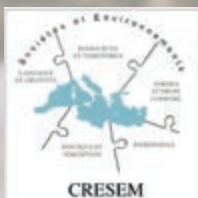


# Le droit comparé des pays de succession coloniale française, quelle place pour l'historien du droit ?

Rencontre scientifique

## 18 septembre 2020

Salle du Conseil de la BU  
Université de Perpignan



UNIVERSITÉ  
PERPIGNAN  
VIA  
DOMITIA



# LE DROIT COMPARÉ DES PAYS DE SUCCESSION COLONIALE FRANÇAISE, QUELLE PLACE POUR L'HISTORIEN DU DROIT ?

---

Rencontre scientifique du 18 septembre 2020

Université de Perpignan Via Domitia

Salle du Conseil de la BU - campus principal

Organisée par l'Axe « Normes » et « Droit Comparé »  
du Centre de Recherches sur les Sociétés  
et Environnements en Méditerranées  
(CRESEM) - EA 7397 UPVD  
Labex Archimède partenaire.

Sous la Direction du Professeur Didier BAISET

# PROGRAMME

9h15 – 9h30

- ▶ Accueil des participants

9h30 – 9h45

- ▶ Présentation du thème et des objectifs assignés à la rencontre scientifique

9h45 – 12h

- ▶ Tour de table des participants
- ▶ Mise en commun des expériences

12h – 14h

- ▶ Déjeuner

14h – 16h

- ▶ Discussions, regards croisés sur le thème

16h - 17h

- ▶ Synthèse et perspectives

## PRÉSENTATION DU THÈME DE LA RENCONTRE

Au début de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, l'historien du droit, Michel Alliot écrivait à propos de l'Afrique : « Il semble donc bien que nous assistions, surtout depuis l'indépendance des Etats, à la victoire complète du droit moderne, à la déroute du droit traditionnel africain. La vérité, c'est que, loin de se laisser purement et simplement éliminer, le droit traditionnel africain, par deux fois, a réagi contre le droit moderne qu'on voulait lui substituer et, pour une bonne part, s'est imposé à lui ». Ces propos résument à eux seuls l'ambivalence et la richesse du droit africain contemporain, pétri tout à la fois de traditions et d'apports modernes, un droit chevillé à l'histoire et réceptif à la modernité. Cette caractéristique première, d'un droit polymorphe, n'est pas sans conséquence pour qui veut s'intéresser aux droits des pays de succession coloniale française et, *a fortiori*, pour ceux, plus ambitieux, qui souhaitent s'ouvrir à une approche comparée du droit.

L'étude comparée de ces droits, notamment africains, irrigués d'un héritage historique toujours vivace, nécessite inexorablement une démarche scientifique appropriée. Cette dernière se doit d'être proprement « humaine » et sensible à la relativité du droit dans le temps et dans l'espace, permettant ainsi de mieux observer un droit façonné par des apports historiques enracinés dans une société contemporaine. La démarche historique semble donc devoir s'imposer naturellement. Et pourtant, les historiens du droit, mis à part des parcours, des curiosités personnelles qui ont donnés lieux à de remarquables travaux, n'ont jamais vraiment investis ni revendiquer de façon concertée ou même implicite cette matière. Les raisons de ce défaut d'intérêt sont certainement plurielles, l'objet de la réflexion proposée ici n'est pas de les inventorier, ni davantage de les diagnostiquer mais, au contraire de l'introspection, essayer d'apprécier qu'elle pourrait-être l'éventuelle place des historiens du droit dans le vaste champ scientifique du droit comparé.

Dès l'abord un constat s'impose : le droit comparé n'a jusqu'alors jamais eu la faveur des universitaires. Néanmoins, ce droit suscite - depuis quelques temps - un regain d'intérêt chez les juristes français, qu'ils soient universitaires ou opérateurs du système juridique. Dans un contexte de mondialisation où se mêlent les ordres normatifs, le droit comparé se présente pour certains comme une réponse pertinente face aux problématiques juridiques nouvelles inhérentes au pluralisme juridique. Quantité de Masters de droit comparé fleurissent dans les universités, des centres de recherches se spécialisent dans cette discipline qui a désormais le vent en poupe. Dans la même veine, les publications scientifiques -marquées du sceau du comparatisme- se multiplient, contrastant avec la relative indifférence que le droit comparé suscitait jusqu'alors. Simple effet de mode ou engouement réel et pérenne, difficile à dire ? Il semble dès lors y avoir quelques intérêts à s'interroger sur la pluralité des visages du comparatisme juridique chez les universitaires, leurs méthodes, leurs centres d'intérêt, leurs apports, leurs sources.

La réflexion proposée ici s'appuie sur un double constat, d'une part, l'existence d'un droit comparé majoritairement techniciste inscrit dans une vision plutôt instrumentale du droit comparé, peu attentif aux réalités culturelle, culturelle, sociologique et historique du droit (I). Et, d'autre part, la présence plus discrète d'un triptyque complémentaire, à nos yeux vertueux, alliant histoire du droit et droit comparé dans la quête plus féconde d'un véritable « métissage juridique » (II).

## I – Méthodes et finalités en droit comparé

A l'orée du XXI<sup>e</sup> siècle, les droits se présentent à nous comme étant de plus en plus : « intégrés », « harmonisés », « globalisés », « mondialisés », « européanisés », « uniformisés » ou encore « unifiés », l'intérêt pour la singularité d'un droit s'en trouve inexorablement affecté, s'appréhendant comme une sorte de *modus deficiens* des similitudes.

En sacrifiant à cette propension pesante, la démarche comparatiste risquerait à terme de se voir enserrée dans le corset étroit d'une approche par trop utilitariste, voire même exclusivement positiviste, s'enfermant dans une quête inexorable de dénominateurs communs des droits. Inscrits dans ce sillage, nombre de comparatistes tendent inexorablement à oblitérer le temps pour n'observer et promouvoir - par le biais d'un raccourci radical - que le seul état actuel du droit.

Cette approche passablement sclérosante conduit non pas à relever, analyser, décortiquer les complémentarités dans une quête visant « l'être-en-commun » (Legrand, p. 32) dans sa dimension ontologique ; mais plutôt à identifier les contradictions et les éventuelles impasses face à une démarche qui se veut globalisante. Le comparatiste ne s'en tient alors qu'aux grands traits, aux lignes de faites suivant le critère premier de la mêmeté. Au fond, il s'agit prioritairement et de façon réductrice de mesurer au trébuchet de la comparaison, d'une part, les points de similitude ou de proximité et, d'autre part, les impossibilités « d'être-en-commun ». Le droit comparé n'est dès lors envisagé que comme la description, plus ou moins, sèche de plusieurs systèmes juridiques positifs, observés à l'aide des concepts propres à chacun de ces systèmes (Troper p. 332) ; dans ce cas, et pour citer Troper : il n'y a « pas de comparaison, mais une simple juxtaposition d'études » (Troper, p. 332).

Pour pouvoir comparer les droits, au-delà de l'écume d'une approche techniciste et anhistorique, la science du droit comparé implique la mise en œuvre d'un ensemble de concepts, lesquels ne sont pas les concepts propres à un de ces systèmes, pas plus que communs à tous ces systèmes mais plutôt l'aboutissement d'une méthode en vue d'effectuer une comparaison à la fois plus fine et plus complète, ce n'est qu'à ce prix que peut alors s'ouvrir pour le juriste un horizon élargi et propice à une démarche comparatiste plus féconde et partant plus aboutie. A cet endroit l'histoire du droit a toute sa place.

Il est vrai que les recherches comparatistes se présentent aujourd'hui, majoritairement, comme une *praxis* en quête d'issues, de résultats immédiats sous-tendant une action à venir et à destination de praticiens du droit et d'officines gouvernementales. Il s'agit de saisir les dynamiques d'évolution, de prendre connaissance de l'état des droits positifs, mais aussi de mettre en lumière les ingénieries mises en œuvre afin d'anticiper, dans une démarche prospective, les mutations à venir. Souvent simples épitomés du droit comparé qui, en quelques passages ciblés ou tableaux synopsis, esquissent pour un lecteur attentif mais pressé les traits les plus saillants de positivité, assénant parataxes et immédiatetés techniques. Ici, point de digression théorique, mais une démarche frappée du coin d'un pragmatisme intégral parfaitement assumé. Si cette démarche correspond à de réelles attentes et bénéficie incontestablement de lecteurs assidus, justifiant par là même son intérêt pratique, elle ne peut pour autant se présenter comme l'antienne *doxique* du droit comparé. En effet, la seule insertion, la mise en parallèle ou la description de quelques éléments de droits étrangers

choisis ne peut, en aucun cas, faire de ces études l'acmé du droit comparé. D'ailleurs, en ont-elles vraiment la prétention ? A dire vrai, nous sommes là bien loin de travaux d'érudition ouvrant pleinement à la maïeutique et à l'altérité dans le droit. Ces écrits font méthodiquement l'impasse sur l'enchâssement culturel, culturel, sociologique et historique du droit. Il est vrai que les attentes des lecteurs sont autres et les finalités ailleurs. Si les deux approches ont leur place et leur utilité, tendre vers l'exclusivité serait alors l'erreur. La simple juxtaposition de positivités, hermétique aux aspects sociaux, économiques et historiques, ne saurait honnêtement figurer, à elle seule, la démarche comparée.

Il y a, selon nous, un grand intérêt à promouvoir la temporalité dans la comparaison des droits et à rompre avec la représentation, aussi vivace que figée, selon laquelle le droit comparé tend à l'étude des systèmes de droits contemporains dans l'espace, l'histoire du droit se consacrant, pour sa part, à l'étude des systèmes juridiques de telle ou telle période. Cette approche fixiste cristallise une distanciation forte entre les disciplines, véhiculant à cet endroit l'image d'une inéluctable absence de relation interdisciplinaire. Or, le droit comparé ne peut abolir le temps et éterniser l'état actuel du droit. La temporalité doit advenir dans la comparaison des droits car, à défaut, c'est l'indigence et l'étroitesse qui guettent la démarche comparatiste, réduite à la seule recherche de l'efficacité immédiate du droit comparé. Un droit comparé moniste qui serait dès lors condamné à s'essouffler en suivant l'inflation, sans fin, des normes juridiques et s'adaptant toujours davantage aux exigences et besoins des milieux professionnels, sacrifiant ainsi à une lecture purement technique du droit, oublieux de l'impérieuse nécessité d'une réflexion théorique et critique.

Le cas des pays de succession coloniale française, notamment africains, offre ici un bel exemple de ces latences et de la pertinence d'une approche historique.

## II - L'histoire du droit, le droit comparé et le « métissage juridique »

A propos du droit africain des pays de succession coloniale française, il nous plaît ici de citer les réflexions de l'historien du droit -chercheur au CNRS- Raymond Verdier publiées, en 1963, au lendemain des jeunes indépendances : « rien n'est plus vivant que le droit africain et on en fait une momie ensevelie dans trois gros volumes de coutumiers (...) » (Verdier, *Ethnologie et droit africains, Société des africanistes*, 1963). Effectivement, force est de constater que ces droits traditionnels sont aujourd'hui non seulement établis dans les milieux ruraux, mais tout aussi présents dans les quartiers populaires des villes, où ils ne déperissent pas. Ces droits africains, parfois hors de prise de nos catégories occidentales actuelles, n'ont pas toujours -loin s'en faut- la faveur des comparatistes, du moins de ceux qui se bornent à mesurer la valeur de l'outil juridique étudié à l'aune de sa performance et de son utilité contemporaine. Ainsi, pris dans l'étau d'une approche par trop passéiste et d'un regard complaisant porté sur ces droits, en partie d'essence traditionnelle, vus comme peu adaptés à nos attentes modernes ; les droits africains ne suscitent pas toujours l'intérêt des comparatistes positivistes vite enclin à déprécier des droits inexorablement perçus comme tétatogènes. En s'arrêtant à ces a priori ou observations superficielles, le juriste se condamne à ignorer l'essentiel de la vie juridique de l'Afrique, sous estimant de la sorte la richesse de la démarche comparée pour ces pays.



Ici, plus qu'ailleurs, la démarche comparée se doit d'être historique, tant ces droits ont été tout à la fois modelés et adaptés sous l'influence de traditions, parfois ancestrales, de dogmes religieux ou coutumiers ; mais, ils s'avèrent aussi pénétrés par le droit occidental écrit, sur un fond de règles codifiées. Une pénétration qui peut être la résultante directe de l'épisode colonial mais également, de façon plus subreptice, par le biais du phénomène -plus ou moins récent- du mimétisme juridique. Un mimétisme juridique qui tend à fondre dans la législation nationale, de façon plus ou moins heureuse, un droit exogène pas toujours adapté aux réalités culturelles et socio-économiques des pays concernés. Le chercheur se trouve là face à une pluralité de situations, de sources et à une stratification de normes, opérées au gré de l'histoire, dont il ne peut faire l'économie : système tribal, coutumes, oralité, chefferies traditionnelles, religions, justice cadiale... sont autant de données, à la fois historiques et contemporaines, qui s'imposent à qui veut comprendre les droits actuels de ces pays africains de succession coloniale française. Ces systèmes s'avèrent souvent hybrides, taraudés tant par la tradition qui persiste que par le tropisme de la modernité.

L'historien du droit, toujours soucieux d'éviter l'écueil fatal de l'anachronisme, se voit malgré tout plus à son aise, même s'il doit rester particulièrement prudent dans son approche comparée des systèmes de droits africains. L'histoire du droit ici n'est pas plus un luxe qu'un accessoire, c'est l'une des clefs indispensables permettant de pénétrer l'épaisseur signifiante de ces droits contemporains. L'histoire du droit ne décrit pas un passé suranné, elle rend intelligible le droit présent.

La maison du droit, qui est vaste, a bien des couloirs et des pièces plus ou moins fréquentés et si l'histoire du droit ne mobilise pas les spécialistes de la cybercriminalité ou ceux qui se passionnent pour les formes dématérialisées de contrats (trading haute fréquence, *blockchains*, crypto-monnaies, *smart contract*...), elle reste par ailleurs absolument déterminante.

Bien comprise, la comparaison des droits est en soi une invitation à l'altérité. L'uniformisation de la consommation, dans un monde de plus en plus globalisé, ne va pas forcément de pair avec celle des cultures, tout n'est pas commun. En ce sens, il convient de dépasser l'égo juridique, pour mieux se consacrer à d'autres droits, d'autres histoires du droit, à d'autres endroits. Cette approche comparée doit absolument se garder de devenir « altruicide » en ne promouvant pas systématiquement l'acculturation ou le transfert du droit mais, bien au contraire, s'inscrire dans une forme de distanciation vis-à-vis de son propre droit. Cette distanciation salutaire passe notamment par une irrésistible sensibilisation à la relativité du droit. Relativité du droit à laquelle tout historien du droit est, par sa démarche et sa formation, prédisposé. En effet, la méthode historique repose tant sur la curiosité, à l'égard de ce qui concerne le passé, que sur l'impartialité nécessaire à l'étude objective de systèmes anciens, obviant tout parti pris ou opinions préconçues. L'histoire du droit tend à aborder les phénomènes juridiques plus dans leur essence et leur réalité profonde qu'au travers de leurs seules manifestations techniques (J. Ellul, *Histoire des Institutions*).

Entendue de la sorte, cette ouverture du juriste-comparatiste, initié à la démarche historique, concourt -à la façon de M. Joudain- à conjurer les sombres prédictions de S. Huntigton, contribuant à l'élaboration d'un antidote au repli identitaire. Au fond, histoire du droit et droit comparé, dans une symbiose des plus féconde, participe des « métissages juridiques » dans une approche où l'altérité, loin d'être foulée aux pieds, est respectée. Cette alchimie

heureuse propose une troisième voie, alternative opportune entre l'universalisme abstrait et la contraction identitaire (N. Rouland, *Introduction historique au droit*, p. 14).

## L'OBJECTIF

Il s'avère que nombre d'historiens de droit ont, à différents titres, une expertise scientifique reconnue dans le domaine du droit comparé pour les pays de succession coloniale française. Cette implication scientifique se concrétise par la direction ou la présence dans des jurys de thèses, par des enseignements, la participation à des ouvrages collectifs ou encore la direction de revues telles : la Revue Franco-Maghrébine de Droit, la Revue de Droit Sénégalais, la Revue de Droit Béninois ou encore les travaux de La Société Française d'Histoire des Outre-Mers, ainsi qu'à travers l'organisation et la participation à plusieurs colloques et journées d'études en France mais aussi à l'étranger. C'est encore la présence régulière d'historiens du droit au jury du CAMES. Dans le même ordre d'idée, des historiens du droit assurent ou ont assuré des responsabilités de direction d'établissement à vocation internationale<sup>1</sup>, de composante<sup>2</sup> ou encore de département de droit<sup>3</sup> dédiés à l'international et/ou au droit comparé.

La mise en commun de ces expériences, riches et multiformes, paraît utile à tout chercheur avide d'observer la diversité des manières de mobiliser le droit comparé. Gageons qu'un certain nombre de questionnements, de débats, de pistes de réflexions et d'analyses rejailliront inévitablement de l'effort de mise en perspective d'approches complémentaires du droit comparé. L'interaction et l'échange d'idées entre chercheurs doivent améliorer nos connaissances sur des questions juridiques aussi complexes qu'étroitement imbriquées. Cette rencontre scientifique est l'occasion d'entendre d'autres points de vue sur les enjeux et les synergies qui font jour autour du droit comparé et de l'histoire du droit, de mettre en commun un plus large éventail d'expériences et de connaissances, d'encourager l'examen de ces questionnements sous plusieurs angles. Mais, il y a lieu également de recevoir de la rétroaction sur nos idées et nos pensées.

Il s'agit donc, dans un premier temps, d'identifier et de sonder la richesse et le dynamisme des recherches en droit comparé pour lesquelles l'histoire du droit et *a fortiori* les historiens du droit des universités françaises s'avèrent actifs et efficaces. Dans ce domaine, plus qu'ailleurs, il est évident que l'on ne peut accomplir et apprendre davantage qu'en partageant les expériences, les compétences et les ressources.

Au-delà, cette première rencontre scientifique s'assigne aussi une finalité prospective. La mise en commun, le bilan et les échanges, pour aussi fructueux qu'ils puissent être, ne pourront suffire. Il conviendra à l'issue, si cela paraît opportun à l'ensemble des participants, de réfléchir collectivement aux suites qui pourront éventuellement être données à cette première rencontre.

---

1 - L'Université Senghor – opérateur direct de la Francophonie.

2 - La FIDEF - Faculté Internationales de Droit Comparé des Etats Francophones.

3 - L'actuel département de droit comparé au sein de la faculté de droit de l'université de Perpignan.



## LISTE DES INTERVENANTS

**Didier BAISET**, Responsable scientifique de la manifestation, Professeur des Universités, UR UPVD 7397 CRESEM, Université de Perpignan Via Domitia

**André CABANIS**, Professeur Emérite, Université de Toulouse 1 Capitole

**Eric DE MARI**, Professeur des Universités, directeur de l'UMR 5815, Dynamiques du Droit, Université de Montpellier- CNRS

**Olivier DEVAUX**, Professeur des Universités, UR 789, CTHDIP, Université de Toulouse 1 Capitole

**Eric GASPARINI**, Professeur des Universités, Directeur de l'EA 2186 CERHIIP, Université d'Aix-en Provence

**Christophe JUHEL**, Maître de Conférences, UR UPVD 7397 CRESEM, Université de Perpignan Via Domitia

**Frédéric LECLERC**, Professeur des Universités, UR UPVD 7397 CRESEM, Université de Perpignan Via Domitia

**Albert LOURDE**, Recteur de l'Université Internationale de Senghor

**Jean-Christophe ROBERT**, Maître de Conférences, UR UPVD 4216 CDED, Université de Perpignan Via Domitia

**Eric SAVARESE**, Professeur des Universités, UMR 5112 CEPEL, Université de Montpellier-CNRS

**Contact** : [stephanie.fernandez@univ-perp.fr](mailto:stephanie.fernandez@univ-perp.fr)