L'assistance juridique japonaise aux pays dits « émergents » d'Asie

Contribution à l'approche pluraliste de la circulation du droit

Japanese Legal Technical Assistance to Emerging Countries in Asia. A

Contribution to the Pluralistic Approach to the Circulation of Law

Isabelle Giraudou

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/transcontinentales/360>

DOI : 10.4000/transcontinentales.360

ISBN : 978-2-7351-1559-4

ISSN : 1775-397X

Éditeur

Editions de la maison des sciences de l'homme

Édition imprimée

Date de publication : 30 juin 2009

Pagination : 47-67

ISBN : 978-2-200-92512-3

ISSN : 1950-1684

Référence électronique

Isabelle Giraudou, « L'assistance juridique japonaise aux pays dits « émergents » d'Asie », *Transcontinentales* [En ligne], 7 | 2009, document 3, mis en ligne le 24 mars 2011, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/transcontinentales/360> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/transcontinentales.360>

L'assistance juridique japonaise aux pays dits « émergents » d'Asie

Contribution à l'approche pluraliste de la circulation du droit

Isabelle Giraudou

Propos introductif : (les mots de) l'autre comme point de départ
d'une réflexion sur la « circulation du droit »

Vouloir apprendre à « regarder d'un certain regard d'étranger », *comme du dehors*, son propre fragment de monde¹... serait-il une gageure ? Le fait d'avoir été formée en France – sinon exclusivement au droit français, du moins selon une certaine approche (*française*) du droit – ne facilite certes pas toujours les choses. Mais il peut arriver de se retrouver ailleurs, parcourant à tâtons un chemin de traverse ; sur le fil – entre *au moins* deux pays, deux histoires, deux pensées, entre « plus d'un droit » ; et d'avoir à risquer, d'abord, cette pérégrination dé-routante d'une langue à une autre : car ce qui là-bas avait la plénitude de l'évidence, ici ne l'a plus ; et les « mots clés » de faire soudain figure d'oxymore. Première leçon, celle d'un « hors-de-soi-en-droit² », apprise au Japon où je me trouve depuis dix ans ; et pourtant, avant que les mots ne conduisent de l'autre côté du miroir...

En butte aux difficultés très prosaïques qu'il y a à enseigner dans une langue différente des notions juridiques trop aisément tenues pour acquises d'un côté et pour acclimatées de l'autre, il m'a fallu interroger plus avant aussi bien les concepts classiquement utilisés pour expliquer la mobilité du droit (réception, modernisation, développement du droit, transferts juridiques...), que les arguments avancés, souvent à peu de frais, pour en contester la possibilité même. La réflexion sur la « circulation du droit » demande en effet à être élargie : dans son

1 – P. Legendre, *Ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident. Conférences au Japon*, Paris, Mille et une nuits, 2004, p. 35.

2 – P. Legrand, « Au lieu de soi », in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, Presses universitaires de France, 2009, p. 20.

objet (de la «réception» du droit au Japon, à sa «diffusion» depuis l'archipel à destination d'autres pays d'Asie), et dans la méthode utilisée (quitte à démultiplier les angles d'analyse et à recourir à une pluralité de savoirs eux-mêmes décloisonnés)³. Mais tenter de penser le droit à partir d'autres «voies d'accès⁴», 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 des postulats fondateurs de la conception occidentale du droit, de l'État et de la justice. Le passage d'une langue à l'autre – en permettant d'affiner la compréhension que l'on peut avoir de la circulation du droit – invite moins à la confrontation directe qu'au questionnement sur ces glissements de sens possibles de la réinterprétation, s'opérant à couvert dans les interstices d'une politique juridique, dût-elle s'illustrer au plan international. Ne sont ici présentées que les premières orientations de ma recherche en cours (à l'institut de la Maison franco-japonaise), sur cette forme particulière de coopération internationale qu'est l'assistance dans le domaine du droit et de la justice.

Remarques préliminaires : assistance juridique et mondialisation du droit

La mobilité transfrontière du droit n'est pas un phénomène nouveau. D'un ordre juridique à un autre, le droit a en effet circulé selon des modalités historiques variées. Mais l'apparition d'un ensemble de pratiques dans le domaine de la diffusion et de la réception du droit dans la deuxième moitié du xx^e siècle a incontestablement renouvelé la réflexion sur les modalités et finalités contemporaines de la circulation des normes. Il en est ainsi de l'«assistance juridique», qu'il est possible de définir à la fois comme un instrument d'uniformisation du droit, et un outil au service d'une approche pluraliste de la circulation des normes.

De plus en plus soucieuses d'accorder au droit une place centrale dans leurs programmes d'aide, institutions financières internationales, agences multilatérales ou bilatérales de développement, et fondations privées ont investi de manière croissante dans le domaine de l'assistance juridique aux pays en voie de développement ou en situation de transition. Intégrée depuis les années 1960 à la coopération internationale dans le domaine de l'aide au développement, l'assistance

3 – Je tiens à remercier pour leurs précieux conseils le professeur Aikyo Masanori, directeur du Centre de recherche sur les échanges juridiques en Asie (CALE), université de Nagoya, ainsi que le professeur Matsuo Hiroshi, qui a bien voulu autoriser ma participation à son séminaire sur «Hō to Kaihatsu [droit et développement]» à l'université Keio (Tokyo). Je suis également redevable aux professeurs Annelise Riles (université Cornell), Ralf Michaels (université Duke), Leïla Choukroune (HEC Paris) et Gilles Lhuillier (université de Bretagne Sud, Institut d'études avancées de Nantes), pour les suggestions qu'ils ont pu m'adresser lors de la conférence organisée à la Maison franco-japonaise le 20 juin 2009, sur le thème «Law, Culture and Development in Global Legal Environment» (<http://www.mfj.gr.jp/agenda/2009/06/20/>). Que Gilles Lhuillier soit en particulier remercié pour la patience avec laquelle il a répondu, depuis, à mes questions.

4 – A.-J. Arnaud, *Entre modernité et modernisation : cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998, «Leçon 5 : De la globalisation au postmodernisme en droit», p. 148.

juridique consiste à accompagner la réforme du système juridique et judiciaire des pays récipiendaires, en y « transférant » un ensemble d'institutions. Aujourd'hui, la grande majorité des pays en voie de développement et des anciens pays socialistes reçoivent ce type d'assistance, qui repose plus particulièrement sur un double postulat : les cultures étant perméables, le droit peut faire l'objet de transferts d'un ordre juridique à un autre ; *et* ces transferts, tournés vers la modernisation du système juridique des pays destinataires de l'aide, contribuent nécessairement à leur développement politique, économique et social.

Mais pour parvenir à ce *mieux* escompté de la modernisation, faut-il nécessairement viser le *même* ? Nombre de facteurs incitent en effet à percevoir dans cette forme de coopération internationale un instrument de la standardisation progressive du droit à l'échelle mondiale, une « technologie du changement⁵ » au service de l'uniformisation juridique. Encore faut-il préciser dans quels domaines. Car si l'aide au développement par l'exportation de normes juridiques relève effectivement des mécanismes sociopolitiques d'uniformisation accélérée du droit, c'est surtout le cas dans certains secteurs jugés prioritaires. Liée au mouvement de standardisation du droit, l'assistance juridique conforte dans une certaine mesure le développement et tend à faciliter la réception d'un droit transnational, uniforme au moins en ce qui concerne les normes et pratiques du commerce international et les règles produites par les grandes sociétés multinationales (codes de conduite) ou les arbitres internationaux⁶. Vecteur parmi d'autres du « droit de la mondialisation », ou standardisation mondialisée du droit dans le secteur économique, il n'est cependant pas exclu que l'assistance juridique puisse aussi œuvrer plus largement dans le sens de la « mondialisation du droit »⁷. Car, tentant de répondre au souci de sécurité des rapports juridiques, la mondialisation du droit et de la justice touche aussi nécessairement d'autres secteurs de l'activité juridique. Une chose est pourtant de décrire le phénomène ; une autre de l'interpréter. Si l'assistance juridique participe à, en même temps qu'elle relève *de*, la mondialisation du droit, constitue-t-elle pour autant un instrument – fût-ce parmi d'autres – de ce qui serait l'émergence d'un nouvel ordre mondial ? Constaté que ce mode de coopération internationale est lié à certains facteurs (comme la recherche d'assurance et de sécurité du commerce international, ou la conscience grandissante d'un patrimoine démocratique à mettre en commun) doit-il nécessairement conduire à ne voir dans l'assistance juridique que le rouage d'une machine à *faire système* – sinon en réconciliant le multiple, du moins en nivelant certains pans de différents droits nationaux ?

5 – Nous empruntons l'expression à J.-L. Halpérin, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, 2009, p. 3.

6 – Centrant l'assistance juridique sur la promotion du droit économique (contrats, statut des sociétés, propriété intellectuelle, libre concurrence, fiscalité, marchés publics, etc.) et de la justice commerciale (modes alternatifs de règlement des litiges), les programmes d'assistance juridique mis en place notamment par les institutions financières internationales ont ainsi eu pour objet, en particulier au cours des années 1980, de « moderniser » l'infrastructure juridique du pays récipiendaire, de façon à ce que les standards internationaux définis dans un certain nombre de domaines (régulations bancaire, comptable, assurantielle, gouvernance d'entreprise, etc.) puissent s'y appliquer.

7 – J. Chevalier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in C.-A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37 *sq.*

Ce en quoi vouloir appréhender l'assistance juridique en lien avec la mondialisation du droit pourrait conduire, ultimement et non sans paradoxe, à résister à certains présupposés épistémologiques. Située à l'intersection de plusieurs espaces normatifs, il n'est pas exclu en effet que cette modalité particulière de la circulation des normes de droit qu'est l'assistance juridique puisse aussi avoir pour vocation de mieux les articuler : opérant dans un espace « intermédiaire », elle se situerait *en deçà* de la prétention à mondialiser un modèle d'organisation juridique et judiciaire mais – quoique distincte aussi de la tentative de favoriser l'émergence progressive d'un « pluralisme ordonné » – tendrait *au-delà* de la seule reconnaissance d'une pluralité authentique des droits à travers le monde.

Tout en s'inscrivant dans une réflexion plus large sur les modalités contemporaines d'interaction des normes et le renouvellement des processus d'élaboration du droit, notre recherche à l'Institut de la Maison franco-japonaise a pour objet de cerner – à partir de l'examen des particularités de la pratique japonaise en la matière – les contradictions d'une assistance juridique conçue à la fois comme outil de mondialisation du droit et comme instrument possible de coordination normative, au service d'un nécessaire pluralisme juridique. Réexaminant de manière critique la capacité du droit à canaliser des processus de modernisation dans les pays émergents, sans pour autant verser dans l'hypothèse d'un conflit de cultures juridiques en Asie, nous interrogeons la place que les modalités de diffusion juridique mises en œuvre par le Japon à partir des années 1990 dans cette partie du monde laissent au projet d'une mondialisation pluraliste du droit. Définie en termes de technologie du changement, au service de quel type de mondialisation du droit l'assistance juridique japonaise se trouve-t-elle ? Quoique encore sectorielle, l'assistance juridique fournie par le Japon principalement en Asie n'en véhicule pas moins une approche pluraliste de la circulation des normes. Consensuelle jusqu'à un certain point seulement mais sans parvenir encore à offrir de réelle alternative, l'implication japonaise dans cette nouvelle forme de coopération internationale ouvre pourtant des perspectives intéressantes pour la recherche sur la mondialisation du droit.

De l'assistance comme « technologie du changement »

Motivée par un souci d'efficacité et de rationalisation de l'aide, l'assistance juridique appréhende le droit comme une technologie du changement : développement du droit et modernisation des pays destinataires sont censés marcher main dans la main. Ce que traduit l'appellation même d'assistance juridique « technique », reflète l'organisation institutionnelle de l'aide, et précise la philosophie de cette forme de coopération internationale.

Les principaux aspects institutionnels de l'assistance juridique japonaise

Fort d'un système normatif à la croisée de plusieurs traditions juridiques, et « mettant à profit son expérience en tant que première nation asiatique à avoir

rejoint le rang des pays développés⁸», le Japon fait aujourd'hui valoir un titre spécial à agir dans le domaine de la diffusion du droit. Via sa politique de coopération internationale d'aide au développement à destination en particulier des pays émergents d'Asie, le Japon participe depuis plus de dix ans au développement des modes de migration du droit dans cette partie du monde, contribuant «de l'intérieur» à la modernisation des systèmes juridiques et judiciaires de la région. Se référant à l'histoire et à la situation actuelle du droit japonais, une partie de la doctrine n'hésite pas à présenter le Japon comme un «véritable laboratoire» depuis lequel s'élaboreraient certaines des plus sûres modalités de la mondialisation du droit en Asie. Ce n'est certes pas la première fois dans l'histoire que le Japon cherche, ou est conduit à diffuser certains éléments de son droit. Mais le contexte n'est plus le même, la configuration économique s'est renouvelée et l'on assiste dans les années 1990 à un emballement des investissements japonais contribuant à la diffusion d'un modèle d'industrialisation à l'échelle de toute l'Asie; les finalités et les modalités de l'intervention du Japon en matière de circulation des normes ont donc aussi nécessairement changé. Entrant en scène alors que l'aide au développement par l'exportation de droit connaît un essor sans précédent, contrainte d'opérer au croisement de deux tendances lourdes – l'extension du *droit de la mondialisation* et la progressive *mondialisation du droit* dans d'autres secteurs –, comment se positionne l'assistance juridique japonaise, et parvient-elle à résoudre les contradictions propres à ce champ de la coopération internationale?

Intégrée à partir de la deuxième moitié des années 1990 aux programmes japonais de coopération internationale en matière de développement, l'assistance juridique et judiciaire aux pays tiers est mise en œuvre par une institution administrative indépendante, l'Agence japonaise de coopération internationale, plus connue sous l'acronyme anglais JICA⁹. Organisme d'exécution relevant du ministère des Affaires étrangères¹⁰, la JICA est en charge des programmes bilatéraux d'aide technique (transferts de technologies) initiés en amont par l'Aide publique au développement (APD)¹¹. Les programmes d'assistance juridique consistent généralement en l'envoi d'experts dans le pays récipiendaire ou, inversement, en l'offre d'une formation technique au Japon. Associant étroitement le ministère de la Justice, la Fédération japonaise des associations du barreau, et un certain nombre d'experts et de personnalités académiques, ils s'articulent principalement autour de quatre axes : l'élaboration de la règle de droit, la mise en place d'institutions juridiques, le développement des ressources humaines dans les métiers du droit, et l'accès au droit pour tous. Ces programmes concernent en priorité les pays en voie de transition,

8 – Charte de l'Aide publique au développement, version révisée (2003). Approuvée par le Cabinet japonais en 1992, la Charte constitue depuis le fondement de la politique d'aide du Japon. www.mofa.go.jp/POLICY/oda/reform/charter.html.

9 – Ou Japan International Cooperation Agency (Kokusai kyōryoku kikō), dont le statut a été modifié en 2003 afin d'accroître son autonomie, et qui est à l'origine de près de la moitié des activités japonaises de coopération technique.

10 – Le ministère japonais des Affaires étrangères occupe une place de premier plan dans la hiérarchie organisationnelle des institutions intervenant dans l'Aide publique au développement, dont il assure de jure la coordination depuis 2001.

11 – Aide publique au développement (APD) ou *Official Development Assistance* (*Seifu kaihatsu enjo*).

en voie de reconstruction après un conflit, ou ayant entamé un processus de démocratisation. Dans la répartition de son aide publique au développement, le Japon – soucieux non seulement de la stabilité mais aussi de la prospérité de la région – privilégie incontestablement l'Asie, à laquelle va proportionnellement une grande partie de son aide bilatérale¹². Depuis 1994, la JICA est ainsi intervenue au Vietnam, au Cambodge, au Laos, en Chine, en Mongolie, en Ouzbékistan et en Indonésie¹³. À la demande de certains récipiendaires, la JICA a plus particulièrement mis en place des programmes d'assistance à la codification du droit civil, de la procédure civile, et du droit commercial. L'accent est également mis sur la formation des juristes et des personnels de justice, *via* des missions parrainées par le ministère de la Justice, des sessions de formation organisées au Japon même, ou des échanges universitaires¹⁴.

La « philosophie » de l'assistance juridique japonaise

Désignant, au sein des programmes de coopération internationale d'aide au développement, l'assistance fournie plus particulièrement dans le domaine du droit et de la justice, *Hō seibi shien* renvoie littéralement à l'action d'« équiper » les pays récipiendaires aux plans juridique et judiciaire. *Seibi* (« équipement ») étant censé revêtir un caractère au moins aussi neutre que les qualificatifs « technique » ou *technical* attachés aux programmes de « coopération technique dans le domaine du droit » ou de *legal technical assistance*. La Charte de l'Aide publique au développement (*Seifu kaihatsu enjo taikō*)¹⁵ cherche toutefois à lui assigner une place qualitativement plus significative, l'assistance juridique faisant désormais partie intégrante de la contribution du Japon à la *démocratisation* des pays récipiendaires de l'aide¹⁶.

Comme précisé aux termes des « politiques de base » décrites dans le premier chapitre de la Charte¹⁷, le donateur japonais part du principe que ce sont en

12 – L'aide bilatérale de l'APD en Asie se répartissait comme suit en 2007 : 19,1 % pour l'Asie de l'Est, 4,5 % pour l'Asie du Sud, 4,9 % pour l'Asie centrale et le Caucase; voir Ministry of Foreign Affairs, *Japan Official Development Assistance White Paper 2008*, Tokyo, 2009, p. 101 sq.

13 – Pour le détail des projets japonais d'assistance juridique, voir International Cooperation Department of the Legal Research Institute, Ministry of Justice of Japan, *ICD News*.

14 – Université de Nagoya, Centre sur les échanges juridiques en Asie (*Hōsei kokusai kyōiku kyōryoku kenkyū sentā*); <http://cale.law.nagoya-u.ac.jp/>.

15 – Voir note 8.

16 – Ce faisant, la Charte de l'APD fait sienne les orientations prises dans le domaine de l'aide au développement au niveau des instances internationales (Banque mondiale, OCDE, PNUD, notamment). L'assistance juridique, élément à part entière des programmes de coopération internationale, est explicitement présentée comme un des moyens permettant de renforcer la bonne gouvernance (caractère démocratique du régime, respect des droits de l'homme, règle de droit) des pays récipiendaires, elle-même conçue comme un élément décisif du développement.

17 – « La philosophie la plus importante de l'APD japonaise pour soutenir les efforts d'auto-assistance fondés sur la bonne gouvernance des pays en développement repose sur une coopération qui leur permet de développer les ressources humaines, leurs institutions, leur système légal ainsi que d'améliorer les infrastructures sociales et économiques qui constituent la base pour leur développement. Par conséquent, le Japon respecte leurs propres efforts [*the ownership of developing countries*] et accorde de l'importance à leurs propres stratégies de développement. » Nous soulignons, et précisons (la version originale japonaise reprenant la transcription *katakana* du mot anglais *ownership*, auquel renvoie elle-même la traduction officielle anglaise de la Charte).

définitive les pays récipiendaires qui sont responsables de leur propre développement et doivent en prendre l'initiative. Ce *self-help effort* (*Jijo dōryoku*¹⁸), bien connu de la doctrine japonaise¹⁹, tient lieu depuis plusieurs années de principe directeur de l'aide publique au développement²⁰. Et inspire de même l'assistance que fournit le Japon dans le domaine du droit et de la justice. Les racines et ramifications du principe sont multiples, qui toutes éclairent d'un jour particulier la manière dont le Japon appréhende la coopération internationale dans le domaine de l'aide au développement. En matière d'assistance juridique et judiciaire, la même logique est invoquée, tout en ayant cependant des implications propres. En quelques mots : *Transparence* – Le principe du *Jijo dōryoku*, censé faire la lumière sur les motivations de l'aide et laver le donateur de tout soupçon, est principalement destiné à répondre aux critiques qui pendant longtemps furent adressées au Japon²¹. Strictement apolitique et non strictement intéressée serait donc l'aide – et de même l'assistance juridique. Ce *self* n'est en définitive que l'autre maintenu à bonne distance, et ainsi rendu certain de n'être pas placé en situation de dépendance; pour rassurer sur ce point récipiendaires et communauté des donateurs, le Japon aurait en effet difficilement pu trouver mieux qu'un principe comme celui du *self-help*... *Expérience (réussie)* – D'autant que l'histoire du pays est elle-même présentée ici comme exemplaire. Qu'il se soit agi de le moderniser à l'époque Meiji, ou de le relever au lendemain de la deuxième guerre mondiale, le Japon aurait toujours su user avec succès de la même stratégie : *s'aider lui-même*, avec ce que cela implique, *in fine*, de maîtrise d'un destin²². *Conscience* – Sans compter le rapprochement que d'aucuns

18 – Composé de *Jijo* : « par soi-même », et de *Dōryoku* : « effort ».

19 – H. Esyo, *Kaihatsu to Enjo* [Développement et aide], Tokyo, Dōbunsha, 1994; Y. Shinomura et al., *ODA Taiko no Seiji-Keizaigaku* [Charte APD et économie politique], Tokyo, Yuhikaku, 1991; T. Watanabe et al., *Nihon no ODA o dōsuruka* [Comment procéder avec l'aide publique japonaise au développement?], Tokyo, NHK Shuppan, 1991; K. King et S. McGrath, *Knowledge for Development? Comparing British, Japanese, Swedish and World Bank Aid*, Londres, Zed Books, 2004.

20 – Avancé dans les années 1980 alors que le Japon cherche à accroître sa contribution à l'aide internationale au développement, le principe *self-help effort* sera formalisé dans la première version de la Charte (1992), et réaffirmé avec force aux termes de la version révisée (2003). S. Shinozuka, « Nihon no ODA Senryaku [La stratégie de l'Aide publique japonaise au développement] », in T. Watanabe (éd.), *Kokusai Kaihatsugaku I. Ajia Kokusai Kyōryoku no Hōi* [Développement international. I. Les orientations de la coopération internationale en Asie], Tokyo, Tōyōkeizai shinpōsha, 2000.

21 – À l'aide japonaise, il était jusque dans les années 1990 reproché de servir davantage l'intérêt national (extension du marché et ouverture de débouchés à l'exportation, accès aux ressources naturelles...) que les besoins réels des pays en voie de développement. Le Japon doit aussi compter avec la mémoire historique et éviter à tout prix de raviver de douloureux souvenirs : son passé colonial fait peser sur toute intervention en Asie un soupçon que seule une neutralité de l'aide affichée sans ambages paraît de nature à désamorcer. Ministry of Foreign Affairs, *Japan's Official Development Assistance* 1988, Tokyo, Association for Promotion of International Cooperation, 1989, p. 21.

22 – « Aider le récipiendaire à s'aider lui-même : cela reflète l'opinion du Japon selon laquelle le vrai développement économique, indissociable de l'indépendance économique, ne peut être atteint que si le pays récipiendaire promeut lui-même les stratégies de développement. Cette ligne de pensée découle de la propre expérience du Japon en matière de développement après la seconde guerre mondiale, ainsi que de son expérience en matière d'assistance aux pays de l'Asie de l'Est; c'est une idée que le Japon a eu à cœur de défendre auprès des pays donateurs occidentaux » (Ministry of Foreign Affairs, *Japan's Official Development Assistance* 1995, Tokyo, Association for Promotion of International Cooperation, 1996, p. 45). Pour une observation sur le rapprochement effectué avec l'histoire de la modernisation du Japon sous Meiji : A. Rix, *Japan's Foreign Aid Challenge : Policy Reform and Aid Leadership*, Londres, Routledge, 1993, p. 15-16.

n'hésitent pas à faire avec cette expression culturelle d'une attitude face à la vie, quintessence même de l'obstination japonaise, ou *gambare!* (impératif du verbe *gambaru* : « persévérer », « s'obstiner »... bref, « faire des efforts »)²³. Enfin, et plus sérieusement peut-être : *confiance en une démarche conjointe* – Utilisé aussi dans le souci d'écarter tout risque d'assistanat (coûteux), le principe *Jijo dōryoku* conduit à envisager l'aide au développement comme une « entreprise conjointe »²⁴. Et se distingue de l'approche dite du *ownership*²⁵, discutée plus largement par la communauté des donateurs. Tandis que *self-help* renverrait à une approche ascendante de l'aide (*bottom-up*, ou « contextualisée »), plus directement en prise avec l'autonomie non négociable du bénéficiaire, et cherchant à associer dès le départ ce dernier à la détermination de l'objet de l'assistance, *ownership* désignerait plutôt une approche de l'aide orientée du haut vers le bas, ou *octroyée*²⁶, visant l'appropriation par le bénéficiaire du droit véhiculé par l'assistance. Confiant dans le principe *Jijo dōryoku*, le ministère japonais des Affaires étrangères ne ménage d'ailleurs pas ses mots à l'égard des modèles nord-américain et français, suspectés de vouloir imposer leurs propres préférences et valeurs aux pays bénéficiaires²⁷.

De l'assistance juridique comme « contextualisation concrète »

Rapports officiels et doctrine n'ont cessé de revenir sur 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. Mais quelle est réellement la portée de ce format narratif et argumentatif : la vision de la mondialisation ainsi

23 – N. Sawamura, « Japan's philosophy of self-help efforts in international development cooperation : does it work in Africa? », CICE Hiroshima University, *Journal of International Cooperation*, vol. 7, n° 1, 2004, p. 31.

24 – Et donc entraînant aussi le partage de certaines charges, même si à cet égard on observe un certain assouplissement de la position japonaise. Toujours est-il que le ministère des Affaires étrangères a pu ainsi souligner : « [...] Le Japon présuppose que les pays en voie de développement feront eux-mêmes un certain nombre d'efforts [...] et que chaque projet sera mis en œuvre de manière conjointe » (Ministry of Foreign Affairs, *Japan's Official Development Assistance 1990*, Tokyo, Association for Promotion of International Cooperation, 1991, p.23).

25 – Et quoiqu'en dise la traduction anglaise de la version révisée de la Charte APD.

26 – Pour une réflexion sur la spécificité de la notion *self-help* en matière d'aide : D. Ellerman, « Autonomy-respecting assistance : towards new strategies for development assistance », contribution présentée à la Conférence annuelle internationale, Centre d'études africaines, université d'Édimbourg, 22-23 mai 2002.

27 – « Autant que faire se peut, le Japon évite scrupuleusement d'imposer ses propres valeurs politiques ou attitudes à l'égard du développement économique dans ses activités d'aide. À travers un dialogue fondé sur les demandes émanant des bénéficiaires, il est au contraire parvenu à définir l'approche du développement la plus adaptée à chaque pays pris individuellement » (Ministry of Foreign Affairs, *Japan's Official Development Assistance 1990*, Tokyo, Association for Promotion of International Cooperation, 1991, p. 19). On a cependant assisté à un revirement d'attitude au début des années 2000, le Japon n'attendant plus que lui soit soumise une demande en bonne et due forme, mais adoptant désormais un comportement plus actif, en prenant l'initiative de proposer des projets dans des domaines comme l'environnement, les droits de l'homme, le renforcement des capacités et la bonne gestion des affaires publiques. OCDE, Development Co-operation Directorate, *Peer Review 2003 Japan*, OECD, 2004.

véhiculée par les programmes japonais de coopération internationale en matière d'assistance juridique et judiciaire fournirait-elle certains moyens de résister à la généralisation d'un modèle unique ?

À contre-courant des options envisagées par d'autres donateurs

Par rapport aux vagues successives de diffusionnisme juridique depuis les années 1960, l'assistance mise en place par le Japon en matière de réformes du droit et de la justice se démarque effectivement – ne serait-ce que dans une certaine mesure – des pratiques suivies jusqu'alors par d'autres contributeurs, notamment étasuniens et européens. Il est encore trop souvent reproché aux acteurs de l'assistance juridique de n'opter que pour des approches formatées et de ne proposer qu'une gamme passablement réduite de solutions « clés en main » (standards supposés universellement efficaces, pratiques présentées comme nécessairement « les meilleures »)²⁸. Par contraste, la pratique japonaise a depuis le début cherché à contextualiser son assistance pour pouvoir agir au plus près des besoins du pays récipiendaire. L'hostilité à laquelle s'est heurtée l'assistance juridique japonaise sur le terrain illustre de manière particulière les tensions qui traversent ce champ de la coopération internationale. La place nous manque ici pour évoquer l'ensemble des conflits entre contributeurs japonais, internationaux, étasuniens et européens intervenant dans les mêmes zones géographiques²⁹. Nous en citerons deux, qui mettent particulièrement en relief l'importance attribuée par le Japon à la réappropriation *réfléchie* de leur droit par les destinataires de l'aide.

Non officialisée mais largement débattue dans les milieux académiques³⁰, la friction provoquée par l'action contradictoire du Japon, des États-Unis et de la Banque mondiale dans le domaine de l'assistance juridique au Cambodge est symptomatique. L'accord de coopération juridique signé en 1999 entre le Japon et le Cambodge prévoyait en particulier l'établissement d'un code civil et d'un code de procédure civile, conçus comme indispensables pour accompagner l'introduction au Cambodge d'une économie de marché. Avant de remettre au gouvernement cambodgien un projet final de code de procédure civile (octobre 2002) et de code

28 – T. Delpuech, « La coopération internationale au prisme du courant de recherche "droit et développement" », *Droit et société*, n° 62, 2006, p. 162.

29 – Pour une analyse d'ensemble des tensions et difficultés de coordination sur le terrain : K. Kagawa et Y. Kaneko, *Hōseibishienron* [Études sur l'assistance juridique], Kyoto, Minerva-Shobo, 2007 ; H. Matsuo, « The use of codification and piecemeal legislation for the rule of law promotion : lessons of the legal cooperation projects in east asian countries », *Paper Presented at the Third Meeting of the Hague Rule of Law Network, 17th and 18th April 2008*, Lange Voorhout 44, La Hague.

30 – En particulier, dans le numéro 14 d'*ICD News* (ministère japonais de la Justice, 2004) : A. Morishima, « Donākan ni okeru shien no sōkoku to nihon no shien no chōsei [Les conflits entre donateurs et la nécessité de réformer l'assistance juridique japonaise] », p. 40-44 ; M. Takeshita, « Kanbojia ni okeru donākanryoku no kadai [Les problèmes de coordination entre donateurs au Cambodge] », p. 24-30. Également, dans le numéro 16 de la revue précitée (2004) : A. Misawa, « Hōseibishien no kadai—Kanbojia » [Analyse de l'assistance juridique et judiciaire japonaise au Cambodge] », p. 7-10. Enfin : T. Uehara *et al.*, « Kanbojia ni okeru hōseibishien—kanbojia minji soshō hōten no seiritsu [L'assistance en matière de codification de la procédure civile au Cambodge] », *Jurist*, n° 1358, 2008.

civil (mars 2003), l'équipe japonaise formée de spécialistes du droit civil avait vainement tenté de coordonner ses efforts d'assistance avec l'équipe de praticiens issus de la Banque mondiale et de la Banque américaine pour le développement, chargée pour sa part de la réforme du droit foncier cambodgien. Ayant remis son projet final en 2001, l'équipe internationale chargée de l'aide à la réforme du droit foncier exigea consécutivement de l'équipe japonaise des adaptations et une mise en conformité du projet de code civil. Arguant de la supériorité du code civil dans l'ensemble normatif de droit privé, l'équipe japonaise refusa de se plier. Les projets de réforme, respectivement en droit civil et en droit foncier, faisaient tous deux formellement abstraction des dispositions coutumières cambodgiennes. À cette différence près que le projet de code civil japonais laissait, en substance, la possibilité pour les droits coutumiers de se voir défendus en justice, à égalité de chances avec le droit formel de propriété. Non qu'il se soit agi pour les rédacteurs japonais du projet de code civil cambodgien de s'arc-bouter sur les traditions juridiques locales. Ce souci de flexibilité qui présida à la rédaction du projet japonais s'explique plutôt par la volonté de laisser les sujets de droit cambodgien décider eux-mêmes, par voie jurisprudentielle, de l'orientation future de leur système juridique. Il n'appartient pas aux auteurs de l'aide de figer dans le marbre des options qui seraient celles d'un modèle juridique dominant. Le souci des Japonais était bien davantage, en l'occurrence, de laisser le destinataire de l'aide maître des évolutions à venir de son droit.

Ce souci japonais de respecter le droit local dans ses programmes d'assistance porte jusqu'au choix de certains acteurs en particulier, identifiés comme interlocuteurs privilégiés dans le processus de réception du droit étranger. Ainsi du programme d'assistance juridique adopté par le Japon en Indonésie un an après le Tsunami de 2004. La coutume locale étant d'éviter tout conflit pendant une année de deuil, le gouvernement indonésien anticipa sur une explosion des litiges en 2005, et demanda l'aide du Japon pour gérer les conflits prévisibles notamment en matière de droits de propriété, de démarcation des terres et d'héritages. En promouvant à cette occasion un type particulier de modes alternatifs de résolution des litiges, plus respectueux des acteurs locaux, le Japon se démarqua une fois de plus des options généralement choisies par les autres contributeurs d'aide. Largement associés à la promotion de l'État de droit, les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent se répartir en différentes catégories, en fonction de l'usage qu'ils font des garanties coutumières. Tandis que l'arbitrage en matière commerciale fait très largement application de standards internationaux, et que l'arbitrage en matière administrative s'en tient plus spécialement au droit formel local, les modes alternatifs dits communautaires de règlement des litiges se réfèrent quant à eux à une variété de mécanismes traditionnels d'origine exclusivement coutumière. Si les projets d'assistance juridique et judiciaire internationaux promeuvent, sur le papier, ces modes communautaires et prétendent reconsidérer la place à attribuer aux coutumes locales, il s'agit surtout de déclarations d'intention. Dans la pratique, ce sont plutôt les modes de règlement des conflits s'appuyant sur les standards internationaux ou le droit formel qui sont encouragés en Asie. Or, dans un contexte de modernisation rapide des sociétés en phase de transition vers une économie de marché, des modes alternatifs mixtes de résolution des conflits pourraient en théorie trouver leur

place, liés à une résolution judiciaire du conflit, mais aboutissant à une solution plus souple que celle à laquelle conduisent les modes classiques de règlement des litiges. Le système de conciliation civile japonais, développé sous la restauration de Meiji et encore en vigueur, se rapproche précisément de cette formule mixte, qui prend appui à la fois sur le droit formel et sur les normes coutumières, sans favoriser l'un à l'exclusion de l'autre. Dans le souci d'initier une dynamique propre d'interaction entre droit formel et droit coutumier créatrice elle-même de nouvelles normes, le programme d'assistance juridique japonais à destination de l'Indonésie prit comme interlocuteurs principaux les magistrats attachés au système coutumier de résolution des conflits ainsi que les chefs de différentes communautés locales³¹. Il ne s'agissait pas tant pour le Japon de plaquer un modèle, que de stimuler sur le terrain les premiers intéressés, à qui revenait la question du règlement des litiges – à l'interface entre formalisme et coutume.

« Contextualiser » l'assistance Signification et portée d'une attitude

Qu'il s'agisse du mouvement « droit et développement » des années 1960 et 1970, ou de la promotion massive de la *Rule of law* depuis les années 1990, la recherche d'une doctrine en matière d'assistance juridique a buté et achoppe encore sur la nécessité de mieux contextualiser les programmes. Sans bien entendu que l'assistance juridique japonaise puisse être ramenée dans son entier à ce seul trait distinctif, l'attitude initiale consistant pour le Japon à vouloir contextualiser l'aide – à intervenir, en d'autres termes, au plus près de la réalité sociale du pays récipiendaire – lui permet d'afficher une position originale par rapport aux autres pratiques en cours.

Les différents usages du recours à l'histoire

Dans quelle mesure la flexibilité des équipes japonaises d'assistance juridique peut-elle être mise au crédit de la propre expérience historique du Japon en matière de « réception » du droit ?

Une volonté de légitimer – Les auteurs qui cherchent à asseoir la légitimité de l'assistance juridique japonaise le font généralement en recourant à l'histoire du Japon en matière de réception du droit et à la réforme en cours de son système juridique et judiciaire. Le Japon serait d'autant plus fondé à agir dans le domaine de l'assistance qu'il a su lui-même « tirer de différents droits étrangers des éléments de nature à alimenter ses propres règles juridiques en retenant ce qui était le plus adaptable au système social, économique et familial » du pays ; en ce sens, le droit japonais – parfait exemple d'hybridation – « pourrait être un modèle de technique à utiliser en vue de l'unification future du droit »³². En dehors du Japon,

31 – S. Kawata, « Kokusaikyōryoku kokō indoneshia shihō kaikaku shien kikaku chōsaiin [Les modes alternatifs de résolution des conflits et l'assistance fournie à l'Indonésie après le Tsunami Aceh] », in K. Kagawa et Y. Kaneko, *op. cit.*, p. 148-159.

32 – K. Yamamoto, « Un essai du Japon pour la coopération juridique dans la région asiatique », in L. Netten et J.-P. Spinelli (dir.), *La mondialisation du droit dans un nouvel espace de justice universel*.

la doctrine – sans méconnaître les limites inhérentes à l'exercice de conciliation entre modèles concurrents – a parfois salué le système japonais comme offrant « le meilleur instrument d'harmonisation³³ ». Le caractère hésitant et souvent maladroit de telles formulations traduit surtout un certain flottement conceptuel... La fragilité scientifique de ce discours explique d'ailleurs sans doute la facilité avec laquelle la rhétorique officielle elle-même reprend à satiété cette vision d'une assistance juridique japonaise portée par l'histoire. Il n'est pas une déclaration qui ne revienne sur l'expérience séculaire du Japon en matière de réception : ayant dû moderniser son droit en s'ouvrant aux traditions juridiques occidentales – ou ayant 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 l'assistance juridique et judiciaire aux pays tiers ; son expérience historique unique de récepteur lui fournissant sinon un titre particulier, du moins une expertise spéciale dans le domaine des transferts juridiques.

Ce point de vue présente logiquement la pratique de la coopération juridique du Japon en Asie comme le « résultat littéral de la mondialisation du droit dans une région³⁴ ». Les diverses raisons – culturelles et techniques – pour lesquelles les pays asiatiques désireux de se moderniser (Chine, Vietnam, Cambodge, Mongolie, pays d'Asie centrale) refusent d'adopter *tels quels* des pans entiers du droit occidental expliqueraient inversement pourquoi ils préfèrent solliciter la coopération du Japon pour réformer leur système juridique et judiciaire. Que le droit japonais ait accueilli puis adapté à la « tradition asiatique » le système occidental devait nécessairement le conduire à devenir aujourd'hui en Asie le centre de tous les regards.

Le souci de mettre en garde – Sans remettre en cause le principe même d'une intervention du Japon dans le champ de l'assistance juridique, certains auteurs se montrent cependant beaucoup plus circonspects. Pour en avoir fait la difficile expérience historique, le Japon peut surtout faire valoir qu'il est – plus que d'autres – averti des écueils liés au processus de diffusion-réception du droit³⁵. La leçon principale de l'histoire étant qu'il reste particulièrement hasardeux de transplanter depuis l'étranger un droit formel en l'état, au mépris de considérations internes. Cherchant à prendre quelque distance par rapport à l'image d'Épinal d'une réception sans douleur, plus en phase aussi avec l'impératif de « contextualiser » l'assistance, certains auteurs s'attachent à rappeler le caractère au contraire laborieux, souvent conflictuel, de l'histoire du droit au Japon. Sa complexité également, puisque sous le voile d'une « adaptation » sans aspérités, se retrouvent en réalité un ensemble de mécanismes subtils d'interaction graduelle entre droit coutumier local

Actes du colloque international de Tunis, 9 mai 2003, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2004, p. 125 et 126.

33 – N. Ben Ammou, « Rapport de synthèse », in L. Netten et J.-P. Spinelli (dir.), *op. cit.*, p. 134.

34 – K. Yamamoto, art. cit.

35 – A. Morishima, « Japanese approach toward legal development assistance (Law and Development) », in Y. Matsuura, *The Role of Law in Development – Past, Present and Future*, Nagoya, Nagoya University Press, 2005, p. 19 ; Y. Kaneko, « Catalytic role of legal assistance between formal law and social norms : hints from japanese assistance », *Journal of International Cooperation Studies*, vol. 15, n° 3, 2008, p. 50.

et droit formel importé. Moins lyrique que la précédente, cette lecture de l'histoire inspire d'ailleurs davantage les acteurs japonais sur le terrain. Elle est en outre plus explicitement de nature à désamorcer tout soupçon dans le chef du destinataire, à qui bien souvent la seconde guerre mondiale a laissé plus d'une cicatrice : c'est de bonne foi, opérant en toute transparence, et sans intention de s'immiscer dans les affaires intérieures du récipiendaire, qu'intervient le contributeur d'aide japonais.

Enthousiaste ou prudente – s'attachant principalement à justifier le principe même d'une intervention du Japon dans le champ de l'assistance juridique aux pays en voie de développement et en situation de transition, ou plus soucieuse de mettre en garde contre les aléas des transferts juridiques –, cette lecture de l'histoire de la réception du droit au Japon cherche surtout à distinguer rétrospectivement les programmes d'assistance juridique japonais de la première vague étasunienne d'assistance juridique des années 1960 ; et continue de vouloir les différencier en partie des programmes proposés aujourd'hui par d'autres donateurs d'aide. Le recours à l'histoire ne saurait cependant caractériser scientifiquement ce type de coopération internationale, ni expliquer à lui seul le souci manifesté par les experts japonais de contextualiser l'aide. Plus convaincante est la réflexion engagée ces dernières années par certains universitaires japonais sur l'objet même de l'assistance.

Flexible droit : les fondements doctrinaux de l'assistance juridique

Les conseillers juridiques japonais intervenant dans le cadre des programmes d'assistance de la JICA distinguent soigneusement – au sein de ce que l'on appelle « droit » – d'une part le droit formel (composé d'une hiérarchie de textes légaux, de doctrines, de jurisprudences) et, d'autre part, l'ensemble des normes sociales informelles (soit le complexe formé par les règles traditionnelles et coutumières)³⁶. Cette approche ne cherche pas à opposer au droit supposément « moderne », en vigueur dans les pays industrialisés et objet initial de l'assistance juridique, le caractère local, particulier, voire incohérent des normativités traditionnelles auxquelles il faudrait nécessairement substituer une légalité exclusivement formelle, adossée à la seule puissance organisée de l'État. Prendre en compte, pour mieux les articuler entre elles, ces différentes faces du droit correspond au contraire à la volonté affichée du contributeur japonais de n'imposer aucun modèle juridique au récipiendaire.

Observons que depuis les années 1990, l'intégration de la règle de droit (*Rule of law*) aux programmes d'assistance juridique, en même temps qu'elle participe à la diffusion d'un modèle – ensemble de garanties juridiques et judiciaires partagées par des pays démocratiques non cantonnés aux seules nations occidentales –, est censée servir les nouvelles stratégies mises en place par les donateurs en vue du développement économique, politique et social des pays récipiendaires. Il reste que, en voulant faire de cette nouvelle orthodoxie de la *Rule of law* le principe régulateur du développement et le pivot de la coopération internationale dans le domaine du droit et de la justice, les donateurs achoppent sur une double difficulté : soit que,

36 – Y. Kaneko, art. cit.

s'attachant à une définition exclusivement matérielle ou substantielle de la règle de droit, ils courent le risque de présenter *in fine* une approche moralisante du système juridique; soit que, privilégiant une définition strictement formelle, ils s'en tiennent en somme à une conception minimaliste de la règle de droit. Sans parvenir encore à résoudre parfaitement cette contradiction, une partie de la doctrine japonaise – attachée à l'approche contextualisante promue par les équipes d'assistance sur le terrain – adopte de la règle de droit une conception stratifiée. Constituant une première couche sédimentaire, les règles informelles doivent faire l'objet d'une attention toute particulière de la part des experts intervenant dans le cadre des programmes d'assistance juridique et judiciaire, étant bien compris que la réforme du droit et de la justice dans le pays récipiendaire ne fait pas plus table rase qu'elle n'intervient dans un désert³⁷. Tout en prenant en compte l'existence des règles informelles, les experts en droit intervenant sur le terrain devraient, selon cette approche, recourir le plus possible aux règles dites «secondaires», précisément conçues pour permettre le renouvellement continu des normes³⁸. Ils gagneraient aussi à se donner le temps du *pas à pas* en matière de réformes. Aussi, par exemple, la ferme volonté du gouvernement d'un pays récipiendaire de maintenir un élément de son droit – en contradiction apparente avec la modernisation en cours de son système et malgré l'avis ouvertement contraire des experts japonais sollicités – ne saurait-elle être perçue, en elle-même, ni comme faisant échec de manière rédhibitoire aux efforts d'assistance juridique dans le domaine de la codification, ni comme devant hypothéquer l'implémentation graduelle de la règle de droit.

Élément elle-même de ce qui serait «une politique de la reconnaissance³⁹», cette conception stratifiée de la règle restitue donc son importance au droit informel : elle en prend dûment acte sans pour autant l'isoler des autres plans du droit avec lesquels il interagit⁴⁰. Le penser en relation avec des «règles secondaires», en particulier celle de changement – qui par définition prévoit la possibilité de remplacer une norme par une autre, et sur laquelle doivent s'appuyer les experts –, renvoie logiquement à la nécessité de garantir dans chaque cas au récipiendaire la pleine possession des processus de développement de son droit, sans que la séquence suivie par la règle de droit ait nécessairement à être linéaire. Compris comme étant à la fois ouvert et fermé, le système juridique du pays récipiendaire est censé déterminer lui-même le processus de transformation que présuppose l'intégration d'éléments «extérieurs», ici objet de l'assistance en matière de réforme juridique et

37 – Voir H. Matsuo, «Let the Rule of law be flexible to attain good governance», in P. Berling *et al.* (éd.), *New Directions in the Rule of Law*, Uppsala, Iustus Förlag, 2009, p. 49-50.

38 – Cette approche reprend ainsi la critique modérée adressée au positivisme kelsénien par Herbert L.A. Hart, selon laquelle la spécificité de tout ordre juridique consiste en la réunion de «règles primaires» (ou modèles de comportement) et de «règles secondaires» se rapportant aux règles primaires et ayant pour objet de déterminer comment elles sont reconnues en tant que droit (règle de reconnaissance), peuvent être changées (règle de changement) et fonder des décisions judiciaires (règle d'adjudication); H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2^e édition, Oxford-New York, Oxford University Press, 1997, p. 79-99.

39 – P. Legrand, «Au lieu de soi», art. cit., p. 32.

40 – En ce sens : K. Ichihashi, «Law and legal assistance in Uzbekistan», in Y. Matsuura, *The Role of Law in Development...*, *op.cit.*, p. 41 *sq.*

judiciaire. Nous pourrions prolonger sur ce point la réflexion en nous demandant si l'approche stratifiante du droit que véhicule l'assistance juridique japonaise ne se situerait pas en deçà seulement – non à rebours – de la démarche faite par certains juristes, sociologues juristes et anthropologues juristes du monde non occidental pour penser le droit de manière polycentrique⁴¹ et faire ainsi justice à une diversité des normes jusqu'ici assignée à la marge.

Ouvrir à une pluralité normative

Pour une autre mondialisation du droit?

Pour avoir dès le départ tenu à mieux « contextualiser » l'aide, les donateurs japonais n'ont pas été conduits pour autant à « essentialiser » les ordres juridiques des pays dans lesquels ils sont intervenus, et n'ont en rien abdiqué en faveur d'une conception « culturalisante » du droit⁴². Non, à aucun moment, il n'a été question de sauvegarder le droit traditionnel *pour lui-même*, en magnifiant des coutumes qu'il aurait fallu défendre aussi bien contre l'impérialisme juridique des pays occidentaux que contre la volonté des gouvernements nationaux de formaliser et unifier les règles locales. Se pose alors la question suivante : « contextualisante » sans être pour autant « culturaliste », jusqu'à quel point l'assistance japonaise prend-elle ses distances par rapport à une certaine conception de la modernité du droit ? Et dans quelle mesure invite-t-elle donc à repenser, au moins dans ce champ de la coopération internationale, les termes de la mondialisation du droit ?

Respectueuse de la complexité du droit de l'autre, la pratique japonaise laisse plus de place à la possibilité d'un développement des droits internes autre que purement linéaire et accepte cette part d'incertitude liée au fait que l'orientation définitive du projet d'assistance reste aux mains des récipiendaires. En ce sens, fournir une aide dans le domaine des réformes du droit et de la justice en restant soucieux de l'articuler aux différents éléments du droit du pays récipiendaire nous paraît susceptible de réintroduire au moins une dose de pluralisme là où d'autres donateurs peuvent au contraire être tentés de livrer du « prêt à réformer *made in* », ou modèles juridiques clés en main. La prudence avec laquelle interviennent les experts japonais, leur souci d'associer dès les premières étapes de l'assistance un ensemble d'interlocuteurs, leur attention portée au-delà des seules règles formelles, traduisent selon nous une conscience aiguë (quels qu'en soient les facteurs d'explication : historiques ou autres) du mouvement continu du droit.

« Contextualisante » sans pour autant être « culturaliste » ; « pluralisante » plutôt que « pluraliste » : l'assistance juridique japonaise est d'abord affaire d'attitude. Devrait-on dire « *au mieux* affaire d'attitude » ? Car le cap fixé à l'assistance ne change pas :

41 – Voir en particulier, de M. Chiba : *Asian Indigenous Law : In interaction with Received Law*, Londres, Kegan Paul international, 1986 ; *Legal Pluralism. Toward a General Theory through Japanese Culture*, Tokyo, Tokai University Press, 1989. Pour une présentation en français de cette approche, voir W. Capeller et T. Kitamura (dir.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

42 – Voir la discussion doctrinale sur le rapport entre règle de droit et juridisme libéral : D. Trubek et M. Galanter, « Scholars in self-estrangement : some reflections on the crisis in law and development studies in the United States », *Wisconsin Law Review*, n° 4, 1974, p. 1062-1102 ; B. Tamanaha, « The lessons of law and development studies », *Journal of International Law*, n° 89, 1995, p. 470-486.

sur fond de mondialisation, il est toujours question de contribution à la réforme des systèmes juridique et judiciaire du pays récipiendaire. Il se pourrait bien pourtant que beaucoup dépende en définitive de ce *iota* – b.a.ba de l’assistance sur lequel, avec plus ou moins de bonne foi, on continue de se creuser la tête en hauts lieux. Si les programmes d’assistance juridique japonais ne tendent jamais qu’à mieux préparer les pays soucieux de moderniser leur système juridique et judiciaire aux évolutions du contexte juridique international, ils y travaillent cependant d’une manière non dogmatique, autorisant la « *recherche d’une adaptation maîtrisée au monde actuel*⁴³ » (ce qui, en l’état actuel de la « coopération » internationale dans le domaine du droit et de la justice, ne va pas encore sans dire, puisque peu encore manifestent cette « disposition différentielle au nom de ce qu’il y a plus d’un droit⁴⁴ »). Avant de songer à faire nécessairement graviter le prétendu pluralisme des normes autour d’un nouvel *ordre* mondial, peut-être gagnerait-on à s’assurer au préalable que celui qui a reçu n’a pas été du même coup dépossédé, modèles (conçus, non pas seulement sous d’autres cieux mais aussi et surtout à sens unique) obligent.

De l’assistance comme possible «ouverture argumentative»

À la question de savoir avec quels outils méthodologiques et conceptuels appréhender cette forme de coopération internationale, s’ajoute la nécessité d’examiner quel peut être en retour l’apport d’une étude sur l’assistance juridique à la réflexion sur la mondialisation du droit.

Pour un dépassement de quelques présupposés épistémologiques

Appréhender la coopération internationale dans le domaine de l’assistance juridique d’abord comme une modalité particulière de la *circulation* du droit à l’époque contemporaine permet logiquement d’y voir un instrument de *rapprochement* consensuel et lisse des différents droits nationaux. Mais à trop associer l’assistance juridique à une modalité contemporaine de circulation du droit, ou n’y voir qu’une illustration de « *transplants juridiques* », ne reste-t-on pas au fond prisonnier des paradigmes dont veulent la lester donateurs, récipiendaires... et plus d’un théoricien ? Tirer les leçons des échecs passés pourrait au contraire conduire à éprouver l’élasticité de ces bonnes résolutions qui, affichées depuis peu par les institutions financières internationales et les agences de développement, peinent encore à trouver sur le terrain une traduction concrète.

43 – J.-L. Halpérin et N. Kanayama, *Droit japonais et droit français au miroir de la modernité*, Paris, Dalloz, 2007, p. 27 (nous soulignons).

44 – Pierre Legrand parle pour sa part de « *prédisposition différentielle* », expression séduisante, mais que nous préférons pour l’instant éviter, le recours à l’histoire ne nous semblant pas expliquer entièrement cette volonté des experts japonais de contextualiser leur assistance ; P. Legrand, « Au lieu de soi », art. cit., p. 25.

Tenter de penser différemment la « circulation du droit » dans les limites d'une forme particulière de coopération internationale ne conduit pas bien entendu à tourner le dos au constat initial : le droit voyage. Si nous réfutons l'argument culturaliste, auquel paradoxalement souscrit plus d'un positiviste, c'est précisément en ce qu'il est destiné à nier l'impact, sinon la possibilité même des transferts de droit. Le droit ne pourrait-il pas voyager (*Rules can not travel*)⁴⁵ ? Le soutenir nous paraît hasardeux. Tout d'abord, rien n'autorise à postuler en bloc l'existence d'une entité culturelle monolithique propre à chaque État, sorte d'« esprit immuable des lois » dont la configuration nationale serait à la fois irréductible à la comparaison et imperméable à tout transfert juridique. Inacceptable en son principe, une telle approche est en outre empiriquement démentie : l'histoire montre à suffisance que les systèmes juridiques sont rarement immobiles et rétifs au changement ; et que les cultures juridiques, quoi qu'en prétende le réalisme interprétatif, n'ont pas vocation à être fermées sur elles-mêmes, crispées sur l'identité nationale, mais peuvent être au contraire – et sont le plus souvent – poreuses. Au plan théorique également, une telle tentative de stylisation des ordres juridiques a tôt fait de dévoiler ses insuffisances : celles-là mêmes propres aux thèses postulant l'existence de fondements *a priori* du droit. Survaloriser la culture nationale comme « *cause finale* »⁴⁶ expliquant l'ensemble des développements du droit est non seulement empiriquement erroné, mais aussi illogique et peu satisfaisant pour l'esprit. Cette première prise de position, consistant à écarter toute conception « spiritualisante » du droit, n'empêche pas bien entendu d'admettre que des facteurs culturels restent de nature à influencer sur les interprétations des énoncés normatifs ; entendu toutefois que, au sein d'un système juridique, différents « acteurs » porteurs de cultures professionnelles variées et issus de diverses communautés interprétatives sont susceptibles d'agir directement sur le processus de création et de développement du droit. Le droit voyage donc ; encore faudrait-il préciser dans quelle mesure et, surtout, à quel titre.

Réfuter l'argument culturaliste, loin de nous conduire à approuver incontinent le modèle théorique dit des « transferts juridiques », nous incite au contraire à élargir le cadre d'analyse. La question n'est pas tant en effet de cerner *ce droit* qui, considéré comme *transplantable*, *circulerait* d'un système à un autre *via* les programmes d'assistance juridique. La compréhension que l'on a de la circulation du droit s'affine à mesure que la perception de l'objet lui-même, le droit, change ; et l'on ne saurait valablement soutenir que l'assistance consiste dans le transfert mécanique du droit, défini *ab initio*, d'un point fixe (système, ordre, tradition, etc.) à un autre. Du point de vue théorique, une abondante littérature critique s'est attachée à montrer que

45 – Les théories d'Alan Watson sur les transferts juridiques (*Legal Transplants, An approach to Comparative Law*, Londres, The University of Georgia Press, 1974, 2^{de} édition 1993) ont fait depuis plus de trente ans l'objet de nombreuses critiques. Nous ne partageons cependant pas ici le point de vue critique de P. Legrand, même si nous le citons par ailleurs. Selon cet auteur, les normes – culturellement situées dans un ordre juridique particulier – ne peuvent pas voyager, puisque leurs significations résultent de l'ensemble des interprétations produites par la communauté concernée des professionnels du droit ; P. Legrand, « The impossibility of "legal transplants" », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, n° 2, 1997, p. 111-124.

46 – J.-L. Halpérin et N. Kanayama, *Droit japonais et droit français...*, *op. cit.*, p. 14.

la circulation du droit, fût-elle ou non associée à cette forme de coopération internationale, est plus complexe⁴⁷. Et le recul de quelque cinquante ans de pratique en la matière (ainsi que l'échec de nombreux programmes de réforme juridique et judiciaire fournis «clés en main») n'a pas peu contribué à miner les anciennes certitudes : au moins sur le papier, il n'est plus question aujourd'hui de parler d'assistance juridique en termes d'exportation planifiée d'un ensemble parfaitement cohérent de règles juridiques statufiées dans leur origine et prêtes à l'emploi dès réception. En se chargeant de programmes d'assistance juridique, le donateur ne se contente pas en principe de dupliquer purement et simplement certains éléments de son droit outre frontières, mais est amené à reformuler – au moins dans une certaine mesure – l'objet juridique mis en circulation. Ce qui importe cette fois n'est pas tant de savoir si cette reformulation a bien lieu, mais plutôt de vérifier à quel moment et dans quelles conditions elle se produit : en coopération réelle ou non avec une pluralité d'acteurs dans le pays récipiendaire, dans le souci ou non de parvenir à une articulation normative effective. Faire l'économie d'une analyse des *conditions concrètes* de réception du droit, ignorer la question de son application au-delà de la seule production positive du texte, n'apparaît plus acceptable.

Éléments d'une réflexion sur le renouvellement des processus d'élaboration du droit

Plutôt que d'assimiler exclusivement ou prioritairement l'assistance juridique à la *mobilité* du droit, peut-être serait-il plus fécond de lui accoler le *mouvement*, la dynamique du droit n'étant alors plus seulement spatiale, ni même temporelle. Tenter d'appréhender différemment l'assistance juridique – cette fois comme véritable «foyer générateur de droit» où *peuvent* s'élaborer de nouvelles règles – devrait logiquement conduire à relativiser l'importance en général accordée aux points de repère classiques. Non qu'il soit devenu indifférent de parler d'une origine et d'une destination, puisque nous restons dans le cadre de la «coopération internationale» et que la relation dont il est question concerne toujours un donateur et un récipiendaire. Mais est-il encore éclairant de parler de «diffusion» et de «réception»? Est-il si pertinent de s'interroger en termes de «convergence» ou de «divergence» par rapport à un modèle prédéfini? De s'en remettre même, par solution de facilité, à des approches dites combinatoires – mais qui, sous couvert de métissage normatif, ne font jamais qu'en référer à une source bien peu mixte, située de préférence du côté du donateur? En nous incitant à renouveler les termes de l'analyse, la manière dont l'assistance juridique est pensée et pratiquée par le Japon pourrait peut être permettre, *in fine*, d'inscrire plus étroitement cette forme de coopération

47 – En particulier les comparatistes affiliés aux études juridiques critiques (*critical legal studies*) n'hésitèrent pas à recourir à d'autres disciplines pour proposer de nouveaux concepts («*productive misreadings*», «*translations*»...) susceptibles d'éclairer plus finement la circulation du droit; notamment : D. Kennedy, «Three globalizations of law and legal thought : 1850-2000», in D. M. Trubek et A. Santos, *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 19-73 ; M. Langer, «From legal transplants to legal translations», *Harvard International Law Journal*, vol. 45, n° 1, 2004, p. 1-64 ; R. B. Schlesinger *et al.*, *Comparative Law*, 5^e édition, Mineola, Foundation Press, 1988.

internationale dans la vie du droit. Telle que nous la comprenons, l'assistance juridique japonaise – *jusgénératrice* – a moins pour objet de transférer « en l'état » une règle figée dans son origine, que d'accompagner le mouvement du droit dans le pays récipiendaire, précisément pour ne pas en « stéréliser »⁴⁸ le cours. Ce qui nous conduit à réfléchir sur les diverses significations et implications théoriques de l'attitude consistant, de la part du donateur, à vouloir contextualiser l'aide.

Serait-il possible d'y percevoir, pour commencer, l'ouverture à une théorie « non pure » du droit ? Le souci de contextualiser l'assistance juridique suppose tout d'abord de penser le droit en termes d'« ouverture argumentative » et d'y voir le lieu d'une pluralité de significations conférées à la règle de droit par différentes communautés interprétatives. Non qu'il s'agisse de réfuter, par principe, le développement du droit par voie de régulations normatives abstraites, impersonnelles et rationnelles ; mais l'attitude comme *en retrait* des experts japonais intervenant dans le cadre des programmes d'assistance, ce « choix de la distance »⁴⁹ qu'ils effectuent, pourrait inviter à réfléchir davantage sur la signification et la portée d'une approche pluraliste de la circulation du droit opérant à partir d'une mise en contexte, plutôt qu'à partir de prescriptions universelles posées *a priori* – et ce, même si l'objet de l'assistance juridique reste principalement la codification du droit. Cette disposition au « différentialisme » en matière d'assistance dans le domaine du droit et de la justice confirmerait que l'enjeu est de confronter sans cesse, et sur le lieu même de la coopération, des principes à des réalités situées mais pas pour autant figées.

Sur ce fondement, deviendrait-il possible de concevoir l'assistance juridique comme instrument de coordination normative ? L'assistance juridique telle que mise en œuvre par le Japon pourrait inviter à pousser plus loin la critique déjà formulée par ailleurs à l'égard des différentes formes de mondialisation du droit⁵⁰. S'inscrivant résolument en faux contre certains présupposés, la tentative de renouvellement des processus de production du droit auquel participe dans une certaine mesure l'assistance juridique japonaise n'est pas, pensons-nous, dénuée de toute portée théorique. Plus encore qu'à l'unification sectorielle (et définitive) du droit, ou à son « harmonisation », il n'est en effet pas exclu que l'assistance juridique puisse œuvrer sinon à la « coordination » de plusieurs ordres juridiques, du moins à l'articulation graduée des différents espaces normatifs à l'intersection desquels elle opère⁵¹. À une double condition cependant. D'une part, que les experts juridiques intervenant dans le cadre de programmes d'assistance différents s'entendent

48 – K. Pistor, « The standardization of law and its effect on developing economies », United Nations Conference on Trade and Development, *G-24 Discussion Paper*, n° 4, juin 2000, p. 2.

49 – Y. Kaneko, « Catalistic role of legal assistance... », art. cit., p. 49.

50 – Voir les critiques exprimées par Julie Allard et Antoine Garapon à l'égard de l'hypothèse formulée, quoique sur la base d'arguments différents, par M. Delmas-Marty et A.-M. Slaughter, en faveur de l'émergence d'un nouvel ordre juridique et judiciaire mondial ; J. Allard et A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.

51 – Dès les années 1960, un certain nombre d'auteurs appelaient à substituer à une approche prédéterminée de la circulation du droit, une compréhension plus fine des échanges juridiques trans-frontières, prenant en compte le rôle joué et les normes véhiculées par une multitude d'acteurs et d'entités ; P. Bergling, *Rule of Law on the International Agenda*, Oxford, Intersentia, 2006, p. 9.

eux-mêmes pour coordonner leurs efforts⁵² (ce qui implique d'avoir une vision d'ensemble du système juridique sans exclure la possibilité de divers ajustements). Et, d'autre part, que cette ligne de rencontre entre donateur et récipiendaire ouvre résolument sur un espace de discussion, en l'absence duquel il serait illusoire de voir dans l'assistance juridique un quelconque «foyer de droit». Car il reste une place pour la discussion : le droit dont il est question n'est ni parfaitement sans attache, rayonnant d'évidence dans l'espace transnational (et soustrait à la nécessité du dialogue), ni purement autochtone/absolument étranger (butant sur l'impossibilité de toute discussion); et l'assistance japonaise, pas davantage qu'elle ne vise un au-delà du droit (approche universaliste de la circulation du droit), ne prend le risque de s'engluer dans l'en-droit (approche culturaliste).

Propos conclusif

«*Help to self help*»... et la règle de droit ?

Davantage soucieux de la diversité des contextes juridiques, les programmes japonais d'assistance juridique et judiciaire aux pays émergents pêcheraient-ils par excès de prudence : le «choix de la distance» loué plus haut aurait-il pour revers sinon le désengagement ou l'abdication, du moins... quelque très mol empressement ? Il s'en faut encore de beaucoup pour que l'assistance juridique japonaise apparaisse comme l'ornement technique des discours sur la démocratie et les droits de l'homme formulés en politique étrangère. En pratique, l'assistance fournie par le Japon dans les pays d'Asie désireux de moderniser leur système juridique et judiciaire ne contribue que de manière encore toute relative à la protection des droits et libertés de la personne : si, de fait, promotion de la «règle de droit» il y a, ce n'est qu'en certains de ses éléments, pour ne pas dire au sens minimaliste du terme; et c'est encore à pas feutrés que les programmes d'assistance juridique japonais s'aventurent sur le terrain de l'amélioration de la «gouvernance». Au risque alors pour ces programmes de ne tendre qu'en pointillés vers une mise en commun plus substantielle d'un ensemble de droits, au-delà de la seule extension du droit de la mondialisation et de possibles ajustements transversaux entre différents ordres juridiques. Révéler la singularité du droit⁵³, en toute bonne logique avec la philosophie du *self-help*, devrait-il conduire à *les laisser se débrouiller*... pour ce qui concerne le reste ? S'agissant de repenser la place et la signification de la règle de droit dans les programmes d'assistance juridique, la contribution de l'approche japonaise serait-elle donc plus incertaine ?

La stratification de la règle de droit, telle qu'évoquée plus haut, ne devrait pourtant pas conduire à anticiper systématiquement sur une réduction au minimum de son contenu. Ce à quoi fait référence la doctrine japonaise, c'est surtout la possibilité pour le récipiendaire (lorsqu'il s'agit d'un gouvernement légitime et soucieux d'associer

52 – H. Matsuo, «The use of codification and piecemeal legislation for the Rule of Law promotion...», art. cit., p. 85.

53 – Ou les limites d'une pensée par ailleurs stimulante : P. Legrand, «On the singularity of law», *Harvard International Law Journal*, vol. 47, n° 2, 2006, p. 530; en référence au «*one has to manage*» de Derrida (B.J. Reilly, *Jacques Derrida*, in *The Columbia History of Twentieth-Century French Thought*, p. 504).

la société civile...) de prévoir lui-même le rythme et les modalités de développement de la règle de droit conformément aux conditions économiques, politiques, sociales et historiques qui sont les siennes. Le caractère flexible ou modulable de la règle de droit appelant, en retour, une approche contextualisée de l'assistance juridique. Ceci n'exclut certes pas d'assigner un ordre de priorité. Partageant sur ce point l'opinion de Susan Rose-Ackerman⁵⁴, Matsuo Hiroshi estime par exemple que l'assistance juridique devrait inscrire en tout début d'agenda la formalisation des droits privés de base, à commencer par les plus influents, comme ceux relatifs à la propriété et à la personnalité, à partir desquels élaborer par la suite une réforme plus sophistiquée prenant en compte d'autres impératifs. La prudence est de mise, et on ne prend certes pas grand risque à commencer par la protection des droits susvisés... Reconnaissons toutefois que cet ordre de priorité n'a pas valeur absolue, et que la doctrine japonaise se garde d'avancer une séquence idéale, valable *urbi et orbi*.

La compréhension de la règle de droit comme un ensemble stratifié pourrait contribuer à substituer à une vision étroitement positiviste de cette règle et à une conception mécanique ou fonctionnaliste de sa mise en circulation, une approche plus ouverte – plus risquée aussi car non linéaire. Si l'assistance juridique peut prétendre s'inscrire dans une typologie des mondialisations du droit, ce n'est nous semble-t-il que moyennant cet effort *concerté* de redéfinition de la règle de droit. Mais alors, comment parvenir à concilier les exigences d'une réelle implication en matière de promotion de la règle de droit avec cet ensemble de dénominateurs qui assurent l'originalité d'une démarche alternative (choix de la distance, défense de la singularité dans le droit, principe *Jijo Dōryoku*) ? La compréhension de la règle de droit comme un ensemble stratifié ne constitue qu'un début de réponse, engageant à relativement peu sur le court terme. Plus fondamentalement, la manière dont théoriciens et praticiens japonais pensent et font l'expérience de l'assistance juridique montre bien que, à cheval sur des « traditions - aires culturelles » qu'ils ne cherchent en rien à objectiver, ce « *self* » du récipiendaire qu'ils croient parfaitement apte à s'aider lui-même ne les conduit pas non plus à se pelotonner dans la certitude ouatée du « nous et l'autre » (évoqué dans le présent numéro par Gilles Lhuillier et Leïla Choukroune p. 129-146). Le malaise de l'analyste qui peine à trouver les bons outils conceptuels et méthodologiques pour cerner l'assistance juridique japonaise traduit surtout combien ce type d'assistance lui-même – ne se glissant déjà plus aussi aisément dans les moules théoriques jusque-là proposés – se cherche encore. Ce que l'assistance juridique japonaise *évite d'être* pourrait donc constituer le plus sûr point de départ et ouvrir de nouvelles perspectives : mais alors en forme de paradoxe, puisque s'il est une *alliance* – ou, plus exactement, une articulation – à penser et expérimenter ici, c'est peut-être celle entre valorisation d'une singularité de l'autre dans le droit (non de manière dogmatique, comme valeur absolue, mais comme élément toujours possible de l'alternative) et recherche d'un mis en commun – à condition que ce soit par des voies peu « ordonnées », dans chaque cas réinventées.

54 – S. Rose-Ackerman, « Establishing the Rule of Law », in R.I. Rotberg (éd.), *When States Fail : Causes and Consequences*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2004, p. 209.