, elle est coauteur de l'ouvrage *Droit international privé* avec D. Bureau chez PUF (collection Thémis).

## Bibliographie sélective

BARTELSON (J.), *Sovereignty as Symbolic Form*, Routledge, 2014.

BOMHOFF (J), « The reach of rights: "the foreign" and "the private" in conflict-of-laws, state-action, and fundamental- rights cases with foreign elements », 71-SUM Law & Contemp. Probs. 39, 2008.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Méthodologie du droit et des sciences juridiques*, Dalloz, 2014.

FRYDMANN (B), *Petit manuel pratique du droit global*, Coll. Académie en poche, Bruxelles, 2014.

JASANOFF (S.), LECLERC (O.), *Le droit et la science en action*, Dalloz, Collection Droit, Essais, 2013.

MICHAELS (R.), « Globalisation and Law : Law Beyond the State », in R. Banakar & M. Travers, (dir.), *Law and Social Theory*, Hart Publishing, 2<sup>e</sup> éd (2013), *op cit*, p. 287 s.

MONATERI (P.G), *Geopolitica del diritto, Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, 2013.

MUIR WATT (H), "Private international law beyond the schism", *Transnational Legal Theory*, 2(3), 2011, p. 347-427.

MUIR WATT (H.), FERNANDEZ ARROYO (D.), dir., *Private international law as global governance*, Oxford University Press, 2014.

SAMUEL (G.H.), *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart, 2014.

SAMUEL (G.H.), « Does One Need an Understanding of Methodology in Law Before One Can Understand

Methodology in Comparative Law ? », in Van Hoeke (M.), *Methodologies of Legal Research*, Hart, 2013, p.177.

WESTERMAN (P.), « Open or Autonomous ? The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law », in VAN HOEKE (M.), *Methodologies of Legal Research*, Hart, 2013, p. 87.