

UNIDROIT (ed.)

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVÉ

Eppur si muove:
The Age of Uniform Law

Essays in honour of
Michael Joachim Bonell
to celebrate his 70th birthday

VOLUME 1

Rome, 2016

Le droit et le juriste européen : un point de vue comparé

Luigi Moccia*

I TERRITORIALITÉ ET SPATIALITÉ DU DROIT

Face à la complexité du monde actuel, de ses interconnexions et de ses contaminations de sens, de ses possibles convergences et de ses unifications improbables (ni, peut-être, souhaitables), le comparatiste qui cultive un droit apatride, à savoir le droit comparé ou, plus exactement, le droit perçu comparativement dans la multiplicité, la variété et la relativité de ses manifestations, se trouve, aujourd'hui plus que par le passé, dans la condition passionnante mais périlleuse, ou tout du moins laborieuse, d'être sans appartenir. Cette condition est similaire à celle que l'on peut vivre dans un lieu de frontière ou de transit culturel entre différents mondes, lorsque l'on découvre qu'il est possible de déplacer son propre point de vue depuis un domaine territorial, unique et isolé, vers un domaine spatial, comprenant l'ensemble des mondes qui le compose.

« J'ai passé ma vie à Istanbul, sur la rive européenne, dans les maisons donnant sur l'autre rive, l'Asie. Demeurer auprès de l'eau, en regardant la rive d'en face, l'autre continent, me rappelait sans cesse ma place dans le monde, et c'était bien. Et puis un jour, ils ont construit un pont qui joignait les deux rives du Bosphore. Lorsque je suis monté sur ce pont et que j'ai regardé le paysage, j'ai compris que c'était encore mieux, encore plus beau de voir les deux rives en même temps. J'ai saisi que le mieux était d'être un pont entre deux rives. S'adresser aux deux rives sans appartenir totalement à l'une ni à l'autre dévoilait le plus beau des paysages »¹.

J'ai essayé de décrire cette condition de la comparaison juridique par le biais de l'image du *pont* qui unit des mondes distants entre eux. Il s'agit, bien évidemment, d'une métaphore aux multiples suggestions qu'il faut expliciter. La première. Le pont dont on parle est avant tout un symbole de la comparaison ou, plus exactement, de ceux qui la mettent en pratique (les comparatistes), en tant que *pontifices* ; dans le sens étymologique de *constructeurs de ponts* exposés au risque de leur profession de juristes, en équilibre entre deux frontières, mais stimulés par le rapprochement de mondes et d'expériences éloignés. La seconde. Il s'agit, comme nous l'avons dit, d'une métaphore concernant le rôle de la comparaison et des comparatistes ; ce qui est mis en relief est l'idée de comparaison perçue comme mode de communiquer, c'est-à-dire comme possibilité de mettre en communication les différentes expériences juridiques, plutôt que de mesurer la distance qui les sépare. Une troisième et dernière suggestion concerne l'importance que revêt, pour l'activité des comparatistes occupés à la construction de ponts et plus avant à leur entretien, le choix des matériaux et de la méthode de travail ; car il s'agit de créer un lien ne pouvant reposer que sur le terrain de la culture².

* Professeur à l'Université « Roma Tre », Chaire Jean Monnet.

¹ O. PAMUK, Istanbul: Souvenirs d'une ville, éd. Gallimard, Paris, 2007.

² Cette idée est exprimée pour la première fois in L. MOCCIA, Il diritto cinese nella teoria dei sistemi giuridici: dalla tradizione alla commistione, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura*

Les ponts unissent car ce sont des structures situées dans un espace qui se trouve au-dessus du territoire, d'où le regard peut embrasser les deux rives à la fois.

La comparaison en tant que pont renvoie donc à l'idée d'une vision globale, ou spatiale – plutôt que territoriale – du droit. Cette vision implique, surtout dans le monde contemporain, un effort qui permet de se placer au-dessus de son propre horizon de référence (local), et ce, dans une tension constante vers un ailleurs du droit, vers un but inconnu, quel que soit le but connu pour boucler le circuit de la confrontation comparative³.

L'exigence d'un point de vue panoramique sur le phénomène juridique à échelle mondiale a trouvé sa réponse dans la comparaison. Les termes adoptés ont été et sont encore ceux de la classification (taxinomie) de ce phénomène, selon des modèles qui tiennent compte des influences du contexte historique et culturel et conduisent ainsi à la territorialisation des différentes expériences. En ce sens, ces dernières acquièrent l'importance et l'intensité des traditions juridiques (*legal traditions*), telles des corps conçus organiquement, avec leurs propres caractères (particuliers, voire exclusifs) identitaires, leur permettant donc de devenir l'expression de domaines et d'environnements, de facteurs et d'éléments bien déterminés.

Il est indéniable qu'on peut y trouver l'empreinte d'un certain nationalisme méthodologique dont les premières traces évidentes sont visibles dès l'origine de l'étude comparative du phénomène juridique. Il suffit de penser à une œuvre comme celle de Montesquieu. On peut reprendre la vision, très suggestive sous de nombreux aspects, que Montesquieu nous a laissée dans l'immense et superbe fresque des institutions humaines de son époque. Cette vision tend à démontrer de quelle manière les lois et les institutions des différents peuples du monde, connu à l'époque, n'étaient pas uniquement le résultat de conditionnements naturels et n'exprimaient pas un caractère exclusivement conventionnel, mais comment ces lois et ces institutions dépendaient, au contraire, d'une multiplicité de facteurs naturels et culturels, comme, par exemple, le climat et la conformation physique d'un certain pays, le principe qui régit le gouvernement (monarchique, despotique, aristocratique, oligarchique, démocratique) d'un peuple, le genre de vie de ses habitants (agriculteurs, bergers, chasseurs), mais aussi leurs croyances religieuses, leurs habitudes et ainsi de suite. Autrement dit, on devrait observer, étudier et comprendre, de tout point de vue, les lois et les institutions convenant exactement à chaque peuple, absolument spécifiques à un contexte donné et par conséquent, non transposables ailleurs, voire même variant selon l'orographie d'un territoire déterminé, de son étendue et de la vocation de ses habitants, de leurs traditions, de leur caractère et de leur style de vie; et ce, afin qu'on

Civile (RTDPC), 2005, p. 877 et s.; ainsi que ID., *Il diritto in Cina. Tra ritualismo e modernizzazione*, Turin, 2009, p. 38 et s.

³ G. GORLA, *Diritto comparato*, article de l'*Enciclopedia del diritto*, Milan, 1964, vol. XII, p. 928; et dans ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milan, 1981, Chap. 3, p. 70: « En effet, la comparaison ... est un processus quasi circulaire de connaissance qui passe d'un terme à l'autre, puis revient du second au premier et ainsi de suite; de cette manière, il améliore sans cesse la connaissance de l'un et de l'autre... ».

puisse en saisir l'essence, l'*esprit*, qui consiste dans « les divers rapports que les lois peuvent avoir avec les diverses choses » ⁴.

Il s'agit pourtant d'une approche qui est, même aujourd'hui, à l'avant-garde. En effet, elle reconnaît l'existence des liens profonds et indissolubles que le phénomène juridique (droit) a tissés avec l'ensemble des diverses choses qui composent une culture, perçue essentiellement comme forme de civilisation se référant à une ethnie, à une nation ou à un groupe social. Elle s'affirme donc comme une approche où il est impossible de connaître ce phénomène, dans l'histoire comme dans la géographie du monde, si l'on ne saisit pas les relations de signification existant entre les lois et les institutions et leur propre raison d'être, c'est-à-dire encore une fois leur *esprit*.

Mais on peut également entrevoir, derrière cette approche, l'influence d'un double préjugé explicité – selon la définition donnée par Montesquieu – comme étant ce qui nous porte à nous ignorer nous-mêmes ⁵, à savoir, notre propre condition humaine et, donc, universelle, nous permet non seulement d'embrasser le monde dans son ensemble, afin d'en saisir et d'en sectionner, de nation à nation, de société à société, de culture à culture, les particularités respectives des lois et des institutions, mais elle nous permet également de regarder au-delà de la relativité de cette vision, vers la globalité de l'expérience sociale, culturelle et d'ordre normatif qui y est exprimée.

La représentation – fort imageante – qui est ainsi tracée de la mappemonde des institutions et des coutumes en vigueur chez les êtres humains, où les contours délimitant les zones à plus forte densité juridique apparaissent presque trop nets par rapport aux zones juridiquement moins visibles (ou sensibles), montre, d'une part, le préjugé d'une vision *eurocentriste*, basée sur la valeur paradigmatique de la civilisation *occidentale* et donc, sur le rapport asymétrique de cette dernière (la règle) avec la civilisation *orientale* (l'exception). D'autre part, cette représentation manifeste un sentiment de latente inquiétude épistémologique entourant le modèle de rationalité occidentale, dont cette image s'inspire, historiquement et consciemment, face à la perception de la (d'une) profonde (radicale) *altérité* – ce qui peut rendre très problématique la confrontation, sur le plan socio-institutionnel et culturel en général – entre l'Occident et l'Orient. Selon une célèbre phrase de Rudyard Kipling: « L'Orient est l'Orient, l'Occident est l'Occident et, jamais, ces deux mondes ne parviendront à se comprendre » (*East is East and West is West, and never the twain shall meet*) ⁶.

Le préjugé dont on parle ici est similaire à celui qui a porté assez récemment, et porte encore, à prévoir ou même à craindre – selon une terminologie qui n'est pas toujours appropriée et parfois même déviante – un *choc des civilisations*, la *nôtre*, occidentale, de matrice judéo-chrétienne, d'une part, et la *leur*, respectivement, la civilisation islamique et la civilisation chinoise ⁷.

⁴ L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milan, 2005, p. 16, citant MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat, baron de), *De l'esprit des lois*, 1748, I, 3 (disponible en ligne à l'adresse: http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/de_esprit_des_lois_tdm.html).

⁵ Dans la Préface de l'œuvre: « J'appelle ici préjugés, non pas ce qui fait qu'on ignore de certaines choses, mais ce qui fait qu'on s'ignore soi-même » (nos italiques).

⁶ L. MOCCIA, *Comparazione giuridica*, op. cit., pp. 16-17, texte et note 28.

⁷ La référence concerne S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order* (1^{re} éd., 1996), Londres et al., 1998.

En termes politiquement corrects, selon l'expression usuelle, le sens de cette *altérité* ressort de l'observation selon laquelle même s'il est vrai que nous, Occidentaux, n'avons pas le monopole de la culture juridique, étant donné que, dans le monde (d'aujourd'hui comme d'hier), il en existe de nombreuses autres, parfois très anciennes, on continue pourtant à percevoir l'identité de la culture juridique *occidentale* « uniquement en opposition avec ces autres cultures »⁸.

Tout au long de ce raisonnement, l'idée de la comparaison en tant que pont est encore une fois utile pour réitérer la possibilité, et même la nécessité, dans le monde d'aujourd'hui, d'un point d'observation à dimension spatiale, plutôt que territoriale, d'où il serait possible d'avoir un regard global sur les connexions existant entre la société, la culture et le droit. Dans ce contexte, le droit, comme expérience d'ordre normatif, à la fois universel et relatif, de par la variété des formes adoptées dans l'espace comme dans le temps, ne serait plus identifiable (identifié) à un attribut qui en définirait l'appartenance à tel ou tel autre peuple, territoire ou régime politique (le droit des Romains, le droit anglo-saxon, le droit islamique, le droit chinois, le droit italien, mais aussi le droit bourgeois, le droit socialiste, si ce n'est dans sa signification la plus pauvre ou, mieux encore, dans le *non-sens*, du point de vue comparatiste, des normes regroupées dans un système étatique déterminé.

II VERS UNE NOUVELLE PERSPECTIVE MÉTHODOLOGIQUE ET CONCEPTUELLE

À partir de ces observations préliminaires, on peut essayer de tirer des conséquences utiles au développement de notre raisonnement.

En premier lieu, la comparaison comme manière d'étudier le droit, qui est aussi une manière de concevoir le droit lui-même, représente donc l'introduction logique nécessaire qui sous-tend cette étude comparative; ce qui confirme, du reste, l'idée de comparaison en tant que point de vue spatial à partir duquel observer le droit dans sa dimension aterritoriale et atemporelle, comme un phénomène observable en tout lieu et en tout temps.

Étant donné que tout agglomérat d'êtres humains implique un minimum essentiel de normativité, généralement perçue comme l'ensemble des règles qui disciplinent les comportements et organisent les pouvoirs et les fonctions, les rôles et les compétences, on pourra désigner toutes ces règles par un même nom, *droit*. Et ce, qu'il s'agisse d'une société primitive (communauté de peuple, tribu ou clan), ou bien des modernes sociétés industrialisées, ou encore de ces sociétés post-modernes à taux élevé d'innovations technico-scientifiques, avec une incidence et une interférence fortes sur le plan éthico-social, et caractérisées par des phénomènes qui en augmentent la complexité. C'est le cas, par exemple, des flux migratoires qui sont à l'origine des transformations multi-ethniques et multi-culturelles, capables de contenir une pluralité et une diversité de traditions normatives propres à chaque groupe qui compose pourtant (en tant que minorités) sa population. Cela finit donc par accentuer, au plan conceptuel outre qu'au plan empirique, les niveaux de relativisme (et de particularisme) juridique, correspondant à une notion de droit perçue dans son extension globale, à savoir planétaire.

⁸ F. WIEACKER, Foundations of European Legal Culture, in *American Journal of Comparative Law*, 1990, p. 4.

Par ailleurs, l'hypothèse de base reste la même, constituée par la (possibilité d'une) équivalence et, donc, la comparabilité entre systèmes normatifs pourtant très différents entre eux, depuis les rituels magico-sacrés des communautés les plus anciennes jusqu'aux systèmes techno-juridiques les plus sophistiqués et les plus complexes des sociétés contemporaines, juste pour indiquer les deux extrêmes des relations que tout ordre normatif établit avec la société. Ces deux extrêmes des relations société-droit, ainsi que les diverses étapes intermédiaires représentées essentiellement par les conceptions éthico-religieuses du droit se prêtent, d'une part, à une disposition linéaire, c'est-à-dire à une évolution progressive depuis un stade primitif (ou irrationnel) vers un stade évolué (ou de rationalité pleine et formelle) et, d'autre part, ces mêmes relations paraissent aussi liées par un rapport de mélange ou de contigüité, voire d'une possible co-présence dans des contextes sociaux déterminés.

Toutefois, même à ce niveau d'abstraction logique maximale, on ne peut s'empêcher de constater, étant donnée la diversité profonde entre ces contextes, un glissement de la signification du mot *droit* en référence à chacun des contextes respectifs. On peut donc retrouver, encore une fois, le thème de la *spatialité*, caractérisant la vision comparative du droit, non seulement en ce qui concerne les scénarios que l'on peut observer, c'est-à-dire les nombreux droits possibles, ayant existé ou existant encore, mais aussi à partir du point d'observation lui-même, les *nombreuses manières possibles de concevoir le droit*.

À ce sujet, les interprétations sur la « modernité réflexive » proposent de saisir la réalité contemporaine – de plus en plus composite et complexe – selon une nouvelle optique, une optique « cosmopolitique ». Par là même, le cosmopolitisme a cessé d'être une simple idée d'avenir encore sujette à controverses. Il a quitté les châteaux en Espagne de la philosophie pour s'installer (en dépit de quelques déformations) dans la réalité. Qui plus est, il est devenu la signature d'une nouvelle ère, l'ère de la modernité réflexive, où les frontières et les distinctions propres aux États-nations s'évanouissent et sont renégociées. C'est pourquoi, dans ce monde cosmopolitique, nous avons d'urgence besoin d'un nouveau point de vue pour observer les choses – l'optique cosmopolitique – afin de saisir dans quelles réalités sociales et politiques nous vivons et nous agissons. L'optique cosmopolitique est donc à la fois le résultat et le préalable à une reconstruction conceptuelle de la perception⁹.

Toutefois, placer son optique dans cette perspective signifie également changer le point de vue méthodologique à partir duquel observer la réalité; cela signifie, plus précisément, adopter – sur le plan de la formulation théorique et du développement analytique de l'enquête – un point de vue alternatif par rapport à celui du *nationalisme méthodologique*.

En effet, des phénomènes nouveaux et complexes tels que la mondialisation et, en particulier pour ce qui concerne l'Europe, tels que l'intégration supranationale – phénomènes par rapport auxquels les frontières et les distinctions étatiques et nationales semblent disparaître en même temps que les certitudes et les catégories qui avaient marqué et accompagné leur naissance et leur renforcement – nous poussent à entreprendre une réflexion (auto)critique qui permettra de mieux comprendre ces phénomènes et leurs implications, en-dehors du cadre national, dans la perspective cosmopolitique. Immigré

⁹ U. BECK, Qu'est-ce que le cosmopolitisme?, Paris, éd. Aubier, 2006, p.11 trad. fr de l'original *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*, 2004.

dans la réalité, le cosmopolitisme est un thème fondamental de la civilisation européenne, de la conscience européenne, et même de notre expérience du monde, parce que dans l'optique cosmopolitique, appliquée à la méthodologie des sciences sociales, une force sommeille qui pourrait être réveillée: celle qui permettrait d'ouvrir une brèche dans le narcissisme autocentré de l'optique nationale, dans l'inintelligence sourde où il maintient la pensée et l'action, et d'ouvrir les yeux des hommes sur la cosmopolitisation réelle des mondes dans lesquels ils vivent et de leurs institutions ¹⁰.

La traduction sur le plan méthodologique de ce point de vue consiste à embrasser une *logique duelle*, calibrée sur l'opportunité (si ce n'est sur la nécessité) de se défaire de la logique oppositionnelle *aut-aut* la plus traditionnelle, et de s'en remettre à une logique conciliatoire *et-et*, c'est-à-dire à la *distinction inclusive* ¹¹. Le cosmopolitisme de la réalité du monde contemporain exprime et reflète une logique inclusive, de *complémentarité des contraires*, plutôt qu'une logique dichotomique, d'exclusion réciproque.

Il s'agit, selon des termes qui rappellent des sujets bien connus dans d'autres domaines culturels – chinois par exemple ¹², d'une forme harmonieuse ou mimétique de raisonnement qui tend à imiter, et non à dominer, la réalité (nature) des choses dans ses multiples manifestations, souvent contradictoires. Il faut accepter cette réalité, plutôt que se limiter à enregistrer son évidence ou, pis encore, à s'y résigner, afin de la faire évoluer vers des niveaux progressifs d'auto-conscience, de sorte que, selon l'exemple donné pour démontrer la possibilité d'un mélange mixte d'identités caractérisant une condition d'appartenances multiples de plus en plus répandue, le *citoyen global* ne devienne pas un amalgame explosif (non seulement comme métaphore) de contradictions non résolues.

III DE LA COMPARAISON PAR SYSTÈMES À LA COMPARAISON PAR FONDEMENTS

On peut appliquer ce point de vue spatial (global), plus que territorial (national), de l'observation comparatiste du droit en ce qui concerne la manière d'appréhender les relations *civil law-common law*, en termes non seulement de contrapposition, mais aussi de distinction inclusive. C'est en ce sens que l'opposition *civil law-common law* cesse d'être uniquement ou principalement une ligne de démarcation entre des cultures antagonistes, localisées et localisables au plan géographique, mais qu'elle devient – si l'on peut dire – *intériorisée* en tant que composante dialectique de toute expérience juridique au sein de laquelle on retrouve à la fois l'esprit de la *civil law* et l'esprit de la *common law*. On peut dire, en d'autres termes, que la dichotomie *civil law-common law*, appréhendée au niveau épistémologique dans une optique de *déchirure*, présente dans l'histoire plus que dans la géographie du monde occidental, porte en elle un niveau essentiellement *axiologique* où sont impliqués, pour chaque expérience juridique, la figure et le rôle des juristes ainsi que leur manière de percevoir le droit ¹³.

Autrement dit, *civil law* et *common law*, considérés comme des comportements caractérisés culturellement et orientés vers la conception et la pratique du droit, et non pas

¹⁰ Id., *ibid.*, p. 12.

¹¹ Id., *ibid.*, p. 16.

¹² Cf. L. MOCCIA, Il diritto in Cina, *op. cit.*, pp. 49-51.

¹³ L. MOCCIA, L'educazione alla comparazione, in F. Treggiari (par), *Per Alessandro Giuliani*, Pérouse, 1999, p. 92.

comme des systèmes (ou modèles) de droit perçus de façon abstraite, peuvent se retrouver au sein d'un même ordre ou être adoptées par un même juriste. On pense donc à une expérience non pas abstraite, mais bien concrète, susceptible d'oscillations, de contradictions et de contaminations de sens, où le vécu d'un système ou les activités professionnelles spécifiques de ses juristes peuvent refléter la primauté d'un mode sur un autre, ou plus exactement, leur mélange. La ligne de démarcation n'est plus statique, de type géographique, c'est-à-dire territorial, mais de type culturel ou historico-culturel, c'est-à-dire spatial et par là-même, variable selon le lieu et le temps.

En ce sens, la distinction entre *civil law* et *common law* devient la distinction entre l'idée du (d'un type de) droit que nous pourrions définir le « droit des lois », droit « certain », ou droit « législatif » (voire codifié), expression d'une forme systématique-déductive (dogmatique) de rationalité, et l'idée du (d'un type de) droit que nous pourrions définir le « droit des cas », droit « probable », typiquement droit « jurisprudentiel », expression d'une forme analytico-inductive (problématique) de rationalité, l'une et l'autre forme étant susceptibles de se poser et de se recomposer dans un rapport dialectique d'implication, sans opposition et exclusion réciproques.

À titre d'exemple, on peut rappeler le thème important des relations entre le « droit » et l'« équité » (*law and equity*), thème commun aux deux systèmes de *civil law* et *common law*, qui reflète une formulation et une conception différentes de ces relations. C'est en particulier de ces soi-disant 'principes' du (et dans le) droit dont on parle depuis toujours en les affublant d'une grande variété de significations qui concernent de nombreux domaines de référence: des sources normatives aux techniques de l'argumentation, des critères ou standards de jugement aux règles interprétatives, jusqu'aux préceptes proprement dits.

À ce propos, on remarquera très brièvement une distinction importante entre les principes appliquant les *regulae iuris* du droit commun médiéval, encore bien présents dans l'acception des *legal maxims* du monde anglais de *common law*, et les *principia iuris* dominant le continent européen, résultat de l'élaboration entre la théologie juridique de la seconde scholastique et de ses traités sur les lois (*de legibus*), en particulier dans l'œuvre de Francisco Suarez, revus et adoptés par le positivisme des codes du XIX^e siècle ¹⁴.

En effet, les principes, dans le sens de *legal maxims*, se traduisent dans la recherche (pratique) d'une solution raisonnable (équitable), suivant l'esprit et les techniques de la logique argumentative reliée au modèle de rationalité probabiliste (*ratio probabilis*); et ce, afin de remplir une fonction équilibrante par rapport à la rigueur prescrite par la norme (*ope legis* ou *ope iudicis*). Vice-versa, les *principia iuris* de matrice tout d'abord théologique puis laïque dans la version du droit naturel moderne et dans la version du positivisme au XIX^e siècle, jouent un rôle essentiellement rationalisant pour le système, en se basant sur la réduction du droit en loi et sur le besoin de certitude fondé sur la configuration en termes volontaristes de tout l'ordre juridique.

Avec la crise du positivisme et de ses dogmes (monopole étatique de la loi, rigueur scientifique et neutralité de la méthode, fermeture nationaliste du système), on observe aujourd'hui l'importance que les valeurs et les principes, exprimant une forte marque axiologique, exercent au plan de la refonte d'une culture juridique européenne dans son ensemble. Cette culture juridique s'éloigne des tentations systémiques et est encline à la

¹⁴ Cf. A. GIULIANI, dans sa Presentazione à P. Stein et J. Shand, I valori giuridici della civiltà occidentale, trad. it., Milan, 1981, pp. VI-IX.

confrontation avec elle-même et avec d'autres disciplines de recherche, en termes d'*auto-réflexivité critique* (se substituant à un anachronisme auto-référentiel), mais elle se confronte surtout avec le monde environnant, avec ses contradictions et avec ses défis récurrents, auxquels il faut essayer de trouver des solutions et des réponses. Il semble également évident que la dichotomie *civil law-common law* est destinée, en particulier sur le plan de l'*interpretatio iuris*, à céder le pas en faveur d'un savoir juridique – qui ne peut être absent aujourd'hui – de plus en plus dialectique et problématique, c'est-à-dire orienté vers des thèmes et des problèmes à la base de la (de chaque) expérience juridique.

C'est ainsi que l'étude de ces deux traditions, de leurs caractères et de leurs relations, porte à l'observation de thèmes et de questions qui leur sont communs, comme ceux concernant les relations entre le *droit* et la *société*, la *société* et L'*État*, la *loi* et le *droit*, le *pouvoir législatif* et le *pouvoir des juges*, l'*autorité* (des pouvoirs publics) et les *libertés* (individuelles), le *droit* et le *procès*, et bien d'autres encore en tant que leurs articulations comme les techniques de l'interprétation et du raisonnement juridique (*legal reasoning*), les précédents judiciaires (*judicial precedents*), les professions du droit, les modèles de l'organisation et de la fonction judiciaire (*judicial process*). Tous ces thèmes et toutes ces questions représentent ou reflètent des éléments comparatifs qui émergent en des formes différentes, mais compatibles, de rationalité juridique.

De manière plus générale, voici donc qu'apparaît le scénario d'un nouveau statut épistémologique de l'étude comparative du droit. Cette étude n'est plus liée à la dimension territoriale des frontières de la mappemonde juridique, au sein desquelles on va introduire tel ou tel autre *système de droit* (romain-germanique, anglo-américain, socialiste, religieux ou de type mixte par combinaison possible de systèmes) en suivant une logique dichotomique de distinction oppositive (*aut... aut*), c'est-à-dire de classification de chaque système ou groupe de systèmes appartenant à l'une ou l'autre *famille juridique* (selon une autre expression devenue commune dans le lexique de la comparaison systémologique). Cette étude tend, au contraire, vers une dimension spatiale de formes de rationalité qui sont l'expression de manières de penser le droit en rapport aux questions fondamentales de l'(de toute) expérience juridique.

En effet, une étude comparative qui abandonne le schématisme rigide de la théorie des systèmes juridiques – étendard illusoire, ou plutôt de convenance, derrière lequel se sont amassées les troupes des comparatistes pendant des décennies – a tendance à s'ancrer dans l'expérience juridique concrète comme lieu de partage des problématiques et des exigences communes.

On peut y retrouver une première indication concernant le déplacement (ou bien une fracture) de l'axe méthodologique et conceptuel de la comparaison, de la problématique des taxinomies à la problématique des éléments de connaissance de base ou « fondements » de la comparaison.

Ces fondements définissent certains caractères d'identification non seulement d'un (type de) système juridique, classifié et associé à des espaces géographiques définis par rapport à des modèles (de droit) déterminés (anciens ou contemporains), mais ils définissent également une façon d'être du droit en tant que forme mentale, essentiellement reconnaissable, bien que par rapport à des domaines territoriaux spécifiques, sur le plan (spatial) des comportements et des pratiques, des institutions et des coutumes, des valeurs, des règles et des principes autour desquels s'articule toute expérience juridique reconnue comme expérience socio-culturelle.

Dans cette nouvelle perspective concernant la spatialité, selon une optique caractérisée par une logique de distinction inclusive ou de médiation-conciliation de sens, il est possible d'observer que les transformations et les innovations dans les domaines économique, politico-social, juridico-institutionnel, technico-scientifique et culturel, ont déjà abattu toute barrière de représentation ordonnée et simplifiée du monde réel. Le monde réel est alors pris d'assaut par les contradictions et sa complexité augmente de par l'introduction et l'enchevêtrement de ces transformations-innovations qui interviennent sur des structures et des modes de vie, des expériences et des mentalités plus conventionnels. Il en résulte donc – et cela est très évident aujourd'hui – que dans le monde réel aucune chose n'est jamais uniquement ce qu'elle est, toujours égale à elle-même, mais plutôt ce qu'elle devient lorsqu'elle change de substance dans la continuité de sa (ou d'une) forme. La forme et la substance sont impliquées entre elles dans une relation circulaire et non linéaire, selon l'affirmation confucéenne que « culture et nature sont indissociables »¹⁵.

IV DU DROIT COMPARÉ AU DROIT EUROPÉEN

Ces réflexions, nées au niveau où se situe la question de l'identité, ou plus exactement des identités individuelles et collectives dans la dimension globale et dans la dimension locale du monde contemporain, peuvent être aisément ramenées dans le cercle européen des études politico-institutionnelles et juridiques, cercle où sont en train de s'affirmer de nouvelles catégories comme, par exemple, le système de gouvernance multi-niveaux (*multilevel governance*) ou la protection des droits multi-niveaux (*multilevel constitutionalism*). Ces catégories, sans pour autant supprimer la territorialité des systèmes, la projette par effet de fondu dans une dimension de spatialité. Cette dimension présente des contours moins bien définis et moins définissables, où les niveaux local, national, international, transnational et supranational créent une sorte de caléidoscope d'images composées et composables de différentes manières, mais toutes reliées entre elles et compatibles dans une perspective (optique) *cosmopolitique*.

La construction, depuis plus de soixante ans, d'une « union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » (comme l'affirment les traités), représente un test significatif pour la composition d'une mosaïque ou d'un puzzle – vu les incertitudes qui subsistent sur l'avenir mais surtout sur les configurations possibles de cette construction – qui impose une capacité de vision *autre* par rapport à la vision nationale.

Dans cette réalité complexe, les systèmes juridiques étatiques et même nationaux semblent, en effet, de plus en plus exposés à des processus de mutation de leur propre sphère de souveraineté, à l'intérieur, par le biais des autonomies locales, et aussi à l'extérieur, par le biais des agrégations supranationales ou transnationales. Il s'agit donc de formes d'articulation plurielle du système que l'on peut interpréter, selon le point d'observation, comme formes de fragmentation de l'unité étatique et territoriale ou bien d'intégration-interaction entre des organismes et des niveaux de gouvernement au sein de l'espace européen.

¹⁵ LUNYU XII. 8 [Les entretiens de Confucius, traduction du chinois de S. Couvreur (1835-1919), texte disponible en ligne à l'adresse : http://wengu.tartarie.com/Lunyu/Couvreur/Lunyu_00.htm] « Culture et nature sont indissociables l'une de l'autre. Une peau de tigre ou de léopard ne se distingue pas d'une peau de chien ou de brebis, quand le poil est raclé ».

Cette ambivalence du point de vue, d'où l'on peut observer le phénomène du *pluralisme juridique* dans son ensemble, reflète la réalité juridique actuelle au sein de l'Union européenne. « L'eupéanisation produit un nouveau type d'addition inclusive (*et-et*), dans lequel les cultures juridiques et politiques continuent à exister tout en étant fondues dans une culture juridique européenne »¹⁶.

Selon ces termes, l'Europe *union de peuples* est donc un *pont* entre deux rives: la rive nationale, constituée par chaque système intérieur de l'Union, et la rive cosmopolitique ou globale, constituée par l'Union en tant que telle. Cela se résume bien dans la disposition du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui, en plaçant l'objectif de l'intégration (harmonisation-uniformation) juridique dans les politiques de l'Union, établit que: « L'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres » (art. 67, 1).

L'observateur, qui regarde le panorama environnant depuis ce pont, va saisir des éléments *communs* et *particuliers*, *fédéraux* et *inter-gouvernementaux*, d'*union* et de *différentiation*, mais il va les percevoir comme un ensemble où ces divers éléments instaurent une relation de distinction inclusive et non de dichotomie oppositive rigide c'est-à-dire une relation d'implication réciproque, selon la devise « *unie dans la diversité* », proposée, non par hasard, par le soi-disant traité constitutionnel du 2004 (jamais ratifié), pour être utilisée (et *de facto* utilisée, au niveau de la communication politico-institutionnelle) comme symbole de l'Union¹⁷.

Cette nouvelle *Europe du droit*, qui est en train de se former sur le terrain, pour certains encore marécageux, des nationalismes, pour d'autres, au contraire, fertile de par la richesse de sa diversité, est l'Europe des *institutions communes*, d'une *citoyenneté commune* aux citoyens des États membres de l'Union. Avec des compétences qui sont généralement concourantes, c'est-à-dire partagées par les États membres, mais exercées selon le *principe de subsidiarité*, en tant que principe d'*articulation spatiale de la souveraineté*, par *niveaux décisionnels* d'un seul et unique axe systémique, disposés entre eux en rapport de *coordination* plutôt que hiérarchique. Dans le cadre des *politiques communes* où l'objectif du *rapprochement des législations* (nationales) au sein d'un *marché unique* a été accompagné par un projet-programme plus ambitieux pour créer un *espace de liberté, de sécurité et de justice*, et plus spécifiquement un *espace judiciaire européen* à l'intérieur duquel faire valoir les propres droits n'importe où dans l'Union, espace indiqué non par des frontières territoriales, mais par les valeurs, les droits fondamentaux et les principes généraux *communs* aux systèmes des États membres.

La nouvelle cadence méthodologique qui en découle se traduit par un changement de paradigme conceptuel, reconnaissable dans la formation au niveau européen d'un *méta-droit*, c'est-à-dire d'un *droit-pont* qui permet de créer un facteur commun de valeurs, de règles et de principes dans le cadre de l'Union, en tant que système intégrant les systèmes juridiques nationaux, différents et éloignés les uns des autres, et pourtant mis en communication entre eux à travers le système-pont de l'Union.

Autrement dit, l'eupéanisation en tant que processus de formation d'une culture juridique européenne tend à déplacer, au-delà de la comparaison, la ligne de rencontre le

¹⁶ U. BECK, Qu'est-ce que le cosmopolitisme?, *op. cit.*, p. 334.

¹⁷ V. http://europa.eu/abc/symbols/motto/index_fr.htm.

long de laquelle des éléments *communs* (au niveau européen) et *particuliers* (au niveau national et local) vont se placer dans une relation de complémentarité, en tant qu'éléments d'une réalité globale et comme tels, observables selon une optique (« cosmopolitique ») tournée vers un scénario général et complexe où, au lieu de l'unicité du droit à l'échelle européenne (droit unique du marché), c'est la (une) *modularité multi-niveaux* du droit (particulier/commun) qui y trouve sa place.

Cela reflète une diverse construction politico-juridique centrée, non pas sur le *marché*, mais sur la *citoyenneté*¹⁸, en tant que citoyenneté *plurielle* et *différenciée*¹⁹, selon laquelle la question de la relation sujet-droits/devoirs devient la question de la définition d'un statut de subjectivité juridique qui relève de l'*espace européen* et non pas du *territoire* (local ou national, quel qu'il soit). C'est donc une question qui se pose non plus (seulement) de manière *statique*, lorsque l'on suppose l'appartenance du sujet à un territoire déterminé (national) mais (également) de manière *dynamique*, relationnelle et transversale par rapport à la capacité d'une appartenance multiple, et donc de la mobilité au sein d'un nouveau type de système multi-niveaux, local, national et européen tout à la fois²⁰.

V L'ORDRE JURIDIQUE OUVERT: DROIT EXTRA-ÉTATIQUE ET COMMUNICATION ENTRE JURISTES

Il nous faut, à présent, donner un rapide aperçu de la longue histoire du droit commun continental et observer l'Europe du droit au cours des siècles passés. Cette observation est particulièrement intéressante et actuelle dans la perspective des idéaux qui ont été à l'origine du processus d'intégration européenne.

Laissons de côté les détails d'un phénomène articulé et complexe qui s'est développé depuis le Moyen Âge jusqu'à nos jours, et limitons-nous à observer que le scénario historique, évoqué ici, nous met face à diverses expériences de *droit commun*, perçu essentiellement comme droit transnational. Ces expériences doivent être dûment enregistrées car elles rétablissent les différents modèles de droit (et de juriste) européen.

En bref, depuis la naissance dans le bas Moyen Âge des études de droit romain, un modèle de *ius commune* s'est peu à peu articulé autour de l'interprétation des textes de Justinien (et des textes canoniques) de la part des docteurs (*doctores iuris*) ou des juristes académiques auprès des universités de l'époque; ce qui a donné naissance à une tradition importante de règles et de principes communs qui constituaient le trait uniforme d'une réalité présentant un vaste volume de droits particuliers (*iura propria*) dont les lacunes et les incertitudes étaient comblées par ces règles et ces principes venant à leur secours, *lex* ou *ratio scripta*. À côté de ce droit commun d'origine *docte*, confié à la circulation des textes romains et de leur relative *interpretatio*, s'ajoute, à partir du XVI^e siècle jusqu'au XVIII^e

¹⁸ L. MOCCIA, Du « marché » à la « citoyenneté »: à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique, in RIDC, 2-2004, p. 291 et s.; Id., European Law: From Market to Citizenship, in L. Moccia (ed.), *The Making of European Private Law: Why, How, What Who*, Munich, Sellier, 2013, p. 47 et s.

¹⁹ L. MOCCIA, La cittadinanza europea come cittadinanza differenziata a base di un sistema multilivello di diritto privato, in *La Cittadinanza Europea*, 1/2006, p. 59 et s.

²⁰ L. MOCCIA, Il sistema della cittadinanza europea: un mosaico in composizione, in L. Moccia (cur.), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione*, Milan, 2010, p. 165 et s.; Id., La cittadinanza nella prospettiva della federazione europea, in *La Cittadinanza Europea*, 2/2011, p. 39 et s.

siècle, un droit commun d'origine (essentiellement) jurisprudentielle, confié cette fois à la circulation des *opinions* (*opinionones*) des juges et des avocats, exprimées au cours de leur activité professionnelle de décision ou de conseil sur des cas pratiques, et recueillies dans une littérature destinée aux juristes du barreau ²¹.

Il n'est peut-être pas nécessaire de préciser que sa diffusion s'étendait à toute l'Europe, y compris l'Angleterre où l'on retrouve la présence de juristes (les *civilians*, avocats et juges) éduqués à l'étude du droit romain-canonique, de ses juridictions et de ses procédures, ainsi que l'influence d'autorités jurisprudentielles et doctrinales continentales, et également des analogies et des similitudes de techniques interprétatives, de méthodes, de règles et en général de traits tels que l'on peut justifier l'idée d'un *droit commun européen* ²².

Ce droit était composé de matériel divers comme le droit romain, le droit féodal, la *lex mercatoria*, le droit concernant les conflits de lois (le droit international privé actuel), ainsi que les statuts et les coutumes locales. Tout ce matériel était fortement soudé par l'ensemble de la *communis* ou *magis communis opinio totius Europae*, dénommée ainsi par les écrivains de l'époque.

Ce droit était alimenté par le biais de la communication (*communicatio*) entre les juristes (avocats et juges) des différents systèmes (étatiques) structurés comme des systèmes « ouverts » à la circulation de ces mêmes juristes (la liberté d'établissement existait déjà) et de leurs opinions ou, plus exactement, de l'opinion des juristes les plus influents et les plus réputés en Europe ²³.

Il est important de souligner que l'Europe du droit représente, au plan historique, une expérience globalement caractérisée par l'idée d'un droit extra-étatique, produit par une culture et par une mentalité juridique façonnées, même durant la période moderne, dans un esprit transnational qui fait dépendre la reconnaissance des règles et des principes, à l'intérieur d'un système, d'une correspondance et d'une convergence avec d'autres systèmes présents dans le cercle de la communication du monde civil (*communicatio orbis civilis*). Ce monde européen était donc un espace de circulation des opinions et des décisions des juristes (avocats et juges) auprès des juridictions les plus importantes (les *grands tribunaux*).

Or, il est clair que dans des systèmes de ce type – « ouvert » – la comparaison était, pour ainsi dire, de routine et que les juristes, théoriciens et praticiens l'utilisaient fréquemment et normalement dans leur activité professionnelle, sans pour autant que cet usage, accompagné de son bagage de connaissances et de techniques, ne revête une quelconque importance (autonome) de spécialisation (beaucoup moins scientifique). Bien au contraire, cet usage de la comparaison était considéré comme intrinsèque ou, mieux encore, comme quelque chose d'inné chez les juristes de l'époque, tout du moins aux niveaux des échelons supérieurs de la magistrature et dans les milieux élitaires du barreau ²⁴.

²¹ G. GORLA, Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale. L'esperienza del diritto comune, in *Foro it.*, 1977, V, 1, et in *Id.*, Diritto comparato e diritto comune europeo, *op. cit.*, Chap. 22.

²² L. MOCCIA, Comparazione giuridica e diritto europeo, *op. cit.*, III, Chap. 5.

²³ *Id.*, *ibid.*, Chap. 3, § 10, et Chap 5, § 11.

²⁴ *Id.*, *ibid.*, Chap. 5, § 10.

De manière plus spécifique, l'ordre juridique *ouvert* est celui où l'on théorise et où l'on pratique, au niveau des sources du droit, l'usage de la comparaison en tant que règle apte à reconnaître le droit applicable aux affaires judiciaires, dans les cas où il n'existe pas une disposition sur le point ou la norme est douteuse. Dans ces cas, on admet le recours, à titre d'interprétation, à des normes d'origine légale et/ou jurisprudentielle provenant d'autres systèmes (*lex alius loci*) et faisant partie du même domaine culturel: le « monde civil européen », ou *orbis civilis nostrae Europae communicationis*, comme on l'appelait alors, selon l'expression créée par l'un des plus grands représentants du droit commun européen des XVII^e et XVIII^e siècles, le Cardinal Giambattista De Luca ²⁵.

En ce sens, on admet l'importance de la théorie des ordres juridiques *ouverts* ou *communicants* ²⁶. Ces systèmes, nés au niveau d'une conception ou plutôt, d'une civilisation du droit, perçue comme le patrimoine des règles et des principes communs au monde européen, furent emportés par la vague national-positiviste du XIX^e siècle et se transformèrent en des systèmes de plus en plus « fermés », qui exprimaient une conception différente du droit, de ses sources et de tous les tenants et aboutissants institutionnels, professionnels et doctrinaux.

En réalité, l'alternative entre les ordres juridiques *ouverts* et les ordres juridiques *fermés*, au sein desquels s'est joué le destin du droit commun européen des siècles passés et à l'intérieur desquels va se jouer le destin du (nouveau) droit européen dans les années à venir, présente des valeurs liées à des conceptions différentes du droit. Ces conceptions se rapportent à diverses options politico-culturelles, selon un schéma déjà en vigueur dans le passé, mais qui s'adapte bien à notre époque. On peut donc définir *illibéraux* les juristes enfermés dans la pratique et dans les lois, à l'intérieur de la doctrine du propre système local (national), et *libéraux* les juristes qui adoptent l'ordre juridique ouvert, c'est-à-dire ceux qui communiquent selon une nouvelle prise de conscience de leur rôle et de ce qui peut et doit le justifier et l'orienter ²⁷.

On peut enfin constater que les véritables sujets de l'ouverture et de la communication ou, au contraire, de la fermeture, ne sont pas les systèmes, en tant que phénomène institutionnel, mais les juristes respectifs, en tant que réalité individuelle et collective, caractérisée et inspirée par des comportements et des valeurs déterminés ²⁸.

²⁵ Id., *ibid.*, Chap., 3 (et réf.).

²⁶ L. MOCCIA, Prospetto storico delle origini e degli atteggiamenti del moderno diritto comparato (Per una teoria dell'ordinamento giuridico aperto), in RTDPC, 1996, p. 181 et s.

²⁷ L. MOCCIA, Les bases culturelles du juriste européen: un point de vue continental, in RIDC, 4-1997, pp. 804-806.

²⁸ L. MOCCIA, Comparazione giuridica e diritto europeo, *op. cit.*, pp. 966-967. Sur la figure et le rôle des juristes du tribunal aux XVI^e-XVIII^e siècles, auteurs du droit commun européen moderne, on se réfère à l'œuvre de Gino GORLA et, en particulier, à son témoignage paru dans *Il diritto comparato in Italia e nel mondo comunicante e una introduzione al dialogo civil law-common law*, Milan, 1983 (éd. monographique de l'essai publié dans *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Actes du colloque, Messine-Taormine 3-8 novembre 1981, Milan, 1982, p. 467 et s.), à propos d'un juriste du barreau catalan du XVII^e siècle, Fontanella, qui « appelait *illiberales* les professionnels du droit qui s'enfermaient dans la pratique et dans les lois de leur Barreau; et *liberales* ceux qui pratiquaient l'ordre juridique ouvert » (*ibid.*, p. 624).

VI UN NOUVEAU IUS COMMUNE DANS LE CADRE DU DROIT EUROPÉEN MULTINIVEAUX

Pour revenir sur le scénario actuel et sur le processus d'intégration européenne encore en évolution, on peut poursuivre en tenant compte des bases méthodologiques et conceptuelles mentionnées plus haut et se poser une question qui s'impose: que doit-on entendre, aujourd'hui, par *droit européen* ?

En somme, on peut donner deux notions possibles de droit européen différentes mais concourantes²⁹.

Il y a la notion de droit européen assimilé à la *civilisation européenne*, selon une signification essentiellement historique et culturelle, ou bien, dans un sens plus technique, en rapport avec la tradition juridique européenne.

Cependant, il s'agit d'une notion fragile, comme du reste l'enseigne la comparaison, dominée par l'idée de la dichotomie *civil law-common law*, principal élément de partage de cette tradition, au sein de laquelle on rencontre une série d'expériences juridiques particulières qui concernent des zones régionales déterminées: celles se référant aux pays scandinaves, ou celles à caractère mixte (*civil law-common law*) comme dans le cas de l'Écosse. Il ne faut pas non plus oublier le fait que, dans le domaine de la tradition de *civil law*, il existe encore une série de variantes nationales, dont la différence peut parfois être significative. Certaines d'entre elles sont caractérisées par la présence, en leur sein, de formes étendues d'autonomie relativement importante sur le plan de la spécificité des systèmes normatifs locaux ou régionaux (comme, par exemple, dans l'Espagne).

Par ailleurs, il y a la notion de droit européen assimilé au *droit de l'Union* (ex-droit communautaire). Ce droit, de formation récente et nouveau du point de vue des intérêts sauvegardés et des principes invoqués, surtout dans le secteur privé, est destiné à pénétrer dans les contextes lexicaux et structurels du droit (national) le plus traditionnel, d'origine européenne dans le sens décrit ci-dessus.

Ce droit européen peut, à son tour, s'articuler suivant deux notions qui se correspondent matériellement, mais qui se distinguent conceptuellement, car il reflète deux phases distinctes du processus d'intégration européenne.

Dans la terminologie courante, l'expression droit européen (*European law*), toujours dans le sens du « droit de l'Union » (*European Union law*), semble destinée à remplacer l'expression plus prosaïque (eurocratique) de « droit communautaire » (*Community law*), devenue obsolète après le Traité de Lisbonne. Elle semble également destinée à représenter une profonde amélioration correspondant au dépassement de la phase *fonctionnaliste* de l'intégration économique et allant vers une phase *constitutionnelle* d'intégration normative, d'où émergent les éléments suivants: a) *centralité de la personne*; b) *modèle européen de société ouverte et inclusive*; c) *espace de liberté, sécurité et justice*; d) *création d'un espace judiciaire européen, en tant qu'« espace authentique de justice »*, où faire valoir les *propres droits partout dans l'Union* (selon ce qui est établi par le Programme de Stockholm 2010-2014).

²⁹ Pour une discussion plus large sur le sujet voir L. MOCCIA, Du 'marché' à la 'citoyenneté': à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique, in RIDC, *cit.*, pp. 292-304.

En réalité, avec le Traité de Maastricht, le processus d'intégration a pris la voie-maîtresse d'une union de plus en plus étroite entre les peuples de l'Europe, représentée par la *citoyenneté* de l'Union. Expression qui, au-delà de son indubitable valeur suggestive et de sa nature fortement symbolique, se manifeste par son étroite connexion avec un *espace de liberté, de sécurité et de justice*, destiné à compléter et à absorber l'espace sans frontières intérieures du *marché* unique. C'est un espace conçu comme un lieu où se rencontrent et interviennent non seulement des sujets professionnels spécifiques, entrepreneurs et prestataires de services, mais aussi de simples (con)citoyens européens, non plus étrangers entre eux.

C'est de cette manière que l'on veut souligner l'énorme potentiel, sur le plan du système et de l'application, du principe de la *citoyenneté* au niveau européen, de concert avec le principe de la non discrimination.

Une dernière acception du terme « droit européen » est donc celle d'un droit, à valeur constitutionnelle, commun à tous les systèmes nationaux par rapport auxquels le système de l'Union ne paraît pas distinct et isolé, mais partie intégrante de ces systèmes. Il requiert et favorise la convergence, ou l'intégration, au sein de la zone d'action du système de l'Union, l'intégration dans un système commun européen ou, si l'on préfère, dans un système européen de droit, commun à tous ses citoyens.

Tout comme le droit commun des siècles passés qui trouvait, dans les droits naturels (*iura naturalia*), précurseurs des droits de l'Homme modernes devenus aujourd'hui les droits fondamentaux de la personne, un terrain fertile de rencontre et de dialogue entre les juristes libéraux (*liberales*) animés d'un esprit d'ouverture intellectuelle, le nouveau *ius commune* européen semble destiné à se développer sur le terrain des principes et des valeurs et, par conséquent, des droits fondamentaux qui les expriment. Ces droits doivent, bien évidemment, être accompagnés des devoirs comportementaux correspondants que les pouvoirs publics et les particuliers doivent appliquer.

L'idée de recentrer ce droit européen dans la dimension plurielle de la *citoyenneté*, tout à la fois nationale et européenne, plutôt que dans la dimension unificatrice du *marché*, peut contribuer à un meilleur équilibre entre l'unité et la diversité, mais permet aussi de rassembler les tendances à l'unification et les tendances à la conservation des diversités et des spécificités nationales et locales, selon un modèle de système *multi-niveaux* (local, national et européen)³⁰.

Ce modèle rappelle le modèle représenté par le droit commun (*ius comune*) en rapport de complémentarité (et de subsidiarité) avec les droits (nationaux ou régionaux) particuliers (*iura propria*). C'est donc un modèle qui paraît apte, ou utile, à soutenir, dans la complexité du phénomène de l'intégration européenne, le besoin d'une plus grande uniformité, facteur et condition pour ancrer et développer ce phénomène au niveau social et culturel, ainsi qu'au niveau juridique et institutionnel.

Il en découle donc l'idée d'un droit européen, pensé et structuré en tant que système agissant sur plusieurs niveaux d'efficacité, national et supranational, étatique et extra-étatique. Ce droit, caractérisé par une multiplicité de sources et expression de diverses formes de rationalité tout à la fois législative, jurisprudentielle, et de *soft law* fondé sur des

³⁰ Voir aussi L. MOCCIA, Du « marché » à la « citoyenneté » : à la recherche d'un droit privé européen durable et de sa base juridique, in RIDC, *cit.*, pp. 323-327.

valeurs et des principes généraux communs et sur les droits fondamentaux correspondants, individuels et collectifs (droits des minorités).

VII VERS UNE FIGURE DE JURISTE EUROPÉEN: REMARQUES FINALES

Pour clore ces quelques pages, il nous faut tourner notre regard vers la figure d'un juriste conscient d'être *européen*, capable de devenir le *pont* de communication et d'ouverture entre son propre système (national) et d'autres systèmes, et avec le système de l'Union. Mais, ce regard doit adopter le point de vue global évoqué ici comme motif-guide d'une nouvelle perspective méthodologique et conceptuelle sur l'étude comparative du droit, en référence à l'espace européen et plus précisément au processus d'intégration européenne encore en marche.

À ce sujet, un parcours semble ressortir. C'est un parcours qui, à partir des expériences de l'histoire observée avec une attention particulière envers les défis de l'actualité, a pour but la reconstruction des lignes communes de la civilisation juridique européenne. Il va nous conduire jusqu'aux expériences réelles, consacrées à vérifier les techniques, à dessiner les architectures, à ajuster les instruments, et par là-même, à affronter la théorie et la pratique de l'intégration juridique européenne afin de contrôler la qualité de ses résultats et chercher à orienter ses processus.

De là ressort la centralité du rôle des juristes, futurs auteurs de la construction du pont européen, tout au long de ce parcours, avec ses diverses intersections – entre l'histoire et le droit, le droit et la société, le droit étatique et le droit extra-étatique, la citoyenneté nationale et la citoyenneté européenne, le monisme et le pluralisme juridique – et avec ses nombreux tournants, en particulier, ceux du droit interne intégré au droit de l'Union, du droit comparé et du droit international (public et privé). Ce cadre de références, de valeurs et de motifs idéaux sont donc capables de redonner un cerveau et un cœur ou, plus prosaïquement, un véritable corps au profil exsangue du juriste européen – un profil d'autant plus improbable qu'il est lié à sa nature spécialisée, ou prétendue telle.

En effet, c'est bien là le sens profond du choix d'un point de vue global. Le choix de cette optique va nous permettre de nous tourner vers les deux rives, nationale et européenne, et va se traduire par l'exigence, essentiellement culturelle, de mettre en avant la figure du *juriste européen*, devant le droit européen comme droit de l'Union. Ce juriste n'est pas enfermé dans un domaine de spécialisation disciplinaire, mais il est, bien au contraire, conscient du rôle et de la tâche qui propulsent sa professionnalité dans un espace supranational et transnational; espace où s'intègrent les systèmes internes de chaque État et le système de l'Union, dans une société de plus en plus caractérisée par le pluralisme, une société ouverte et inclusive.

Ainsi donc, notre conclusion pourrait sembler paradoxale, mais elle reflète ce renversement de l'optique qui s'intéresse avant tout aux profils culturels de la professionnalité juridique, aujourd'hui. Poser le problème de l'identification de la figure du « juriste européen » ne correspond, en fin de compte, qu'à se poser le problème, débattu depuis toujours au sein de la culture juridique européenne (et occidentale), de l'identification du *juriste* tout court, sans adjectifs, sans attributs, si l'on veut « réellement » qu'il soit – ou qu'il redevienne – sans frontières.

La supposition du *pluralisme juridique*, pluralisme des sources et, par conséquent, des systèmes de règles et des niveaux de normativité qui y correspondent, est à nouveau

d'actualité à l'intérieur de sociétés de plus en plus plurielles dans leur articulation et dans leur composition.

Même s'il est vrai que le scénario qui semble s'annoncer aujourd'hui à l'horizon européen exprime plutôt une perte de cohérence et d'unité, au sein des systèmes nationaux et du système de l'Union, au profit d'éléments de fragmentation et de dispersion, la réponse ne peut se trouver que sur le plan de règles et de solutions communes, par le biais de convergences au niveau européen.

C'est bien là que doivent intervenir les juristes européens :

- face à de nouveaux phénomènes ou à une profonde transformation quant aux sources et aux catégories juridiques et à leurs techniques interprétatives;
- dans le contexte de sociétés où les frontières nationales (territoriales) du système étatique disparaissent pour céder la place à un *espace commun* de vie et de liberté, de sécurité et de solidarité, de justice et de citoyenneté;
- sous le signe du progrès des études de droit à l'intérieur de la dimension européenne, en tant que véritable ligne de démarcation par rapport aux positions de résistance pour une fermeture nationale, ou tout du moins de méfiance suspicieuse ou de suffisance provinciale, ou pis encore, de coupable ignorance;
- en vue d'une communauté politique et de droit à caractère supranational et transnational, respectant les diversités;
- afin de contribuer au développement d'une notion authentique de droit européen commun, expression d'une communauté effective de valeurs et de principes, en tant que base solide où trouver l'équilibre entre l'universel et le particulier, entre ce qui est européen et ce qui est local (ou minoritaire).

Un nouveau *ius commune* européen pourra tirer au moins deux éléments d'utilité certains de l'expérience des siècles passés.

Le premier concerne le droit commun, facteur important d'*unité culturelle et spirituelle* du savoir juridique européen ³¹, dans ses diverses formes de rationalité complémentaires.

Le second concerne la conception de l'*ordre juridique ouvert*, pour ce qui concerne ses sources, c'est-à-dire la relation de communication, de la part des juristes, avec les autres systèmes et leurs juristes ³².

En réalité, le premier et le second de ces éléments ciblent un but bien précis: *le rôle et la responsabilité de la classe des juristes*, théoriques et pratiques, dans la réalisation d'un phénomène hautement complexe, comme l'intégration européenne peut l'être, pour répondre à une importante uniformisation-harmonisation dans le domaine du droit (surtout privé), non par le biais d'une imposition hiérarchique, mais par l'ancrage au tissu des relations sociales innervées de valeurs, de principes et droits fondamentaux communs.

Il s'agit d'un rôle qui semble donc acquérir une importance déterminante pour la réalisation effective de l'espace de liberté, de sécurité et de justice *sans frontières internes*, que l'Union entend offrir à *ses citoyens*. En effet, cet espace – sans quoi, voué à l'aridité provoquée par une action croissante de désertification normative communautaire à même de tarir tout esprit de participation réelle et convaincue des citoyens à la construction

³¹ F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milan, 1951.

³² G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milan, 1981, III^e partie (Per un diritto comune europeo), en particulier Chap. 21.

européenne – pourra ainsi donner sa valeur politico-idéale à la *citoyenneté de l'Union* et pourra également lui rendre sa signification concrète de facteur et de condition à la base d'une société civile et d'un droit commun aux citoyens européens.