

## ANNEXE : DESCRIPTIF DU PROGRAMME DE RECHERCHE

### **Mondialisation juridique et émergence de nouveaux espaces normatifs : une relecture de la « réception » du droit au Japon (d'une première illustration en droit commercial)**

#### **RÉSUMÉ**

Fort d'un système hybride à la croisée de plusieurs traditions normatives, le Japon est généralement présenté – et se conçoit – comme un pays de « réception » du droit, en même temps qu'il fait aujourd'hui valoir un titre spécial à agir dans le domaine de sa « diffusion ». Mais est-il encore pertinent d'appréhender en termes de « réception » et de « diffusion » les modalités selon lesquelles ce pays a historiquement expérimenté et tente aujourd'hui – dans un contexte de globalisation économique, politique et sociale – d'aménager la circulation du droit? Tandis que les systèmes juridiques voient leurs « facultés de résistance » diminuer face à la multiplication des facteurs de pénétration par des normes externes, comment caractériser alors les mécanismes auxquels recourt actuellement le Japon pour « adapter » son droit interne et redynamiser sa politique juridique extérieure? Et quelle perception du rapport entre mondialisation et droit ces mécanismes traduisent-ils?

C'est plus spécifiquement en droit commercial – champ indissociable à la fois de la modernisation historique du droit japonais et de son actuelle mondialisation – que notre étude interroge les phénomènes de mobilité transfrontière des pratiques, règles, décisions de justice et doctrines juridiques. Revêtant une portée tant pratique que théorique, elle s'articule autour de trois volets : la réforme du droit japonais des sociétés, la négociation par le Japon d'accords commerciaux dits préférentiels dans un cadre bilatéral, les programmes de coopération internationale et leurs liens avec la réforme du droit commercial de plusieurs pays dits « émergents » du continent asiatique.

Notre étude, qui inscrit ces phénomènes dits de « réception » et de « diffusion » dans une typologie des instruments destinés à réguler les flux de mondialisation juridique, montre que le Japon y recourt comme à autant de *mécanismes de filtrage* lui permettant d'aménager une circulation du droit devenue plus fluide encore à l'époque de la globalisation des échanges. Entre *mondialisation du droit* et *droit de la mondialisation*, liés aux processus de transformation des rapports entre systèmes juridiques (dans le sens d'une perméabilisation accrue, d'une concurrence renforcée, et de certains rapprochements), mais distincts du mouvement de standardisation accélérée du droit dans certains secteurs jugés prioritaires,

quelle place de tels mécanismes laissent-ils au projet d'une mondialisation pluraliste du droit? La question se pose plus spécifiquement de savoir si, opérant au cœur même des brassages juridiques propres à un monde globalisé, les transformations du droit japonais témoignent de l'émergence progressive – sur une base autre que strictement régionale, et en dépassement des traditionnelles aires (juridiques) culturelles – d'un espace de régulation complexe dans le domaine commercial, au croisement de plusieurs traditions, faisant intervenir une multiplicité d'acteurs du droit et jouer des formes ainsi que des contenus normatifs inédits.

Or, comment les représentations classiques occidentales – selon lesquelles l'État est au centre de toute la vie juridique, et le droit un système hiérarchisé, linéaire de normes – ne seraient-elles pas impuissantes à saisir cette nouvelle territorialité du droit et sa capacité à se déployer dans des espaces de normativité différents? Très marqués au plan épistémologique, les concepts traditionnels du droit comparé – à commencer par celui de « transfert juridique » – ne parviennent à éclairer que certains aspects de la réalité juridique, sans faire pleinement justice à d'autres caractéristiques devenues pourtant décisives (pluralité des sources, possibilité de voies alternatives de régulation juridique, déhiérarchisation des architectures normatives), et échouent à expliquer de manière satisfaisante la complexité des processus historiques et contemporains de transformation du droit japonais.

Cette étude s'attache aux diverses tentatives de la science juridique japonaise actuelle de repenser la modernisation du droit japonais à l'époque *Meiji*, sa transformation après-guerre, puis sa réforme et sa relative externalisation au tournant du siècle. Elle interroge plus précisément la possibilité de lire ces changements successifs à partir d'une théorie singulière, celle du *droit comme énonciation*, et d'un paradigme en particulier : celui de la *traduction*. Ce faisant, elle prend pleinement en considération les évolutions de la pensée juridique opérées depuis une trentaine d'années et fait écho aux interrogations contemporaines concernant une possible sortie du positivisme juridique, au moins une mise à distance de certains de ses postulats fondateurs. Pour autant, et sans déconsidérer la diversité des conceptions juridiques, il s'agit moins pour nous de mesurer le degré de perméabilité – ou de résistance – des cultures « non-occidentales » face à la mondialisation, que d'interroger la capacité du droit à se déployer dans ce contexte selon des modalités et des logiques nouvelles. Indépendamment des tentatives empiriques et transcendantales faites dans certains domaines pour hâter l'avènement d'un *ordre juridique mondial*, la question se pose alors de savoir si les mécanismes de circulation du droit auxquels recourt le Japon en matière commerciale autorisent à concevoir la mondialisation du droit à l'oeuvre bien plutôt comme l'illustration d'un possible « *décentrement du monde* ».

## PRÉSENTATION DÉTAILLÉE

<b>I. Problématique générale.....</b>	<b>4</b>
<b>II. Le choix d'une thématique d'ensemble et d'un champ spécifique.....</b>	<b>7</b>
1. Les transformations du droit commercial au coeur des mécanismes de régulation de la mondialisation du droit	
2. Mécanismes de « réception » du droit et réforme juridique interne: de la modernisation du droit commercial japonais à sa mondialisation	
3. Mécanismes de « diffusion » du droit et politique juridique extérieure: une externalisation filtrée du droit commercial japonais	
<b>III. Portée pratique de l'étude.....</b>	<b>14</b>
1. L'identification des acteurs, normes et processus permettant au Japon d'aménager la circulation du droit dans un monde globalisé	
2. La détermination d'un nouvel espace commun de régulation	
<b>IV. Portée théorique de l'étude.....</b>	<b>17</b>
1. Une remise en question de certains concepts classiques du droit comparé	
2. Une autre définition de la « mondialisation du droit »	
3. De la <i>comparaison-traduction</i> comme instrument de circulation du droit au Japon	
<b>V. Orientations méthodologiques.....</b>	<b>25</b>
1. Oser la double nature du droit (science normative, science humaine)	
2. Au-delà du paradigme positiviste dominant : le recours à une théorie du droit comme énonciation	
3. Épistémologie du droit comparé et dépassement du discours de la différence	
4. Pour une exploration critique des pluralismes juridiques	
5. Pour une saisie de la mondialisation du droit à partir du paradigme de la traduction	
6. Sources bibliographiques et diversification des cadres de réflexion	

### Problématique générale

Les influences juridiques extérieures – chinoise d'abord, européenne ensuite, anglo-américaine encore – pavent l'histoire de la « règle de droit » au Japon. Coutumier d'une appropriation réfléchie de différentes cultures juridiques et fort d'un système hybride à la croisée de plusieurs traditions normatives, le Japon est ainsi traditionnellement présenté – et se conçoit – comme un pays de « réception » du droit, en même temps qu'il fait aujourd'hui valoir un titre spécial à agir dans le domaine de sa « diffusion ». Mais est-il (encore) pertinent d'appréhender en termes de « réception » et de « diffusion » les modalités selon lesquelles le Japon a historiquement expérimenté la circulation du droit, et cherche à l'aménager aujourd'hui dans un contexte de globalisation des économies? La mobilité transfrontière du droit n'est pas un phénomène nouveau – pas plus dans cette partie du monde qu'ailleurs. Mais, du fait de la « globalisation » des échanges et de l'émergence d'un monde de plus en plus poreux, les modalités et finalités de la circulation du droit ont changé, l'apparition d'un ensemble de pratiques ces dernières années conduisant au renouvellement de la réflexion sur sa « réception » et sa « diffusion ».

La redéfinition des espaces économiques, financiers, politiques et culturels, la transformation des rapports entre systèmes juridiques, l'imbrication des interactions et influences plus ou moins symétriques, ainsi que le rapprochement progressif des droits nationaux impliquent en effet de réexaminer aussi bien les concepts classiquement utilisés pour expliquer la mobilité du droit – réception, transferts ou transplants juridiques, ... – que les arguments avancés pour en contester la possibilité même (A. Watson, W. Twining, P. Legrand, G. Teubner). La réflexion sur la « circulation du droit » – que certains théoriciens anglo-saxons de la mondialisation juridique appellent plus ou moins adroitement « *transmission of law across boundaries* » (A. Halpin, V. Roeben) – demande à être élargie : dans son objet et dans la méthode utilisée, quitte à démultiplier les angles d'analyse et recourir à une pluralité de savoirs eux-mêmes décroisés. Mais tenter de penser différemment la mobilité transfrontière du droit, en mettant résolument à distance les catégories disciplinaires traditionnelles, n'est pas sans risque; et l'entreprise s'avère plus hasardeuse encore si elle ne consiste qu'en une inversion symétrique des postulats fondateurs de la conception occidentale du droit. Interrogeant la nature et la portée des mécanismes de circulation des normes, des pratiques et de la pensée juridiques *vers* et *depuis* le Japon, notre étude tente d'éclairer la complexité des processus de mondialisation du droit à l'oeuvre dans cette partie du monde.

Sans pour autant passer sous silence d'autres aspects de la question, notre analyse s'attache plus spécifiquement au sens et à la portée de tels mécanismes en droit commercial : dans ce champ particulièrement sensible à la globalisation économique et indissociable à la fois de la modernisation historique du droit japonais et de son actuelle mondialisation, la question est de

savoir dans quelle mesure les mécanismes mis en place par le Japon pour réformer son droit interne et se repositionner sur la scène juridique extérieure relèvent d'une typologie des mécanismes régulateurs de la mondialisation du droit. En rien d'école, cette question traduit d'importants enjeux, d'ordre à la fois théorique et pratique.

Car ces mécanismes auxquels le Japon recourt dans un contexte de globalisation se distinguent des outils traditionnels identifiés par le droit comparé s'agissant de la circulation juridique : si le Japon continue de réformer en profondeur son droit, et plus encore depuis l'éclatement de la bulle économique à la fin des années 80, il ne procède – pas plus aujourd'hui qu'hier – selon une logique mimétique en puisant aux autres systèmes juridiques comme à autant de modèles à assimiler; et les mécanismes qu'il utilise dans le cadre de sa politique juridique extérieure, distincts de ceux auxquels recourent en général les pays nord-américains ou européens, ne sont pas destinés à niveler de manière exemplaire des systèmes juridiques conçus comme déficients, qui seraient à *développer* ou moderniser.

Tandis que les systèmes juridiques voient leurs « facultés de résistance » diminuer face au développement des facteurs de pénétration par des normes externes, comment caractériser alors les mécanismes dont use actuellement le Japon pour « adapter » son droit interne et se repositionner sur la scène juridique extérieure? Inscrivant ces phénomènes dits de « réception » et de « diffusion » dans une typologie des instruments destinés à réguler les flux de mondialisation juridique, notre étude montre que le Japon y recourt comme à autant de *mécanismes de filtrage* lui permettant d'aménager une circulation du droit devenue plus fluide encore à l'époque de la globalisation des économies. Liés à la mondialisation du droit, ces mécanismes témoignent bien en effet d'une transformation des rapports entre systèmes juridiques ; et attestent, en ce sens, de leur perméabilité accrue, de leur concurrence renforcée, ainsi que d'un certain nombre de rapprochements ne résultant pas directement de l'adoption de normes internationales spécifiques (C. Morand). Le processus de réforme du droit interne japonais, en particulier de sa branche commerciale, ainsi que le repositionnement de sa politique juridique extérieure dans ce domaine font cependant jouer de manière particulière chacune de ces caractéristiques – perméabilité, concurrence et harmonisation.

S'agissant tout d'abord de la perméabilisation des systèmes juridiques, la plus élémentaire observation des faits (historiques et contemporains) montre que ces derniers, loin d'être étanches les uns par rapport aux autres, sont au contraire conduits à interagir et, le cas échéant, à accepter l'intrusion de normes qu'ils n'ont pas produites. Si l'entrée de normes externes dans un système juridique n'a donc rien de nouveau, et encore moins d'exceptionnel, la mondialisation

du droit à l'oeuvre dans un contexte de globalisation des échanges remet cependant en question les arrangements classiques (ou mécanismes de réception et de diffusion du droit) mis en place par les systèmes juridiques, au profit cette fois d'une autre logique : de nivellement. Certes, la réforme du droit interne japonais et les transformations de sa politique juridique extérieure dans le domaine commercial attestent de la multiplication et du renforcement des vecteurs de pénétration de normes externes. Pour autant, et comme le montre notre étude, ni l'une ni l'autre ne témoignent d'une circulation uniformisante ou homogénéisante du droit. De même, le positionnement juridique adopté aux niveaux interne et externe par le Japon dans le domaine commercial peut contribuer à déplacer les termes (à montrer, surtout, l'inanité) du débat relatif à la concurrence supposée inexorable et insoluble entre les deux grandes traditions juridiques de *common law* et de droit civil – pays anglo-saxons *versus* Europe continentale : les mécanismes régulateurs de mondialisation juridique que font jouer les transformations du droit japonais dans le domaine commercial, ne conduisent pas à la suprématie d'une tradition sur une autre, et les enjeux résident ailleurs. Enfin, s'agissant de l'harmonisation des systèmes juridiques – troisième caractéristique de la mondialisation du droit – les transformations auxquelles on assiste au Japon indiquent que cette tendance, dont notre étude précise la portée dans le domaine commercial, ne correspond en rien à un nivellement des systèmes de droit.

Opérant au cœur même des brassages juridiques propres à un monde globalisé, ces mécanismes participeraient-ils alors de l'émergence progressive d'une nouvelle territorialité du droit ou d'un nouvel espace de normativité – mais sur une base autre que strictement régionale, et en dépassement des traditionnelles « aires culturelles » calquées sur une vision continentale du droit (Europe, *Common Law*, Afrique, Asie, ...)? Notre étude précise dans quelle mesure, et tout particulièrement en ce qui concerne le domaine commercial, les instruments de politique juridique adoptés par le Japon aux niveaux interne et externe contribuent, parmi d'autres, à dessiner les contours d'un « espace trans-continentale » de régulation complexe – au croisement de plusieurs traditions juridiques, impliquant une pluralité de foyers de juridicité, une multiplicité d'acteurs du droit, une imbrication des espaces et des fonctions juridiques, des formes ainsi que des contenus normatifs inédits.

Or, comment les représentations classiques occidentales du droit et de l'État – ou, plus exactement, cette épistémologie de type positiviste au fondement de la pensée juridique « moderne », selon laquelle l'État est au centre de toute la vie juridique, le droit un système hiérarchisé, linéaire et arborescent de normes, et le « dire-droit » un processus relativement simple – ne seraient-elles pas impuissantes à saisir cette capacité du droit à se déployer dans des espaces de normativité différents? Caractéristiques de la mondialisation du droit, les

transformations du rapport entre systèmes juridiques ne sauraient être saisies à moins de se départir de l'orthodoxie monocentriste et d'élargir les termes de l'analyse sur le plan théorique. Plus particulièrement sensible aux diverses tentatives de la science juridique japonaise actuelle de repenser la modernisation du droit japonais à l'époque *Meiji*, sa transformation après-guerre, puis sa réforme et sa relative externalisation au tournant du siècle, notre étude interroge la possibilité de lire ces changements successifs à partir d'une théorie singulière, celle du *droit comme énonciation*, et d'un paradigme en particulier : celui de la *traduction*. Elle reste ainsi sensible aux interrogations contemporaines concernant une possible sortie du positivisme juridique, au moins une mise à distance critique de certains de ses postulats fondateurs et de la « métaphysique occidentale » dont il est porteur. Quoique remettant en question les axiomes de la philosophie juridique « moderne », l'approche adoptée ici ne rejoint cependant pas la critique culturaliste; sans déconsidérer la diversité des approches du droit ni méconnaître l'importance des critiques adressées aux conceptions juridiques occidentalo-centrées (M. Chiba, Y. Onuma), il s'agit moins pour nous de mesurer le degré de perméabilité – ou de résistance – des cultures « non-occidentales » face à la mondialisation, que d'interroger la capacité du droit à se déployer selon des modalités et des logiques nouvelles : les mécanismes utilisés pour aménager la circulation du droit *vers* et *depuis* le Japon, particulièrement dans le domaine commercial, sont-ils de nature à dessiner progressivement une nouvelle territorialité du droit, les contours d'espaces communs de normativité, distincts des traditionnelles aires culturelles du droit (de R. David à H.P. Glenn), et intégrant un facteur de complexification inédit ainsi que la possibilité de multiples hybridations normatives? Indépendamment des tentatives empiriques et transcendantales faites dans certains domaines pour hâter l'avènement d'un *ordre juridique mondial*, la question se pose au fond de savoir si les mécanismes de circulation du droit auxquels recourt le Japon en matière commerciale autorisent à concevoir la mondialisation du droit à l'oeuvre bien plutôt comme l'illustration d'un possible « décentrement du monde » (G. Lhuillier).

### **Le choix d'une thématique d'ensemble et d'un champ spécifique**

Comment, dans un contexte de globalisation économique, les mécanismes de circulation du droit *vers* et *depuis* le Japon – liés aux phénomènes dits de « réception » et de « diffusion » juridiques – opèrent-ils dans ce champ spécifique qu'est le droit commercial? Nous précisons les raisons pour lesquelles cette étude choisit d'aborder la question de la mondialisation du droit à partir d'un champ en particulier, au titre de « première illustration ».

### *Les transformations du droit commercial au cœur des mécanismes de régulation de la mondialisation du droit*

La globalisation implique notamment une ouverture des espaces économiques, l'intensification des échanges internationaux, le développement des activités transnationales et un accroissement de la mobilité des firmes. Ce dont il s'agit consiste bien en une recomposition des territoires, ayant pour toile de fond une déspatialisation de certaines activités ainsi qu'une redéfinition de la place et du rôle des États. Loin d'être dénuée d'effets sur le droit et les institutions juridiques, la globalisation des économies exerce au contraire sur eux un ensemble de pressions : devenus plus sensibles à la pénétration de normes externes (en particulier celles destinées à promouvoir le libre-échange), plus exposés aussi à l'impératif de compétitivité, les systèmes juridiques tendent à harmoniser au moins celles de leurs solutions concernant les activités et phénomènes affectés par la globalisation. Tant et si bien que certains auteurs ont pu parler, s'agissant de l'impact de la globalisation des échanges sur les systèmes juridiques, de « Global juridification » (N. Berman). Dans le domaine commercial, les signes d'une mondialisation du droit ont été perçus plus rapidement que dans d'autres domaines; et, au niveau des droits internes, cette branche spécifique qu'est le droit commercial compte parmi les plus marquées par la globalisation économique : elle se trouve d'emblée soumise à un certain nombre de tensions, et connaît de profondes transformations sous l'effet de cette dernière. Les enjeux de la circulation transfrontière des règles, décisions, doctrines, et pratiques juridiques y revêtent donc une importance singulière : il n'est que d'observer le degré auquel les droits étatiques sont touchés par les opérations de transnationalisation du commerce pour réaliser que la globalisation des échanges affecte profondément le droit commercial élaboré par chaque État en fonction de son histoire et de sa culture propres. Mais si le droit – tout particulièrement dans sa branche commerciale – se mondialise, il le fait (*a fortiori* s'agissant de cette branche) selon certaines modalités et à différents niveaux.

Entre *mondialisation du droit* et *droit de la mondialisation*, la question se dédouble. Elle est tout d'abord de savoir si cette branche spécifique et sujette à des réformes récurrentes qu'est le droit commercial joue, au sein du système juridique japonais, comme courroie de transmission privilégiée d'un droit mondialisé. Inversement, ou en retour, il s'agit de déterminer les ressorts propres de ces transformations : les mécanismes permettant au Japon de réformer son droit interne et de redéfinir sa politique juridique extérieure dans le domaine commercial correspondent-ils eux-mêmes à autant d'instruments régulant les flux de mondialisation juridique? La branche du droit commercial apparaît-elle ainsi comme le lieu où la mondialisation du droit est coproduite, aménagée, « triturée » : à la fois « contre-feu et

véhicule » (J.-B. Auby) de cette dernière? Tout en interrogeant la perméabilisation accrue du système juridique japonais, ainsi que le degré de porosité et de mobilité de son droit commercial, notre étude cherche ainsi à identifier et examiner plus avant les mécanismes qui, développés en la matière, s'avèrent susceptibles d'aménager la mondialisation du droit dans ce domaine.

Encore faut-il préciser que la répartition des rôles entre droit international et droit interne est devenue plus délicate à effectuer, sans compter la place de plus en plus importante occupée par les aspects transnationaux de la matière. Interroger les processus et mécanismes historiques et contemporains de transformation du droit japonais dans le domaine commercial suppose donc d'envisager plusieurs niveaux de régulation. Notre recherche s'articule ainsi autour de trois volets : 1) un volet de « droit interne », puisque cette circulation accrue du droit que stimule la globalisation économique prend largement appui sur les lois nationales : les transformations du droit commercial interne, et la réforme correspondante du droit des sociétés japonais, sont ici analysées au premier chef – et tentée également une mise en perspective comparée avec l'évolution récente des cadres juridiques en Chine et au Vietnam ; 2) un volet de « droit international » : la négociation par le Japon d'accords commerciaux préférentiels, dans un cadre bilatéral et plus particulièrement avec ses partenaires régionaux; 3) un volet concernant plus spécifiquement la « coopération internationale » et ses liens avec la réforme du droit commercial dans plusieurs pays dits « émergents » du continent asiatique. La question étant de savoir comment, à chacun de ces différents niveaux, l'articulation *mondialisation du droit - droit de la mondialisation* est elle-même pensée.

S'agissant d'une réflexion sur *mondialisation et droit*, prendre pour terrain d'étude le droit commercial irait donc de soi; mais il est peut-être moins immédiatement évident, et en tout cas moins fréquent, d'en faire le point de croisement d'une réflexion, à la fois théorique et pratique, sur les mécanismes de circulation du droit, et de l'envisager du double point de vue de la « réception » et de la « diffusion » du droit au Japon. Aux États-Unis comme en Europe, et c'est également vrai au Japon, le droit commercial fait encore peu l'objet d'investigations théoriques : il intéresse modérément les théoriciens du droit, et les spécialistes de la matière eux-mêmes se montrent la plupart du temps peu soucieux de théorisation. Inscrite dans une réflexion plus large sur les modalités contemporaines d'interaction des normes et le renouvellement des processus d'élaboration du droit, cette étude ne prétend pas faire œuvre de spécialisation. Explorant le droit commercial (au sens de règles, pratiques, discours) comme un nouveau terrain de réflexion sur la circulation du droit *vers* et *depuis* le Japon, elle souligne plutôt la nécessité de se concentrer sur certains objets concrets du droit positif tout en décloisonnant une matière juridique susceptible de multiples éclairages – au-delà donc de la distinction classique droit

public-droit privé, et au croisement de l'histoire du droit, de la philosophie du droit, de la sociologie et de l'anthropologie juridiques, notamment; soit autant de matières sollicitées, une fois n'est pas coutume, sur ce terrain.

**Mécanismes de « réception » du droit et réforme juridique interne : de la modernisation du droit commercial japonais à sa mondialisation**

N'y aurait-il eu à strictement parler rien de japonais dans ce « brevet de civilisation » que le Japon a passé au 19<sup>ème</sup> siècle : la modernisation du droit à cette époque ne correspondrait-elle qu'à une production de seconde main? La Constitution du Grand Empire du Japon (*Dai-Nihon teikoku kempô*), dite de *Meiji* et promulguée le 11 février 1889, passe encore pour avoir été le décalque exclusif du modèle germanique – autoritaire, taillé aux mesure d'un pouvoir impérial étendu et arborant, mais au titre de simple ornement, un constitutionalisme de surface. Tandis que certains auteurs offrent de la Constitution de *Meiji* l'image figée d'un texte imposé d'en haut par un régime réactionnaire et autoritaire, principalement dans le but de neutraliser les forces démocratiques naissantes, des études plus récentes proposent une autre lecture de l'histoire de la réception du droit dans le domaine constitutionnel : faire l'« expérience de l'Occident » implique en effet pour le Japon de *Meiji*, qui n'entend pas en copier servilement les principes civilisationnels, d'aller au-delà du simple mimétisme; l'assimilation des principes civilisationnels de l'Occident a bel et bien été « négociée », et ce à plusieurs niveaux (K. Takii). Or, cette observation ne se limite pas à la Loi fondamentale. L'histoire de la codification du droit commercial au Japon au 19<sup>ème</sup> siècle témoigne également du caractère très sélectif et éclectique de la réception du droit (E. Matsumoto).

Loin de puiser à une seule source, la codification du droit commercial japonais illustre au contraire la volonté du gouvernement japonais, de la doctrine japonaise et des conseillers étrangers impliqués dans l'œuvre de codification, de penser cette dernière en lien non seulement avec la diversité, mais aussi avec l'intrication des traditions juridiques et, parfois même, au-delà déjà de la distinction classique droit privé-droit public. Cette œuvre de codification résulte bien en ce sens d'un processus multidimensionnel, à la fois électif, éclectique et transversal. Mais en tenant pour acquise la prépondérance de l'influence allemande dans un contexte d'occidentalisation supposée rapide du droit et des institutions japonais, la plupart des études concernant cette période offre une compréhension incomplète sinon biaisée du processus de réception du droit au Japon dans le domaine commercial. Relativiser le caractère supposément exclusif de l'influence allemande sur la formation du droit commercial japonais conduit au contraire à éclairer la complexité du processus de réception et le caractère éclectique qu'y revêt

cette branche du droit. À y regarder de plus près, en effet, on constate dès l'époque *Meiji* une volonté très nette d'« hybridation normative ». Cette réflexion sur l'éclectisme comme approche initiale de la modernisation du droit japonais est précieuse : elle conduit en effet à dépasser les analyses plus classiques concernant l'influence respective et cloisonnée de différents droits nationaux (français, allemand, anglais, etc. ...) sur la formation du droit commercial japonais et, singulièrement, du pan relatif aux sociétés. Pris au sérieux, cet éclectisme qui caractérise la modernisation du droit japonais et continue d'opérer, devrait ouvrir la réflexion à des perspectives plus vastes. Car il s'agit moins de mesurer – depuis le champ balisé de sa propre spécialité – l'influence de tel droit en particulier sur le droit japonais, que de replacer la modernisation du droit japonais et sa réforme actuelle au croisement même de la circulation des pratiques, des normes et de la pensée juridiques.

Les transformations contemporaines du droit commercial japonais suivent-elles une logique comparable? Cette page de l'histoire du droit nous donne en effet à réfléchir sur cette « troisième ouverture » que le Japon a engagée au seuil du 21<sup>ème</sup> siècle, *via* une réforme de grande ampleur de son système juridique et juridictionnel. Relue par certains historiens du droit en particulier, cette période historique dite de la Restauration de *Meiji* s'avère riche d'enseignements – dont l'analyse permet de mettre plus finement en perspective non pas tant la volonté du Japon contemporain de faire davantage sien, dans un contexte de globalisation économique, politique et sociale, le langage du droit, que sa tentative d'en diversifier les termes. Suite à l'éclatement de la bulle économique à la fin des années 80, on a ainsi pu assister à l'adoption d'un certain nombre de réformes qui traduisent moins au fond l'importance croissante accordée au droit comme instrument de régulation, que la volonté de valoriser l'interdépendance des instruments, modalités et stratégies juridiques, selon différents degrés de formalisation. Les importantes réformes engagées au tournant du siècle, en particulier mais pas seulement dans le domaine commercial, attesteraient de même d'une « re-régulation » du Japon dans un contexte de globalisation des échanges (N. Tanaka). En d'autres termes, la mondialisation du droit ne renverrait pas au Japon à un processus continu de « modernisation », et n'impliquerait donc pas la rupture paradigmatique d'une juridicisation/juridictionnalisation enfin advenue – davantage de droit, d'esprit légaliste et de conscience juridique dans une société industrialisée complexe, traditionnellement défiante vis-à-vis du droit et peu encline à y recourir comme mode de régulation, ainsi qu'une partie de la doctrine et un certain discours officiel ont pu le répéter à l'envie; mais s'inscrirait plutôt dans la continuité d'un droit à tendance pluraliste (J. O. Haley, V. Taylor), qui diversifie les relais normatifs et articule de plus en plus finement formalisme et alternatives à la régulation juridique étatique au sens strict – favorisant ainsi une mondialisation du droit *en bordure* de l'État (A.-J. Arnaud).

La récente réforme du droit des sociétés offre ici un éclairage complémentaire. Adoptée en juillet 2005, elle constitue la première réforme d'envergure du droit commercial depuis cinquante ans et marque un tournant important dans l'histoire du Code de commerce japonais, dont elle réorganise les dispositions. Mise en place au moment même où y refait surface la promotion de la « règle de droit » (*Hô no shihai*), cette réforme s'inscrit dans un mouvement structurel plus vaste, amorcé au tournant du siècle, et qualifié de « troisième ouverture du Japon » (au sens de véritable tournant institutionnel faisant suite aux réformes juridiques antérieures, adoptées sous *Meiji* puis au lendemain de la deuxième guerre mondiale). Mais, en droit commercial, cette nouvelle « ouverture du Japon » ne serait-elle pas au fond surtout le signe que les États – ce dernier ne faisant pas exception à la règle – sont conduits, *nolens volens*, à accepter des règles plus ou moins uniformes, en l'absence desquelles seraient freinées les ouvertures économiques et autres du monde contemporain? D'aucuns ont pu voir dans cette réforme du droit commercial, et la refonte consécutive du droit des sociétés, une tentative de pousser plus avant l'américanisation du droit japonais. Certains aspects pourraient leur donner raison – ainsi, et de manière exemplaire, la nouvelle loi participe-t-elle de la diffusion mondiale d'un modèle en particulier de forme sociale (le partenariat à responsabilité limitée). Il reste pourtant difficile de parler de la réforme japonaise comme d'un cas d'uniformisation du droit des sociétés calquée sur le modèle américain. D'autant plus difficile si l'on considère la très nette tendance de la réforme japonaise à encourager – au-delà de la consécration d'un type de société – l'hybridation juridique des formes sociales. Or, cette tendance inspire également la politique juridique extérieure du Japon.

**Mécanismes de « diffusion » du droit et politique juridique extérieure : une externalisation filtrée du droit commercial japonais**

Si l'image du filtre s'impose assez naturellement à l'esprit en matière de « réception » du droit, son application paraît moins aisée en matière de « diffusion ». En suggérant la possibilité d'aménager les rapports du système juridique japonais avec l'extérieur, cette image n'est cependant pas à sens unique. Notre étude évoque deux illustrations d'une possible « diffusion filtrée » : tout d'abord, le rôle de plus en plus important joué par le Japon dans la négociation d'accords commerciaux dits préférentiels, conclus notamment avec ses partenaires régionaux; ensuite, les programmes japonais de coopération internationale à destination des pays d'Asie dits « émergents » ayant engagé des réformes de leur système juridique, y compris dans le domaine commercial.

S'agissant du volet coopération internationale, notre étude pose la question de savoir si les programmes japonais inexactement appelés d'« assistance juridique », en se distinguant en particulier des programmes européens ou étasuniens, n'opèrent pas en définitive dans un espace « intermédiaire » : se situant *en deçà* de la prétention à mondialiser un modèle d'organisation juridique et judiciaire, mais tendant *au-delà* de la seule reconnaissance d'une pluralité des droits à travers le monde, dans quelle mesure constituent-ils une tentative de réhabiliter l'usage de certains mécanismes de filtrage en matière de circulation du droit? Sur ce point, le « choix de la distance » (Y. Kaneko) qui caractérise la politique japonaise de coopération internationale dans le domaine de la justice et du droit contrasterait singulièrement avec le relatif activisme juridique dont le Japon fait montre depuis quelques années, cette fois en matière de négociation d'accords commerciaux préférentiels (*Preferential Trade Arrangements*) avec ses partenaires régionaux (S. M. Pekkanen). Le contraste n'est cependant qu'apparent. Interrogeant la nature et la portée des mécanismes de circulation du droit que le Japon met en place *via* sa politique juridique extérieure, notre étude revient sur un certain nombre d'*a priori*, pour mieux montrer le rôle qu'il entend jouer dans la mondialisation du droit : les mécanismes de circulation du droit ainsi mis en place ne s'alignent en rien sur une stratégie protectionniste; ils ne sont pas davantage destinés à encadrer une circulation du droit conçue « à la carte » – sur le modèle d'un *law shopping*; et force est de constater que l'activisme juridique dont le Japon témoignerait dans le cadre de ses relations commerciales bilatérales ne correspond pas non plus à un nouveau type de *légalisme agressif*. En revanche, ces mécanismes constituent de précieux indicateurs quant à la signification que revêt la mondialisation du droit pour le Japon.

### **Portée pratique de l'étude**

La portée pratique de notre étude se dédouble. Soucieuse d'identifier plus finement, dans un champ particulier, les mécanismes permettant au Japon d'aménager les flux de mondialisation du droit, elle permet de dessiner les premiers contours d'un espace en voie de formation, espace complexe de régulation dont il s'agit alors de préciser les caractéristiques.

#### **L'identification des acteurs, normes et processus permettant au Japon d'aménager les flux de mondialisation du droit**

Les mécanismes qu'utilise le Japon pour réformer son droit interne ou dynamiser sa politique juridique extérieure dans le domaine commercial sont mixtes : pour partie nouveaux, et pour partie traditionnels – mais alors nécessairement affectés par le contexte dans lequel ils opèrent.

Notre étude montre que, novateurs ou renouvelés, ces mécanismes correspondent à autant d'instruments lui permettant d'aménager la circulation du droit dans un contexte de globalisation économique, politique et sociale – et participent donc pleinement de la régulation des flux de mondialisation du droit. En tant que tels, leur originalité est triple, qui concerne aussi bien les opérateurs impliqués, que les normes et les processus de régulation concernés.

S'agissant des opérateurs, cette étude – qui se concentre sur les réformes du droit interne d'une part, la redéfinition de la politique juridique extérieure du Japon d'autre part – interroge nécessairement le rôle joué par les *acteurs étatiques*. Mais qu'il s'agisse de réformer le droit interne des sociétés, de dynamiser la politique juridique extérieure *via* la négociation d'accords commerciaux préférentiels principalement au niveau régional, ou de développer des programmes de coopération internationale dans les pays du continent asiatique soucieux de réformer leur système juridique et des pans de leur droit (droit commercial compris), les acteurs étatiques n'opèrent jamais seuls. Ces derniers, impliqués au premier chef dans les réformes internes ou la redéfinition des politiques juridiques extérieures, protagonistes en ce sens d'une « ouverture » du droit japonais – de sa mondialisation – en matière commerciale ou dans des domaines attenants, ne sauraient en effet ignorer la palette élargie des producteurs de droit (y compris transnationaux), l'ensemble des autres régulateurs intervenant dans la promotion d'un droit global ou mondialisé. Même si une incertitude demeure quant à caractériser le Japon d'État « post-bureaucratique » ou « post-interventionniste », l'apparition d'autres relais voire de nouveaux acteurs de régulation défie le « triangle de fer » d'un processus décisionnel privilégiant traditionnellement politiciens, bureaucrates et patrons de la grande industrie. Reposer la question de la place de l'État face aux nouveaux lieux de production normative, implique de distinguer les différents niveaux selon lesquels s'effectue la mondialisation du droit : du dessus, à partir de la base, en bordure, par-delà, ou au travers de l'État (A.-J. Arnaud). Il nous faut ainsi identifier les différents acteurs de la circulation du droit *vers* et *depuis* le Japon comme autant d'opérateurs de régulation, et prendre l'exacte mesure du rôle joué dans les actualisations de son droit commercial par des entités variées : internes et externes, publiques et privées, démocratiquement investies ou non (milieu des affaires, industriels, mais aussi actionnaires y compris non japonais, consommateurs, praticiens du droit, communauté universitaire, etc.).

Au niveau interne tout d'abord, la réforme d'envergure du droit commercial adoptée au tournant du siècle, fait ainsi intervenir tout un ensemble d'opérateurs de régulation, dont nous analysons le rôle exact et le degré d'interaction. En matière de politique juridique extérieure dans le domaine commercial, plutôt toutefois que d'interroger le rôle du Japon dans les grandes

organisations économiques au coeur du système de régulation de la globalisation juridique (OMC, Banque mondiale, FMI), nous analysons le positionnement qu'il adopte à leur marge, dans un cadre autre que multilatéral, *en association* avec un certain nombre d'acteurs économiques. Le rôle plus spécifique des praticiens du droit est lui aussi envisagé, aux deux niveaux (interne et externe), la question étant non seulement de déterminer le rôle qu'assument à cet égard les magistrats eux-mêmes, mais aussi le rôle joué par d'autres praticiens du droit dans la mondialisation du droit.

La diversification des acteurs n'est cependant pas seule en question, qui renvoie à la multiplication des lieux de conception et d'élaboration du droit, à la prolifération et au brouillage des sources juridiques, à l'éclatement de la production de droit dans la globalisation, ainsi qu'à une texture de plus en plus ouverte des normes: autant d'éléments conférant une importance spécifique à la question des transformations du rapport entre systèmes juridiques et, au-delà, à celle de la nouvelle territorialité du droit et des articulations entre différents espaces de normativité. Allant dans le sens de leur perméabilisation accrue, n'étant pas étrangers à leur concurrence renforcée, oeuvrant dans une certaine mesure à leur rapprochement: les mécanismes auxquels recourt le Japon pour réformer son droit interne et renforcer sa politique juridique extérieure en lien avec le domaine commercial, participent bien de l'évolution des liens entre les différents systèmes juridiques – mais de manière spécifique. Notre étude précise ainsi en quoi les mécanismes utilisés par le Japon pour aménager la circulation du droit dans un contexte de globalisation des échanges, contribuent à l'émergence d'un nouvel espace de régulation dans le domaine commercial – espace se constituant non seulement par voie de « réception » filtrée du droit, mais aussi par le biais d'une « diffusion » aménagée de ce dernier.

### **La détermination d'un nouvel espace commun de régulation**

Du point de vue pratique, quelle est la *portée* des mécanismes permettant au Japon d'aménager la circulation du droit dans un monde globalisé? Notre étude pose plus spécifiquement la question de savoir dans quelle mesure ces mécanismes – dont nous identifions donc les acteurs et le jeu dans le domaine commercial – contribuent à l'émergence progressive d'un nouvel espace normatif en la matière. Ouvert, plural, au croisement d'interactions multiples, non réduites à la seule interaction entre *ordres juridiques*, comment caractériser plus avant un tel espace de régulation – distinct du droit international, y compris du droit international économique auquel il ne se réduit pas, et n'ayant pas non plus vocation à prolonger quelque *lex mercatoria*?

Les interrogations sur l'émergence d'une « aire commune de *business law* », son rapport à la « *global law* » (ou à ses réseaux), ses éléments constitutifs, ses caractéristiques et sa dynamique excèdent toutefois le cadre de notre étude. Car cette problématique intéresse au premier chef certaines réflexions en cours, liées aux théories de la mondialisation juridique (*Global Legal Studies*), en particulier celles qui – cherchant à rendre compte de l'importance accrue des usages et des pratiques – concernent la portée juridique transfrontière des grands contrats et leur rôle dans la mondialisation du droit (par exemple, G. Lhuilier). Qu'il s'agisse d'évoquer l'importance des flux horizontaux de transnationalité ou la multiplication des situations d'interpénétration juridiques, le développement de normes et de solutions extraterritoriales, ou la nécessité de penser les articulations entre espaces normatifs divers, toutes ces réflexions ont naturellement vocation à interroger les tenants et aboutissants d'une nouvelle territorialité du droit, la constitution d'un espace commun de régulation en matière commerciale et ses caractéristiques. Ainsi remise en perspective, notre étude demande alors à être articulée à ces différents travaux.

Centrée sur le rôle spécifique du Japon et la portée des mécanismes de circulation du droit qu'il utilise dans le domaine commercial, notre étude se situe *en amont* et *en aval* de cette réflexion plus vaste sur la nouvelle territorialité du droit dans un contexte de globalisation : elle interroge ainsi les cadres juridiques, examine la « réception » ainsi que la « diffusion » par un ordre étatique donné y compris du droit produit par les nouveaux acteurs juridiques transnationaux, et pose les premiers éléments d'une réflexion sur la possible émergence, les fondements et les caractères d'un espace de co-régulation en la matière. Le choix de trois illustrations en particulier – réforme du droit interne des sociétés, négociation d'accords commerciaux préférentiels, nouveaux programmes japonais de coopération internationale et leur portée sur la réforme du droit commercial de plusieurs pays dits « émergents » du continent asiatique – situe nécessairement l'étude à ces niveaux d'une réflexion plus vaste.

Pourtant, qu'il s'agisse de sonder les transformations des cadres juridiques eux-mêmes (par exemple dans le domaine commercial, et c'est l'objet de notre étude) ou d'analyser la portée d'autres instruments ou objets concrets de droit positif (comme les « grands contrats mondiaux »), la question reste d'abord de préciser le rôle des différents mécanismes de circulation du droit à l'oeuvre : novateurs ou renouvelés, utilisés dans des contextes variés et par divers acteurs, ces mécanismes jouent-ils comme autant de modalités d'une mondialisation du droit qu'ils contribuent eux-mêmes à définir? Relevons en outre que, d'un bout à l'autre de la réflexion, les questions traitées restent largement comparables, qui se concentrent sur les principaux enjeux des processus de mondialisation du droit, soit : d'une part, la transformation

des processus normatifs, appuyée sur un renouvellement des modes de production du droit, une diversification des producteurs de normes et une reconfiguration des lieux d'où procède la normativité juridique (question des sources); d'autre part, la transformation des rapports entre systèmes juridiques (phénomènes d'hybridation normative, reformulation des traditions *via* par exemple les jeux traductifs, etc.).

D'où la nécessité de bien délimiter l'étude, tout en prenant soin de ne pas l'isoler d'un champ réflexif plus vaste – écueil que permet précisément d'éviter le travail en réseau, devenu pour nous une priorité, et sur l'importance duquel nous revenons plus bas.

### **Portée théorique de l'étude**

Indissociable des profondes mutations affectant les sources et les rapports de systèmes juridiques, la mondialisation du droit vient troubler les repères traditionnels et perturber les catégories dans lesquelles nous classons habituellement les réalités juridiques. Elle nous invite, en ce sens, à repenser notre rapport au(x) droit(s), réclame de nouvelles avancées théoriques – et certains auteurs, fustigeant le dogmatisme propre aux doctrines juridiques de la modernité, d'évoquer l'impératif méthodologique d'une nouvelle interrogation sur le droit. On assiste ainsi à l'apparition de nouveaux courants en théorie du droit (le réalisme moral, le néo-réalisme juridique, le normativisme, et les théories nouvelles – relativistes – comme la théorie des réseaux, de l'argumentation ou du flou). Une autre manière de penser le droit? Le défi est de taille, qui ne consiste pas seulement à balayer quelque stéréotype ou aporie, ni simplement à rejouer sous d'autres dénominations la partition d'un antagonisme jusnaturalisme-juspositivisme, mais bien plutôt à substituer à « notre vision habituelle de l'univers juridique qui est une vision de géométrie plane », la perception d'une nouvelle géométrie dans l'espace – « de moins en moins euclidienne » (J-B. Auby). D'autant que cette demande de théorie n'est pas le seul fait des universitaires : les praticiens eux-mêmes – sensibles à la multiplication de phénomènes d'expérience en décalage avec le paradigme dominant, et les mieux placés pour constater ces anomalies dont les théories classiques échouent à rendre compte (naissance de concepts hybrides ou de boucles étranges) – en appellent à la formulation d'un nouveau paradigme, plus englobant et davantage susceptible d'éclairer les transformations contemporaines (Th. Kuhn).

Au regard de l'ampleur de la tâche de rénovation conceptuelle à laquelle se trouve confrontée la science du droit dans un monde globalisé, l'apport de notre étude ne peut que paraître dérisoire,

voire parfaitement anecdotique... Vouloir appréhender les transformations du droit japonais dans le domaine commercial en lien avec la mondialisation du droit n'est pourtant pas dénué de toute portée théorique. De ce point de vue, se concentrer sur une analyse des mécanismes permettant au Japon de situer les transformations de son droit au croisement d'un ensemble de pratiques, normes et conceptions juridiques, présente en effet un double intérêt – car, jouant comme autres modalités possibles de la mondialisation du droit, ces mécanismes pourraient bien contribuer aussi à redéfinir la nature même de cette dernière.

### *Une remise en question de certains concepts classiques du droit comparé*

C'est tout d'abord le bien fondé des théories de la réception du droit au Japon et la validité de certains concepts classiques qui est en cause. Très marquée au plan épistémologique, une notion comme par exemple celle de « transfert juridique » – quoique centrale en droit comparé et revêtant valeur de paradigme dans la plupart des études sur la réception du droit – ne parvient à éclairer que certains aspects de la réalité juridique historique et contemporaine, sans faire pleinement justice à d'autres caractéristiques, devenues pourtant décisives, comme : la diversité des acteurs et la pluralité des sources juridiques, la suspension du monopole du positivisme légaliste et la possibilité de voies alternatives de régulation. Impuissants à expliquer de manière satisfaisante la complexité des processus historiques et contemporains de transformation du droit japonais, un certain nombre de concepts classiques font ainsi l'objet de plusieurs remises en question. Au Japon, c'est la modernisation du droit japonais à l'époque *Meiji*, puis sa réforme au 21<sup>ème</sup> siècle (qualifiée de « troisième ouverture »), que la science juridique s'attache à repenser, stimulée sur ce point par les travaux de certains historiens et théoriciens du droit. Les transformations successives du système juridique japonais, notamment dans le domaine commercial, ne sont pas en effet fondées sur l'emprunt pur et simple, mais sur un processus d'imitation plus subtile. Notre étude remet en perspective ces travaux « dissidents » et cherche à en mesurer la portée sur un autre aspect de la contribution du Japon à la mondialisation du droit.

Car le Japon fait aujourd'hui valoir un titre spécial à agir dans le domaine de la « diffusion » du droit – que ce soit dans le cadre de la coopération internationale (*via*, par exemple, ses programmes inexactement dits d'« assistance juridique », consistant à accompagner la réforme du système juridique et judiciaire des pays « émergents » en y « transférant » un ensemble d'institutions), ou sur la scène de la diplomatie commerciale (où se déploie, depuis quelques années, un relatif activisme juridique, notamment en matière de négociation d'accords commerciaux préférentiels). Rapports officiels et doctrine n'ont ainsi de cesse d'évoquer la légitimité de l'action du Japon, son titre particulier à intervenir, cette expertise qu'il peut offrir

sur la base notamment d'une expérience historique à bien des égards unique en matière de réception de différentes traditions juridiques: ayant dû moderniser son droit en s'ouvrant aux traditions juridiques occidentales – ou su se moderniser en conjuguant harmonieusement traditions de droit civil et de *common law* –, il serait ainsi d'autant mieux fondé à agir aujourd'hui dans le domaine de la diffusion du droit auprès de ses partenaires régionaux ou des récipiendaires de la coopération internationale ; son expérience historique unique de récepteur lui fournissant sinon un titre particulier, du moins une expertise spéciale dans le domaine des « transferts juridiques ». Mais quelle est réellement la portée de ce format narratif: cette lecture de l'histoire de la réception du droit au Japon offre-t-elle certains moyens de résister à la généralisation d'un modèle unique ? En invoquant le principe de « réception », qu'une partie de la doctrine s'attache par ailleurs à revisiter, ce discours officiel ne se prend-il pas à son propre piège? Comment se traduit-il alors en pratique, sur le terrain même de la « diffusion »? Le malaise de l'analyste qui peine à trouver les bons outils conceptuels et méthodologiques pour cerner la « diffusion » du droit depuis le Japon, traduit surtout une incertitude : éclairant en creux les mécanismes supposés de « réception », mais ne se glissant déjà plus aussi aisément dans les moules théoriques jusque là proposés, la politique juridique extérieure du Japon se cherche encore. Ce que la « diffusion » du droit depuis le Japon *évite d'être* pourrait donc constituer le plus sûr ancrage d'une réflexion sur le rôle du Japon dans la mondialisation du droit.

### *Une autre définition de la « mondialisation du droit »*

Le second intérêt de cette hypothèse consiste à préciser la manière dont le Japon appréhende les phénomènes de circulation transfrontière des règles, décisions, doctrines juridiques, et l'influence en résultant d'un droit national à un autre dans un contexte de globalisation économique, politique et sociale : quelle perception du rapport entre mondialisation et droit traduisent les mécanismes de « réception » et de « diffusion » que le Japon utilise pour réformer son système juridique ou dynamiser sa politique juridique extérieure? Dans le grand jeu babélien du droit mondialisé, quelle partie joue-t-il : s'agit-il pour lui d'adopter face à la mondialisation une attitude défensive, que servirait une « politique juridique protectionniste »; fait-il au contraire preuve d'un juridisme agressif, en particulier dans ses relations dites de coopération internationale ou avec ses partenaires commerciaux? Encore faut-il préciser à quel niveau d'analyse on souhaite se placer, car les liens entre mondialisation et droit sont multiples.

L'hypothèse de départ reste celle d'une *mondialisation juridicisée*, impliquant non seulement un ensemble de pressions que la mondialisation fait peser sur le droit, mais également une emprise

– même variable ou relative – du droit lui-même sur le phénomène de la mondialisation : pas plus que le droit n'échappe à la mondialisation, cette dernière ne se soustrait-elle au droit (J.-B. Auby). Sur cette base, il est possible de reprendre la distinction opérée parfois en doctrine entre *mondialisation du droit* et *droit de la mondialisation* (J. Chevalier). Tandis que la « mondialisation du droit » désigne, au sens large, les phénomènes de circulation transfrontière des pratiques, règles, décisions de justice et doctrines juridiques dans un contexte de globalisation économique, politique et sociale, et vise au premier chef l'influence en résultant sur les systèmes juridiques nationaux, le « droit de la mondialisation » (ou « droit mondialisé ») correspond, dans un sens plus restreint, à un des résultats possibles de cette tendance du droit à se mondialiser : en écho à une globalisation croissante des économies, il évoque alors la perspective d'un *droit commun* à l'ensemble de la planète, distinct du droit international, et consistant – du moins pour des matières déterminées – en un droit uniforme, porteur des mêmes solutions dans tous les ordres juridiques nationaux. Analyser – plus particulièrement dans le domaine commercial – les mécanismes auxquels le Japon recourt pour réformer son droit interne ou se repositionner sur la scène juridique extérieure, renseigne sur la manière dont il appréhende la mondialisation du droit en général, et l'émergence d'un droit de la mondialisation en particulier.

La tendance est réelle qui consiste à ramener la question de la *mondialisation du droit* au seul développement du *droit de la mondialisation* – dont l'OMC manifeste la puissance accrue. Et, de fait, nombre de facteurs incitent à percevoir dans les diverses modalités de circulation des normes juridiques à l'heure actuelle autant d'instruments au service de l'uniformisation du droit à l'échelle mondiale; sans compter que le monde globalisé n'est pas vide de pouvoir – et, parmi les acteurs du droit, certains s'avèrent dominants. Cherchant à faciliter l'extension d'un droit transnational, uniforme au moins en ce qui concerne les normes et pratiques commerciales, une pluralité d'institutions et d'acteurs s'attache en effet à promouvoir une standardisation accélérée du droit dans certains secteurs jugés prioritaires; les grands opérateurs du commerce international, en particulier, plaident pour une homogénéisation des règles régissant celui-ci; *a fortiori* dans ce champ indissociablement lié à la globalisation économique qu'est le droit des affaires, la circulation des normes est le plus souvent assimilée à la diffusion d'un droit standardisé, dit *droit de la mondialisation*. Les organisations internationales (en particulier certains acteurs du système des Nations Unies, la Chambre de commerce internationale, les centres d'arbitrage international, les associations internationales de commerce) jouent un rôle important dans la promotion et le développement du droit de la mondialisation ; et celui joué par les juristes praticiens internationaux eux-mêmes (*via* en particulier les *global law firms*, mais aussi les services juridiques des grandes entreprises, les juges et arbitres internationaux, les

associations internationales de praticiens ou d'anciens) n'est pas moindre. C'est ainsi que, stigmatisant les divergences entre droits nationaux comme autant d'obstacles au développement des transactions transfrontières, nombre de praticiens préconisent une harmonisation juridique à travers l'élaboration d'un ensemble de règles positives globales (H. V. Houtte, P. Wautelet); et, leur faisant écho, certains auteurs de promouvoir alors l'adoption d'un Code de commerce global (O. Lando).

Or, constater l'émergence d'un *droit de la mondialisation* est une chose; vouloir réduire l'hypothèse scientifique d'une *mondialisation du droit* aux seuls termes d'un droit mondialisé par uniformisation, devenu global par standardisation, en est une autre. Sans déconsidérer l'importance des réflexions sur le développement d'une *global law*, notre étude s'attache cependant à explorer plus pleinement les différentes dimensions que comporte la mondialisation du droit, fut-ce dans un domaine spécifique. Ce faisant, elle prend le contre-pied de deux autres théories – elles aussi soucieuses de rendre compte de la physionomie juridique actuelle : la théorie de l'internationalisation du droit d'une part, celles dites de la convergence des droits d'autre part.

Pour commencer, cette recherche ne recourt pas à la théorie de l'internationalisation du droit, qui postule une augmentation de la part des normes internationales dans la régulation de la société mondiale, les normes domestiques étant censées s'effacer toujours plus devant les normes internationales (G. Ziccardi Capallo). Certes, il aurait été possible de formuler autrement notre question initiale, en optant pour une réflexion de fond sur le *degré d'internationalisation* du droit japonais à l'époque contemporaine. Le fait que le droit japonais s'internationalise, à l'instar d'autres droits nationaux, n'est bien entendu pas contestable. Mais ses transformations se résument-elles à sa seule « internationalisation »; cette dernière en constitue-t-elle une clé de lecture suffisante? Certains auteurs se sont attachés à montrer que l'internationalisation des années 80 et la globalisation actuelle renvoient au Japon à des réalités différentes (S. Kashimura). Notre étude souligne pour sa part que les transformations historiques et contemporaines du droit japonais ne renvoient pas nécessairement – ou pas seulement – à l'accomplissement du projet historique du droit international comme « verticalité », et que les transformations du droit commercial japonais, en particulier, ne trouvent pas leur source d'explication exclusivement dans l'influence supposée triomphante du droit international.

Notre étude prend également ses distances avec les théories dites de la convergence des droits, selon lesquelles la physionomie juridique mondiale se caractérise à l'heure actuelle par la

formation – fut-ce sur une base sectorielle – d’une sorte de « *ius commune* » du monde : qu’il s’agisse d’un « droit commun de l’humanité » ayant pour noyau un ensemble irréductible de principes universels et s’articulant autour du corpus internationalement reconnu des droits fondamentaux (M. Delmas-Marty – dont l’approche valorise la possibilité d’ajustements progressifs – cherche ainsi à ordonner selon la raison juridique, sans pour autant unifier, le pluralisme désordonné d’aujourd’hui); ou qu’il s’agisse – du moins pour des matières déterminées et en écho à une globalisation croissante des économies – d’un droit porteur des mêmes solutions dans tous les ordres juridiques nationaux, mais rendu commun par inféodation aux principes et standards d’origine nord-américaine, sur le modèle d’une « globalisation hégémonique » (B. da Sousa Santos). Cette réflexion sur le dépassement par à coups et dans certains secteurs des différentes cultures juridiques, sur la convergence des droits et les multiples avancées du « droit mondialisé » traduit au plus près la dissymétrie des processus d’internationalisation et la tension entre une globalisation orientée par le marché (et les valeurs qui y sont associées) et une universalisation infléchie par la cristallisation des valeurs fondamentales. Mais elle ne saurait à elle seule permettre de cerner cette raison juridique qui, face aux mutations introduites ou révélées par le processus de globalisation, n’est déjà plus ni *une* ni *simple* (A.-J. Arnaud), même si elle « se cherche » encore (F. Ost).

Désordre régulé par le seul jeu du marché et impérialisme juridique émané de la puissance hégémonique : la nouvelle ambition babélique d’un langage et d’une pensée juridiques uniques serait inhérente au présent globalisé. Tout en restant conscient des effets de crise produits par la globalisation, il reste cependant possible de penser les configurations juridiques actuelles en d’autres termes, et d’explorer différemment les voies par lesquelles le droit se mondialise. Posant elles aussi la question de savoir quelle rationalité travaille la recomposition du paysage contemporain de la régulation, certaines réflexions n’avancent cependant pas plus l’existence d’un projet normatif d’ensemble, fut-ce dans des matières déterminées, ni ne cherchent à dessiner les contours d’un *ordre juridique global*, qu’elles n’ont pour ligne d’horizon une réduction supposée inexorable de la diversité des solutions juridiques. Il ne s’agit pas tant pour elles de remettre simplement de l’ordre dans la complexité du droit, que de prendre pour point de départ la complexité même des relations juridiques et des rapports entre systèmes afin de fournir une théorie explicative plus satisfaisante du droit dans un contexte de globalisation des échanges. Sans pour autant verser dans le relativisme, elles ont au contraire en commun de sonder la nouvelle territorialité du droit et de percevoir la globalisation comme un processus de transformation non lisse : la logique à l’oeuvre ne consiste pas tant à unifier le droit (fut-ce de manière sectorielle), ni à réordonner progressivement la matière, qu’à rapprocher des solutions juridiques tout en faisant place à des adaptations variables et autres aménagements; car dans le

domaine commercial aussi, le droit se conçoit, se négocie et s'applique de plus en plus dans des espaces largement inédits de normativité. Notre étude montre que, s'agissant des transformations du droit japonais à l'oeuvre dans un contexte de globalisation des échanges, ces approches offrent des clés de lecture plus pertinentes. Confirmant la porosité du système juridique japonais, les mécanismes mis en place par le Japon pour réformer son droit interne et stimuler sa politique juridique extérieure constituent en effet autant de mécanismes de « filtrage » lui permettant précisément de situer les transformations de son droit au croisement d'un ensemble de pratiques, normes et conceptions juridiques. La question se posant alors de savoir dans quelle mesure ces mécanismes garantissent contre l'imposition diffuse d'un droit uniforme, simple décalque de quelque modèle dominant. Notre étude tente ainsi de préciser à quel titre les phénomènes dits de « réception » et de « diffusion » peuvent s'inscrire dans une typologie des mécanismes régulateurs de la mondialisation juridique : distincts des mouvements de standardisation accélérée du droit dans certains secteurs jugés prioritaires, quelle place les mécanismes de circulation du droit adoptés par le Japon dans le domaine commercial laissent-ils au projet d'une mondialisation pluraliste du droit?

### **De la comparaison-traduction comme instrument de circulation du droit au Japon**

Les travaux de la doctrine japonaise comme ceux des spécialistes étrangers du droit japonais ont toujours témoigné d'un intérêt très vif pour la question de la « réception » du droit au Japon. Ce n'est que dans une moindre mesure qu'ils se penchent sur la question de sa « diffusion » depuis le Japon. Et le lien n'est fait, d'un mouvement à un autre, que plus rarement encore. Ces travaux puisent à différentes branches du droit : histoire du droit, droit comparé, philosophie du droit – notamment. La question reste de savoir en quels termes ces recherches appréhendent la circulation du droit *vers* et *depuis* le Japon, et dans quelle mesure elles sont susceptibles de s'articuler à une réflexion sur la mondialisation juridique.

Sans prétendre à l'exhaustivité, notre étude cherche à dérouler le fil de ces différentes lectures de la « réception » et de la « diffusion » du droit au Japon. D'une spécialité juridique à une autre, les lectures divergent – y compris à propos d'un même objet. S'agissant des mécanismes de circulation du droit vers le Japon, certains historiens du droit se montrent ainsi passablement sceptiques à l'égard du maniement peu nuancé que font les comparatistes du concept de transplant juridique – en termes de simple transfert latéral d'un plan à un autre, exempt de toute transversalité, et *a fortiori* a-éclectique – pour expliquer la codification du droit commercial à l'époque *Meiji*. La critique mériterait d'ailleurs d'être étendue aux lectures contemporaines de la circulation du droit dans le domaine commercial. En ce qui concerne cette fois les mécanismes

de circulation du droit depuis le Japon, certains auteurs critiquent la légèreté avec laquelle le discours officiel se réapproprie l'histoire de la « réception » du droit au Japon – sur le mode biaisé d'une historiographie idéalisée – pour mieux légitimer sa récente implication en matière de diffusion du droit. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de mettre en garde contre une lecture superficielle des mécanismes de circulation du droit *vers* et *depuis* le Japon. Plus particulièrement sensible aux diverses tentatives de la science juridique japonaise actuelle de repenser la modernisation du droit japonais à l'époque *Meiji*, sa transformation après-guerre, puis sa réforme au tournant du siècle, notre étude interroge la possibilité de lire ces changements successifs à partir d'un paradigme en particulier, celui de la traduction (quoique dans des champs et directions différents : K. Hasegawa, T. Tanase, M. Chiba, Y. Onuma, notamment).

Car certains juristes japonais ont parfaitement saisi l'importance de la *traduction* comme paradigme pour éclairer différemment les mécanismes de « réception » du droit – quoique les travaux y recourant, en histoire du droit commercial (E. Matsumoto), en droit comparé (I. Kitamura) ou en philosophie du droit (K. Hasegawa), adoptent une perspective principalement historique. L'importance du paradigme traductif n'a pas non plus échappé à une partie de la doctrine japonaise s'agissant cette fois d'appréhender le repositionnement de la politique juridique extérieure du Japon et d'identifier plus finement son rôle en matière de « diffusion » du droit à différents niveaux. Tandis que certains, plus sensibles à l'échec du *dialogue traductif*, restent sceptiques à l'encontre d'une traduction principalement perçue comme entreprise déguisée de verrouillage du système sur lui-même (Y. Kasai), d'autres au contraire adoptent de la traduction une approche fonctionnelle : ainsi des initiatives récentes prises pour promouvoir la transparence du droit japonais, comme le projet « *The Transparency and Enrichment of Japanese Laws Concerning International Transactions in the 21st Century---Doing Cross-Border Business with/in Japan* », dirigé par l'Université du Kyushu, ou les travaux du *Japan Legal Information Institute* de l'Université de Nagoya; ainsi encore des travaux développés plus spécifiquement autour des programmes de coopération internationale dans le domaine du droit et de la justice (voir par exemple la réflexion conduite sur ce point dans le cadre du *Center for Asian Legal Exchange* de l'Université de Nagoya).

Le plus souvent à visée critique, cette utilisation par la doctrine japonaise du paradigme de la traduction est d'autant plus intéressante qu'elle témoigne de l'importance que revêt dans le système juridique japonais la *comparaison-traduction* : quoique toujours incertaine, la démarche traductrice – qui est aussi épreuve pratique – ne constitue pas seulement, sur le plan méthodologique, un moyen de repenser la « construction des comparables » (P. Ricoeur) ; mais s'assimile aussi à un véritable mécanisme de circulation du droit. Interroger sur ce point les

influences juridiques extérieures successives – chinoise d'abord, européenne ensuite, anglo-américaine encore – s'avère éclairant. Nous pourrions en effet remonter très loin et poursuivre l'interrogation, délaissée d'ailleurs des historiens japonais, mais à laquelle le paradigme de la traduction donne ici un relief particulier : s'agissant de la période ancienne, à quoi renvoie en somme l'élaboration par les Japonais d'un vocabulaire sino-japonais (soit non purement japonais) de termes juridiques ou administratifs, conçus à partir d'idéogrammes chinois, mais restant sans aucun équivalent sur le Continent? Pour des raisons de place et de temps, et surtout parce que ce point mériterait une étude complète qui échappe hélas à notre compétence, nous avons choisi de concentrer l'analyse sur les deux derniers types d'influence, depuis l'ère *Meiji* jusqu'à nos jours. Tout en essayant de prolonger la réflexion des juristes contemporains dans un champ particulier et à propos d'objets spécifiques du droit, notre étude pose donc la question de savoir dans quelle mesure les mécanismes de comparaison-traduction utilisés par le Japon ou auxquels il recourt aujourd'hui pour réformer son droit interne ou redynamiser sa politique juridique extérieure, participent également de la mondialisation du droit – et nous aident à penser la circulation mondialisée du droit en dehors de « la fermeture du discours occidental » (R. Barthes) et au-delà du monocentrisme qui lui est lié.

## **Orientations méthodologiques**

### ***Oser la double nature du droit (science normative, science humaine)***

Oser la « double nature scientifique du droit » (L. Sermet) permet de rester conscient de sa complexité normative tout en se gardant de l'appréhender comme un processus exclusivement normatif. Quoiqu'indispensable, l'analyse positiviste du droit ne saurait rendre compte de toute sa réalité; insuffisante, la compréhension du droit comme science normative (dont la norme, obligatoire et prescriptive, est l'expression privilégiée) demande ainsi à être complétée par une conception du droit comme science humaine.

Ouvrant sur une compréhension du droit comme phénomène à la fois normatif, politique (indissociable de la recherche d'une mondialisation juridicisée), social, et culturel, la science humaine du droit implique d'explorer plus avant la question des sources : de la théorie formelle à une théorie pluraliste des sources de droit; et postule la nécessité d'examiner les raisons (historiques, philosophiques, sociales, politiques, ...) conduisant à l'adoption des règles juridiques. En permettant de prendre la mesure anthropologique et sociologique du champ juridique, cette approche a entre autres mérites de nous rappeler que la pensée du droit

elle-même doit nécessairement faire fond sur les *rappports inter-humains*. Ce en quoi elle aiderait à déceler dans les processus de mondialisation du droit le jeu de ce que d'aucuns ont pu appeler, fut-ce pesamment, un « dialogue référentiel », une « normativité relationnelle de la co-existence » arrachant la raison humaine à « l'ivresse mortifère de l'auto-suffisance » (S. Goyard-Fabre).

Cette approche du droit que nous faisons nôtre explique les orientations méthodologiques adoptées tout au long de l'étude : qu'il s'agisse – au regard d'une même question, celle de la mondialisation du droit – de sonder la validité du positivisme comme paradigme dominant, d'interroger le bien fondé de l'analyse différentielle des juriscultures en droit comparé, d'articuler la réflexion autour du paradigme traductif, ou d'explorer les variantes de la théorie du pluralisme juridique.

#### *Au-delà du paradigme positiviste dominant : le recours à une théorie du droit comme énonciation*

Préalable méthodologique, l'étude ne saurait bien entendu faire l'économie d'une confirmation dans le droit positif – tout son intérêt consiste d'ailleurs précisément à se concentrer sur certaines branches juridiques (droit commercial en particulier), sans négliger non plus l'examen d'objets concrets du droit positif. Mais ce préalable méthodologique n'implique pas de défendre le positivisme comme idéologie ou comme théorie. Questionnant les présupposés de ce courant de pensée et le monisme auquel reste attachée la dogmatique juridique occidentale, notre étude se garde d'adopter un point de vue strictement légaliste. Non qu'il s'agisse de faire nôtre l'ensemble des critiques virulentes exprimées ces dernières années Outre-atlantique contre un positivisme continental ramené, de façon simplificatrice, à un strict formalisme et à un conceptualisme radical. D'autant que le déploiement rationnel du droit et, à un niveau très poussé, sa rationalisation technique semblent accompagner la globalisation – sinon participer pleinement de l'entreprise de légitimation des formes de domination au sein de la société internationale (O. Corten). La complexité des processus de mondialisation du droit et des transformations du rapport entre systèmes juridiques nous invite cependant à réfléchir au-delà du positivisme juridique, qui est encore le paradigme dominant, ou la matrice intellectuelle, de l'univers doctrinal en Europe continentale; et nous conduit à mettre en doute l'existence d'un lien supposé nécessaire de continuité entre le développement de la rationalité juridique occidentale comme discours, dont le constat est incontournable, et l'avènement d'une « rationalité juridique globale » (E. Jouannet) – qui en serait tout l'aboutissement logique, comme seule ligne d'horizon de la pensée.

Outre ses importantes retombées d'ordre théorique, cet effort de distanciation par rapport au normativisme positiviste permet au minimum d'éviter deux écueils. À commencer par le repli sur la dogmatique juridique. Loin d'ignorer les finalités extra-juridiques du système, nous cherchons au contraire – qu'il s'agisse d'examiner la réforme du droit interne japonais ou d'appréhender le repositionnement du Japon sur la scène juridique extérieure – à élargir l'objet d'étude au contexte social et politique de production, de réception et de diffusion du droit. Car c'est principalement sur une définition minimale du droit comme fait social de langage, pratique sociale discursive et argumentative en constante évolution, que notre étude fait fond. Il est donc aussi question d'interroger la nature, les finalités et les usages des discours juridiques produits par les différents acteurs impliqués. Suggéré par la nécessité d'un nouveau cadre épistémologique, cet angle d'approche permet d'envisager en d'autres termes le « dire-droit » et, partant, la notion même de réforme juridique. En cherchant à associer différents porteurs de conceptions, les réformes juridiques que le Japon initie en son sein ou à l'élaboration desquelles il participe via ses programmes de coopération internationale, ne renvoient pas nécessairement à la perspective d'un passé et d'un futur dissous dans un présent perpétuel, qu'il appartiendrait à la seule autorité législative ou au conseiller technicien de perfectionner dans une perspective programmatique et selon une logique de progrès continu. La réforme juridique n'est plus seulement descriptive; obéissant plutôt à une logique constructiviste, elle est aussi porteuse d'un projet complexe, actualisation des possibles, ouverte à une multiplicité de rationalités (A.-J. Arnaud).

Une mise à distance de l'approche positiviste permet encore de ne pas analyser les processus à l'oeuvre, par définition évolutifs, « l'esprit rempli de certitudes » (J.-B. Auby)... D'autant que – liée à l'esquisse d'une « architectonique juridique pour demain » (S. Goyard-Fabre) – notre étude concerne un ensemble de réalités mouvantes, traite bien de processus et non d'états, appréhende certains éléments d'un espace en voie de formation et non une aire aux contours déterminés, saisit des orientations sans jamais prétendre décrire une configuration juridique stabilisée.

L'explicitation de l'hypothèse de travail suppose ainsi de replacer les arguments interprétatifs proposés au sujet de la mondialisation du droit dans un cadre théorique plus large intégrant un ensemble de théories juridiques, notamment celles de la réception du droit, des sources du droit, et du pluralisme juridique. Cette mise en perspective théorique et doctrinale sollicite plusieurs matières : droit comparé ; droit international; philosophie du droit et histoire de la pensée juridique ; sociologie du droit ; et anthropologie du droit. Ce faisant, notre étude prend

pleinement en considération ces transformations de la pensée juridique opérées depuis une trentaine d'années et parfois désignées du terme de « conception post-moderne du droit » (B. da Sousa Santos) en ce qu'elles privilégient effectivement le concret, le pluriel, la différence, le mouvement, le flexible, le complexe, le projet (A.-J. Arnaud) – même si le terme est ambigu et que la critique du même nom n'échappe pas au paradoxe d'un double rapport de continuité et de rupture paradigmatique entre modernité, post-modernité, et globalisation.

Soucieuse de prendre toute la mesure de la rupture épistémologique née des voyages inter-continentaux et inter-théories de la pensée juridique (G. Lhuilier), cette recherche recourt plus précisément aux *Global Legal Studies*, dont elle explore la portée s'agissant d'un possible renouvellement de la réflexion sur la « réception » et la « diffusion » du droit au Japon dans le domaine commercial. Ouvertes aux sciences sociales (« *Law and...* »), inspirées par les sciences du langage et non plus par les sciences de la nature, ces théories du *droit comme énonciation* et non plus comme institution (B. Latour) ont contribué au renouveau de la pensée juridique, dont elles agrandissent considérablement le champ et diversifient les objets. Dotées d'une triple origine (linguistique, anthropologique, philosophique), regroupant en outre différents courants actuels de la pensée juridique, ces théories – loin de se concentrer sur les seuls textes positifs émis par les autorités politiques – ont pour objet une pluralité de sources dont elles mettent en avant les propriétés « dialogiques ». Notre étude, quoique principalement articulée autour des politiques juridiques interne et externe du Japon, n'en sonde pas moins les conditions concrètes d'énonciation et de réception du droit positif, et cherche à contextualiser les effets de sens multiples produits par divers énoncés : c'est l'ensemble des discours, pratiques et valeurs d'une communauté d'acteurs que nous interrogeons ici, et la manière dont – s'inscrivant dans ce processus d'énonciation/réception juridique – ils font sens.

### *Épistémologie du droit comparé et dépassement du discours de la différence*

Les questions d'ordre épistémologique que soulève notre réflexion sur les voyages du droit *vers* et *depuis* le Japon dans un contexte de globalisation relèvent aussi, nécessairement, de l'épistémologie du droit comparé. Pas seulement, d'ailleurs, pour la raison que notre étude se concentre sur le cas d'un pays en particulier, en l'occurrence le Japon, et interroge les transformations de ce droit dans un domaine spécifique. Liée aux réflexions sur l'épistémologie du droit comparé, notre étude l'est aussi – et plus fondamentalement – en ce qu'elle interroge directement un de ses concepts les plus importants : les transferts de droit et, partant, la notion de « réception » (ici mise en regard avec celle de « diffusion »). Elle touche ainsi au cœur même de certaines questions propres au droit comparé – qu'elle cherche à revisiter : les

relations entre « systèmes juridiques », « traditions », « ordres normatifs »; l'influence – ou son degré de possibilité – d'un droit (de droits) sur un autre; l'ouverture de la pensée du droit aux relations complexes entre systèmes juridiques.

L'objet de notre étude soulève des difficultés d'ordre méthodologique bien connues des comparatistes attachés à une approche du droit comparé comme discours de la différence. Car il s'agit bien de quitter la rive – *dérivée* – mais sans être assuré de pouvoir gagner l'autre – *arriver* ; solidarité paradoxale de deux termes dont l'origine étymologique est identique : cette rivière (*rivus*) que cherche à traverser le comparatiste – *a fortiori* lorsqu'il est aux prises avec des règles, pratiques, et concepts nomades – fait de lui un voyageur plus qu'un touriste, et du voyage plus qu'un simple déplacement. Voyage sur le fil d'une aporie cependant, car celui qui attend de la traversée qu'elle lui « donne l'autre » peut-il être certain que se produise véritablement « l'événement de l'étranger » (J. Derrida), que la « promesse de l'autre » soit jamais tenue? Appartenant à une « civilisation juridique donnée », le comparatiste serait-il donc condamné à faire toujours œuvre de citation – tout comme le droit, dont on penserait trop aisément qu'il *circule*? Les interrogations concernant la mondialisation du droit, fut-ce dans un domaine particulier, ne sont pas hermétiques aux réflexions contemporaines sur ce « jeu de la différence » (P. Richard) cher à certains comparatistes soucieux d'épistémologie. Ouvrant sur le système des différences, conjurant les pseudo-convergences, la « matrice explicative » que ces derniers appellent de leurs vœux (P. Legrand) est destinée à éclairer la diversité du droit autant qu'à « fonder la comparaison dans le respect d'une éthique de l'altérité » (P. Richard).

En droit aussi, il y a de l'intraduisible comme de l'incommensurable : la mise en garde contre les risques d'un comparatisme hégémoniste, projectif, hiérarchisant, assimilant... et utilitariste n'est certes pas dénuée de valeur, qui cherche à congédier une fois pour toute cette « sorte de libido uniformisatrice » (F. Ost) ou pulsion du comparatiste. Lancé à la communauté des juristes, cet avertissement salutaire puise d'ailleurs à certains travaux incontournables (« le discontinu » chez Lévi-Strauss, « les écarts et les dispersions » chez M. Foucault, « l'individualité de chaque développement » souligné par M. Weber). Mais – fondée sur une impossibilité de principe (le droit ne circule pas, car le sens inhérent aux règles et concepts reste immergé dans une culture et une tradition par hypothèse incommensurables et donc non exportables) – l'« analyse différentielle des juriscultures » (P. Legrand) peine à emporter définitivement la conviction. En un sens subversif, car ouvert aux modèles *alternatifs*, ce comparatisme critique-différenciant ne saurait cependant avoir le dernier mot.

Une réflexion sur la mondialisation du droit et les mécanismes de circulation normative ne peut

en effet se replier sur une position radicalement différentialiste – sous peine, en réifiant ou ontologisant les différences, d'en revenir à une « science des rapports platoniques entre systèmes juridiques » et d'ouvrir alors sur un « ciel vide de commerce juridique » (F. Ost). Interroger, plus particulièrement, la possible émergence d'un espace commun de régulation complexe en matière commerciale – et c'est l'objet de notre étude – invite au contraire à dépasser cette « confrontation radicale avec l'altérité dans le droit » (P. Legrand), dont la nécessaire prise de conscience ne joue que comme préalable. Sans nous apparaître irréductible, cette différence intéresse notre étude plutôt en ce qu'elle « fait dévier et dériver la répétition » (P. Richard), permet à la citation – quand elle a lieu – d'être effectuée sans guillemets. En permettant qu'advienne l'épreuve de l'autre, le paradigme traductif, évoqué plus haut, fait précisément parler ce « *jeu* de la différence », et donne d'approcher la manière dont – d'un continent à un autre, d'une tradition à une autre, d'un système à un autre, ou par d'autres voies, et sans qu'il s'agisse jamais d'une simple translation – les normes, pratiques, concepts juridiques *dé-rivent*.

C'est bien en ce sens qu'une réflexion sur la manière dont les transformations du droit au Japon font écho à l'émergence d'un espace de régulation complexe en matière commerciale, est nécessairement amenée à prendre ses distances par rapport aux diverses taxinomies proposées en droit comparé. Car il ne s'agit pas, pour penser la formation de cet « espace », d'identifier des critères de regroupement – fussent-ils nouveaux (S.F. Moore, U. Mattei, H.P. Glenn) et conçus en contrepoint des « grands systèmes » chers à certains comparatistes (R. David) ; de même, il ne suffit plus de s'en tenir à une compréhension systémique du droit japonais, rivé au groupe des systèmes mixtes (E. Özücü) dont la particularité est de combiner – *via* transferts de droit – des traditions juridiques multiples. En effet, il n'est pas tant question de reconstituer une ou des « familles » que de réfléchir, précisément, à ce qui les rend perméables puis flottantes, en brouille les frontières sans nécessairement en faire éclater les cadres, sur ce qui – en multipliant les points de passage – concourt aussi à leur entrelacement : sur des processus, autrement dit, de mise en circulation... Or, cette tentative de penser un droit comparé transnational adapté à la circulation du droit, davantage apte à refléter la complexité des origines, la mixité d'appartenance, et l'entrecroisement des formulations, constitue déjà en soi une entreprise de « décentrement » par rapport à des lectures taxinomiques qui, moins enclines à décrire qu'à décider, relèvent davantage de tentatives d'englobement (L. Dumont), conformément à une perception monologique du système normatif.

Mais si notre étude est nécessairement liée aux réflexions sur l'épistémologie du droit comparé, c'est aussi parce que le « droit comparé » a historiquement et continue de jouer un rôle

important dans les transformations du droit japonais, influant même sur la manière dont le Japon conçoit son rôle sur la scène juridique extérieure. Comme brièvement esquissé plus haut, la mise en rapport de différentes traditions – comme ouverture et méthode de réforme, d'abord – y a toujours favorisé un certain *nomadisme* dans la recherche des formes juridiques. Et la *méthode comparative* de jouer alors à un double niveau : instrument de transformation du droit interne, elle participe aussi pleinement des mécanismes mêmes de la circulation du droit *vers* et *depuis* le Japon. Car cette observation ne concerne pas les seuls processus de réforme du droit interne; mais éclaire également la manière dont le Japon se positionne sur la scène juridique extérieure, en particulier la façon dont il définit ses programmes de coopération internationale en matière d'« assistance juridique » fournie aux pays ayant eux-mêmes engagé une réforme de leur système de droit.

### **Pour une exploration critique des pluralismes juridiques**

La réflexion sur la mondialisation du droit – *a priori* davantage tournée vers les structures et les institutions que vers la culture des communautés dont elles sont issues, et plus en phase avec les interrogations sur la pluralité et la diversité des ordres juridiques qu'avec celles portant sur les particularités du droit non-étatique – n'en nourrit pas moins des liens privilégiés avec la théorie du pluralisme juridique. Elle soulève en effet un certain nombre de questions que les différents courants du pluralisme, développés au sein de la sociologie juridique et de l'anthropologie du droit, avaient commencé d'explorer; elle prend aussi acte de la présence – obstinée et aujourd'hui devenue indéniable – du pluralisme dans le droit. De leur côté, les sociologues et anthropologues juristes sensibles au pluralisme – et s'inscrivant en faux contre la pensée des juristes dogmatiques de tradition occidentale pour qui le monisme demeure la règle – ne sont pas restés indifférents aux questions soulevées par la pensée d'un droit mondial (*global law*). De sorte que, à la faveur d'influences réciproques, la pensée de la mondialisation du droit déteindrait progressivement sur celle du pluralisme juridique et inversement (R. Michaels). Ces deux courants de pensée se rejoignant dans une compréhension de la pluralité juridique contemporaine non pas au sens de l'anthropologie traditionnelle du droit, mais comme articulation complexe de différents espaces normatifs. Ce « pluralisme juridique global », de plus en plus souvent invoqué par la doctrine anglophone sous le terme de *global legal pluralism* (G. Teubner, M. Koskeniemi, R. Michaels, P.S. Berman notamment), serait-il alors de nature à nous éclairer sur un double point – nous aidant tout d'abord à préciser en quoi les mécanismes mis en place par le Japon pour réformer son droit interne et redynamiser sa politique juridique extérieure dans un contexte de globalisation traduisent une conception spécifique du rapport entre droit et mondialisation ; contribuant ensuite à préciser la portée de ces mécanismes

régulateurs de mondialisation sur l'émergence d'un espace transcontinental de régulation complexe dans le domaine commercial?

Mettre en regard mondialisation du droit et pluralisme juridique nous permet tout d'abord de mieux discerner les écueils propres à ces courants de pensée et les limites d'un rapprochement – car, en dépit de très nettes influences mutuelles, on n'assiste dans aucun des deux à un réel changement de paradigme. Recouvrant un ensemble de variations, les pluralismes juridiques (E. Rude-Antoine, G. Chrétien-Vernicos) n'en continuent pas moins en effet de buter sur la centralité de certains questionnements initiaux liés à la juridicité, et peinent à conceptualiser d'autres « espaces » que territoriaux (risque de localisme) ou sociaux (risque de repli sur les communautés). La ligne d'horizon achoppe sur la distinction entre interne et externe. Si mondialisation il y a, elle reste donc ici circonscrite, *bornée*. Inversement, les réflexions sur l'émergence possible d'un droit mondial pluraliste envisagent les droits transnationaux principalement sous la forme de différents sous-systèmes ou ordres auto-générés, fonctionnels, cohérents et parfaitement autonomes, selon une déclinaison de la *lex mercatoria* (G. Teubner) en autant de *lex sportiva*, *lex constructionis*, *lex digitalis*, etc. Si pluralité il y a, elle est donc ici *ordonnée*.

Les réflexions croisant mondialisation du droit et pluralisme juridique n'en présentent pas moins un intérêt certain pour notre étude, précisément en ce qu'elles cherchent à cerner plus finement les relations entre les systèmes et, en leur sein, entre les règles elles-mêmes. De ce point de vue, les concepts d'hybridation normative ou, plus récent, d'*interlégalité* – conçue, en un temps de « porosité juridique » renforcée, comme « la contrepartie phénoménologique de la pluralité juridique » (B. da Sousa Santos) – retiennent pleinement notre attention. Même si ce qui fait leur intérêt est aussi ce qui en constitue le point de fuite, car ces concepts – malléables – manquent encore de précision. La question posée ici n'est cependant pas tant de savoir dans quelle mesure exactement les concepts d'hybridation ou d'*interlégalité* s'avèrent susceptibles de renouveler les théories du pluralisme juridique. Si ces concepts intéressent notre étude, c'est davantage en ce qu'ils cherchent à appréhender plus précisément ces mécanismes de circulation du droit dans un contexte de globalisation qui sont aussi d'aménagement de la mondialisation juridique elle-même.

### **Une saisie de la mondialisation du droit à partir du paradigme de la traduction**

En plus de ce qui a pu être évoqué au point précédent (« Portée théorique de l'étude »), le positionnement méthodologique explique pourquoi le paradigme traductif emporte notre

préférence. *Quid juris?* Du « droit comme traduction », distinct des autres grands paradigmes jusqu'ici utilisés pour caractériser le juridique – le droit comme « argumentation » (Ch. Perelman), comme « interprétation » (R. Dworkin), ou comme « communication » (J. Habermas) : en quoi l'analyse des passages d'une langue à une autre, à l'époque moderne ou contemporaine, permet-elle d'affiner la compréhension que l'on peut avoir de la circulation du droit? Dans un contexte de globalisation des échanges, dans quelle mesure ces derniers témoignent-ils de cette « *transmission of law across borders* » qu'évoquent certains auteurs anglo-saxons pour désigner la mondialisation du droit?

D'un postulat limite à un autre, entre l'affirmation hégémonique de l'omni-traduisibilité et le déni frileux de toute traduction, le paradigme du « droit comme traduction » oscille; mais ses déclinaisons ruinent en définitive la croyance en la possibilité de dire strictement la même chose avec d'autres mots, et évoquent davantage la perspective d'une « équivalence sans identité » (P. Ricoeur), d'un équilibre négocié entre l'autre et le même qui ne tient pas pour immédiatement acquises les significations et représentations. Forte de prolongements d'ordre à la fois méthodologique et éthique, l'incursion de la notion de traduction dans la science du droit permet ainsi : d'enrichir la conception de l'universel (ni loi de surplomb ni même *consensus par recoupement*, et affranchi de toute fascination exclusive à l'égard d'un modèle – et d'une pensée – juridique unique); de repenser le pluralisme (pour qu'il ne s'avère pas de simple juxtaposition ni ne conduise à un repli pusillanime sur quelque idiolecte national); de mettre en lumière aussi bien les processus vivants à l'œuvre dans la mondialisation du droit que les tensions multiples la parcourant. Appliqué au domaine juridique, le paradigme traductif conduit à ainsi affiner la réflexion sur les transformations du rapport entre systèmes de droit : dessinant en creux les lacunes propres à l'approche comparatiste, il permet d'appréhender la texture et la portée du « droit mondialisé », et de mieux cerner ces phénomènes multiformes caractérisant la mobilité transfrontière du droit, qu'ils soient d'« hybridation normative », d'« emprunt », de « contagion », d'« irradiation » ou de « rayonnement » de solutions, modèles ou principes juridiques.

### **Sources bibliographiques et diversification des cadres de réflexion**

S'agissant des aspects bibliographiques, compte tenu de son importance, notre étude accorde nécessairement une large place à la littérature anglophone sur le sujet de la mondialisation du droit. Elle élabore aussi très largement sur les travaux francophones, bien moins nombreux, mais pour certains qualitativement décisifs. Surtout, elle s'attache à présenter et mettre en perspective de nombreux travaux d'auteurs japonais, publiés dans différentes langues (japonais,

anglais, français parfois), y compris ceux n'intéressant qu'indirectement la problématique de la mondialisation du droit dans le champ qui nous intéresse.

Cette recherche suppose bien entendu des cadres de réflexion diversifiés :

- **Rattachements universitaires (enseignement et recherche) :** De manière générale, ce travail prolonge une réflexion amorcée depuis quelques années dans la cadre d'activités de recherche et d'enseignement au Japon (successivement auprès des universités de Tokyo, Niigata, et du Tohoku, et actuellement poursuivies dans les deux langues – français et japonais –, auprès de plusieurs universités à Tokyo, dont l'Université Hosei). Travailler en contact étroit avec un certain nombre d'universitaires japonais, permet d'examiner la manière dont eux-mêmes, dans le cadre de leurs propres activités doctrinales et pédagogiques, appréhendent et contribuent à la circulation des normes, pratiques et théories juridiques. C'est aussi l'un des nombreux intérêts d'un rattachement, en tant que chercheur associé, auprès d'une université japonaise. Nous avons donc pensé ce rattachement en fonction des aspects théoriques et pratiques de l'étude : associée formellement à l'*Institut d'Études Avancées Droit et Politiques* de l'Université du Hokkaido (qui comprend trois sections : globalisation, gouvernance, et dynamiques juridiques \*), nous projetons aussi de tisser des liens de collaboration renforcée avec la Faculté de droit de l'Université Waseda (en particulier l'*Institute of Comparative Law* \*\* et le programme d'excellence de l'*Institute for Corporation Law and Society* \*\*\*).

\* <http://www.juris.hokudai.ac.jp/~academia/en/> \*\* <http://www.waseda.jp/hiken/index.html>

\*\*\* <http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/english/index.html>

- **Une activité annexe de conseil juridique :** Une activité annexe de conseil juridique auprès du bureau *Shôji Hômu* \*, dans un domaine particulier lui aussi très sensible à la mondialisation juridique (en l'occurrence, le droit de l'environnement), permet également de mesurer la prégnance au Japon du recours à l'approche comparative des droits dans la phase d'élaboration d'une nouvelle législation.

\* <http://www.shojihomu.co.jp/>

- **Un volet terrain :** Ce travail de recherche comporte en outre un volet terrain, pouvant inclure la participation, en tant qu'observatrice, à certaines missions menées en Asie par l'agence japonaise de coopération internationale, la JICA.
- **Une ouverture sur la monde de la pratique du droit :** On a pu assister ces dernières années à une transformation de la doctrine juridique, qui n'est plus exclusivement rattachée à l'Académie. La doctrine privée des grands cabinets internationaux ou *law firms*, qui produisent, appliquent et commentent le droit, doit aussi être prise en considération. Chercher

à cerner plus finement le rôle de la pratique implique d'aller au devant des praticiens eux-mêmes, qu'ils soient *attorney-at-law* dans les grands cabinets (japonais ou non) sur Tokyo, arbitres, conseils, etc. Venant s'ajouter aux entretiens réalisés à titre individuel, plusieurs séminaires organisés à notre initiative à la Maison franco-japonaise ont ainsi permis de sensibiliser à cette recherche certains d'entre eux (*Nishimura & Asahi, Nagashima Ohno, White and Case, Cotty Vivant, ...*); inversement, la participation à des séminaires organisés par ces mêmes cabinets, à propos notamment de la réforme du droit des sociétés japonais, nous permet d'accéder à certaines sources privilégiées et réflexions du point de vue des praticiens, qui nous resteraient sinon plus difficilement accessibles.

- **Un travail en réseau:** Conduite au sein de l'UMIFRE 19 CNRS-MAEE \* – dont la thématique générale de recherche retenue pour la période 2009-2012 est l'« Analyse des transformations économiques, sociales et culturelles face à la mondialisation » – cette recherche bénéficie en principe du soutien sinon de l'ensemble du réseau des Instituts Français de Recherche à l'Étranger (IFRE), du moins de certains d'entre-eux, davantage susceptibles d'être intéressés en raison de leur proximité géographique, thématique et des liens institutionnels privilégiés noués avec l'Institut Français de Recherche en Sciences sociales sur le Japon contemporain – nous pensons en particulier au Centre d'Études Français sur la Chine contemporaine (CEFC, Hong Kong \*\*). Membre en outre du nouveau « Réseau Mondialisation du Droit – *Global Legal Studies Network* » (hébergé par la Fondation Maison des Sciences de l'Homme, et coordonné par G. Lhuilier \*\*\*), la priorité accordée au travail en réseau nous permet d'éviter le risque d'enclavement, tant géographique que disciplinaire, de consolider les partenariats et participations à projets, d'élargir les perspectives de recherche tout en diversifiant les outils méthodologiques à disposition.

\* <http://www.mfj.gr.jp/recherche/recherche/> \*\* <http://www.cefc.com.hk/rubrique.php?id=73>

\*\*\* <http://www.msh-bdd.univ-nantes.fr/glsn/>