

Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law

Katharina Boele-Woelki

Diego P. Fernández Arroyo *Editors*

The Past, Present and
Future of Comparative Law
- Le passé, le présent et le
futur du droit comparé



 Springer

Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law

Volume 29

Series Editors

Katharina Boele-Woelki, Bucerius Law School, Hamburg, Germany

Diego P. Fernández Arroyo, Institut d'Études Politiques de Paris, Sciences Po, Paris, France

Founding Series Editors

Jürgen Basedow, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg, Germany

University of Hamburg, Hamburg, Germany

Institut de droit international, Hamburg, Germany

George A. Bermann, Columbia University School of Law, USA

Editorial Board

Bénédicte Fauvarque-Cosson, Université Paris 2 Panthéon-Assas, Paris, France

Joost Blom, University of British Columbia, Canada

Giuseppe Franco Ferrari, Università Bocconi, Milan, Italy

Toshiyuki Kono, Kyushu University, Fukuoka, Japan

Marek Safjan, Université de Varsovie, Warszawa, Poland

Jorge Sanchez Cordero, Mexican Center of Uniform Law, Mexico

Ulrich Sieber, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Germany

More information about this series at <http://www.springer.com/series/11943>

Académie internationale de droit comparé
International Academy of Comparative Law



Katharina Boele-Woelki •
Diego P. Fernández Arroyo
Editors

The Past, Present and Future of Comparative Law - Le passé, le présent et le futur du droit comparé

Ceremony of 15 May 2017 in Honour of
5 Great Comparatists
- Cérémonie du 15 mai 2017 en l'honneur de
5 grands comparatistes

Éditeur assistant/Assistant Editor: Alexandre Senegacnik

 Springer

Editors

Katharina Boele-Woelki
International Academy of
Comparative Law
Paris, France

Diego P. Fernández Arroyo
International Academy of Comparative Law
Paris, France

ISSN 2214-6881

ISSN 2214-689X (electronic)

Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law

ISBN 978-3-319-93769-4

ISBN 978-3-319-93770-0 (eBook)

<https://doi.org/10.1007/978-3-319-93770-0>

Library of Congress Control Number: 2018947801

© Springer Nature Switzerland AG 2018

This work is subject to copyright. All rights are reserved by the Publisher, whether the whole or part of the material is concerned, specifically the rights of translation, reprinting, reuse of illustrations, recitation, broadcasting, reproduction on microfilms or in any other physical way, and transmission or information storage and retrieval, electronic adaptation, computer software, or by similar or dissimilar methodology now known or hereafter developed.

The use of general descriptive names, registered names, trademarks, service marks, etc. in this publication does not imply, even in the absence of a specific statement, that such names are exempt from the relevant protective laws and regulations and therefore free for general use.

The publisher, the authors, and the editors are safe to assume that the advice and information in this book are believed to be true and accurate at the date of publication. Neither the publisher nor the authors or the editors give a warranty, express or implied, with respect to the material contained herein or for any errors or omissions that may have been made. The publisher remains neutral with regard to jurisdictional claims in published maps and institutional affiliations.

This Springer imprint is published by the registered company Springer Nature Switzerland AG
The registered company address is: Gewerbestrasse 11, 6330 Cham, Switzerland

Préface/Preface

Préface

Le 15 mai 2017, l'Académie internationale de droit comparé a rendu hommage à cinq grands comparatistes. C'était la première fois dans l'histoire de l'Académie qu'un tel événement a été organisé, et il a eu lieu à Paris.

Les noms des illustres comparatistes sont connus de tous ceux qui ont déjà foulé le magnifique terrain du droit comparé : Jean-Louis BAUDOIN du Canada, Xavier BLANC-JOUVAN de France, Mary Ann GLENDON des États-Unis d'Amérique, Hein D. KÖTZ d'Allemagne, et Rodolfo SACCO d'Italie.

Pour l'occasion, ils ont été invités à donner leurs visions sur « le passé, le présent et le futur du droit comparé ». Le contenu des contributions de nos invités était si riche que l'idée de préparer un ouvrage s'est instantanément imposée. Pour l'évènement à Paris, une discussion ouverte a été préférée à la place d'une succession traditionnelle de discours. Ainsi, en table ronde, les échanges sur le passé, le présent et le futur du droit comparé ont été organisés autour de trois

Preface

On 15 May 2017, the International Academy of Comparative Law paid tribute to five great comparatists. This was the first time in the history of the Academy that such an event was held, and it took place in Paris.

The names of the outstanding comparatists are well known by anyone who has ever set foot in the magnificent field of comparative law: Jean-Louis BAUDOIN from Canada, Xavier BLANC-JOUVAN from France, Mary Ann GLENDON from the United States, Hein D. KÖTZ from Germany and Rodolfo SACCO from Italy.

On this occasion, they were asked to give their visions about “the past, the present and future of comparative law”. The content of our guest's contributions was so valuable that the idea of compiling a book immediately arose. For the event in Paris, an open discussion was preferred over a traditional sequence of speeches. Thus, in the roundtable, the exchanges about the past, the present and the future of comparative law were organised around three topics: (1) the

thèmes : (1) l'avenir de l'Académie internationale de droit comparé, (2) la méthodologie du droit comparé, et (3) l'enseignement du droit comparé. Nous pouvons dire que nous avons assisté à deux heures de divertissement intellectuel du plus haut niveau.

Près de 200 personnes du monde entier ont assisté à l'évènement. Étant donné que l'Académie rendait hommage à ces cinq personnalités académiques, le public devait d'abord comprendre pourquoi le Bureau de l'Académie les avait choisies pour cette cérémonie. Qu'ont précisément apporté ces cinq savants ? Pourquoi sont-ils si bien connus ? Qu'ont-ils offert au droit comparé ? En quoi diffèrent-ils, et quand et pourquoi ont-ils excellé ? Beaucoup dans le public connaissaient les réponses à ces questions; cependant, elles ont été rappelées par cinq autres comparatistes du droit entretenant des liens privilégiés et de longue date avec nos invités d'honneur : Marta CARTABIA d'Italie, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON de France, Antonio GAMBARO d'Italie, Attila HARMATHY de Hongrie et Marek SAFJAN de Pologne. Leurs cinq éloges ont été suivis de brèves réponses de nos célébrités du droit comparé, qui se sont alors immédiatement engagées dans un riche débat modéré par la Présidente de l'Académie.

Les trois sujets choisis sont non seulement susceptibles de présenter le débat parmi les Maestros, mais en outre, ils représentent les moyens par lesquels nous souhaitons développer les réflexions sur le rôle de l'Académie afin de faire face aux défis actuels du droit comparé. Plusieurs questions spécifiques sont en jeu, comme suit.

future of the International Academy of Comparative Law, (2) comparative law methodology and (3) teaching comparative law. We can say that we were treated to two hours of high-level intellectual entertainment.

Almost 200 people from all around the world attended the event. Given that the Academy was paying tribute to the five legal scholars, the audience first had to understand why the Executive Committee of the Academy had selected them for this ceremony. What precisely have these five scholars achieved? Why are they so very well known? What have they contributed to comparative law? How do they differ, and when and why did they excel? Many of those at the event knew the answers to these questions; however, they were concisely recalled by five other legal comparatists with long-standing ties with our honoured guests: Marta CARTABIA from Italy, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON from France, Antonio GAMBARO from Italy, Attila HARMATHY from Hungary and Marek SAFJAN from Poland. Their five eulogies were followed by brief replies delivered by our celebrities of comparative law, who then immediately engaged into a rich debate moderated by the President of the Academy.

The three selected topics are not only apt to introduce the debate among the Maestros. Furthermore, they represent the avenues by means of which we intend to develop the reflections about the role of the Academy in order to cope with the current challenges of comparative law. Several specific issues are at stake, as follows.

1 L'Avenir de l'Académie Internationale de droit Comparé

Penser l'avenir d'une institution en passe d'achever son premier siècle d'existence peut sembler audacieux. Il est sans doute plus facile de scruter son passé. Néanmoins, notre Académie demeure indéniablement attrayante pour de nombreux juristes. Ainsi, les listes de candidatures pour le titre de membre associé demeurent qualitativement et quantitativement bien fournies. On peut penser que, même s'ils peuvent être séduits par le passé prestigieux de l'Académie, la majorité des candidats est également confiante dans ce que l'Académie peut réaliser dans le futur.

Nonobstant les forces de notre organisation, il y a aussi certainement des faiblesses. La plus importante de ces dernières est peut-être le fait que d'autres associations mondiales, régionales et nationales ont « découvert » l'approche comparative. Elles sont entrées dans notre domaine, et on pourrait dire qu'elles sont en quelque sorte en concurrence avec nos activités. La question qui se pose dans cette perspective est de savoir si nous pouvons offrir quelque chose de différent des autres. En principe, il doit y avoir de la place pour nous tous. Néanmoins, nous remarquons que de nombreux spécialistes dans divers domaines ne sont pas engagés avec notre Académie, mais plutôt avec des organisations plus spécifiques et leurs propres événements. Cette situation pourrait être considérée comme une menace. Nous préférons y voir un défi qui devrait nous conduire à imaginer des activités plus diverses, attirant le plus grand nombre de juristes et – pourquoi pas – de spécialistes venant d'autres domaines scientifiques.

1 The Future of the International Academy of Comparative Law

Thinking about the future of an institution which is close to completing its first century of existence may appear as audacious. It is doubtlessly easier to scrutinise its past. However, our Academy undeniably remains attractive for many jurists. Thus, the lists of candidates for associate membership remain quantitatively and qualitatively well furnished. One may think that, although they may be appealed by the prestigious Academy's past, the majority of the candidates are also confident in what the Academy can achieve in the future.

Despite the strengths of our organisation, there are of course also weaknesses. Perhaps the most significant of the latter is represented by the fact that other global, regional and national societies have “discovered” the comparative approach. They have entered our domain, and one might say they are somehow competing with our activities. The question which arises from this perspective is whether we can offer something different than the others. In principle, there should be sufficient room for all of us. Nevertheless, we are noticing that many specialists in various fields are not engaged with our Academy but rather with more specific organisations and their own events. This situation might be seen as a threat. We prefer to see it as a challenge that should lead us to imagine more diverse activities appealing for the largest array of jurists and—why not—of specialists coming from other scientific fields.

Jusqu'à présent, nos activités ont consisté en des congrès généraux qui ont lieu tous les quatre ans. Depuis 1950, date du troisième congrès général, la fréquence de quatre ans n'a pas été interrompue. En outre, des congrès thématiques sont organisés entre deux congrès généraux depuis 2008. Ils ne durent que deux jours et demi, alors que les congrès généraux se déroulent sur une semaine.

So far, our activities have consisted of general congresses which take place every four years. Since 1950, when the third general congress was held, the four-year frequency has not been interrupted. In addition, since 2008, thematic congresses are organised in between two general congresses. They last only two days and a half, whereas the general congresses take place over a week.

Devrions-nous continuer à organiser ce genre de manifestations ? Sont-elles toujours le moyen le plus efficace d'expérimenter et de pratiquer le droit comparé dans notre monde numérique d'aujourd'hui, dans lequel nous nous connectons facilement en quelques secondes ? À notre avis, la réponse est claire. Les livres électroniques et l'offre massive de tous les types de journaux électroniques ne sont pas parvenus à tuer les publications sur papier. De même, les moyens de communication en ligne ne remplaceront pas totalement – au moins pour un temps – les réunions au cours desquelles chaque participant pourra interagir directement avec les autres. Il s'ensuit que la piste à suivre semble être la quête d'une combinaison optimale de moyens permettant de réunir tous les membres de l'Académie.

Should we continue to organise this kind of conferences? Are they still the most effective way of experiencing and practising comparative law in our digitalised world of today, in which we easily connect within seconds? In our opinion, the answer is clear. E-books and the massive offer of e-journals of all types have not been able to kill the traditional on-paper publications. Online means of communication will not totally replace—at least for a while—the meetings in which every attendant can interact directly with each other. Then, the avenue to follow seems to be a quest for the optimal combination of means to get together all the members of the Academy.

S'agissant de la manière dont nos congrès sont organisés, la majorité des sujets a traditionnellement été abordée selon une méthodologie particulière : des sujets sont proposés et sélectionnés lors d'une réunion avec les représentants des comités nationaux. Un ou une rapporteur général est alors nommé(e) qui rédige un

With regard to the way in which our congresses are organised, traditionally the majority of the topics have been addressed according to a particular methodology: topics are proposed and selected at a meeting with representatives of the national committees. A general rapporteur is then appointed and

questionnaire auquel les rapporteurs nationaux répondent. Un rapport général est enfin rédigé sur la base des rapports nationaux. Nous pensons que cette méthodologie demeure utile et pertinente sur certaines questions mais qu'elle devrait être combinée avec d'autres, en particulier avec des ateliers interactifs.

De plus, l'utilisation de la méthodologie traditionnelle ne devrait pas se limiter à l'étude des systèmes juridiques nationaux, mais tenir compte de toute autre manifestation juridique, tels que les traités internationaux, le droit non étatique, les initiatives scientifiques, ainsi que les décisions nationales, internationales, supranationales ou transnationales. Il va sans dire que la prise en considération de facteurs non juridiques et l'extension de la comparaison au-delà du strict domaine juridique est également souhaitable. Dans ce contexte, la possibilité de créer un groupe de travail visant à réformer les congrès de l'Académie a également été évoquée.

Bien sûr, l'Académie n'est pas empêchée d'imaginer et de mettre en œuvre d'autres activités en dehors des congrès généraux et thématiques. Ainsi, deux démarches ont été initiées. La première consiste à organiser des événements spécifiques ayant un objet particulier (cet événement en étant un exemple évident) ou au sujet d'une thématique comparative spécifique. La seconde concerne l'enseignement et la recherche, en offrant des programmes thématiques de droit comparé en association avec des institutions

he or she drafts a questionnaire which is answered by national rapporteurs. A general report is then drafted on the basis of these national reports. We do think that this methodology can remain useful and relevant for some specific issues but that it should be combined with other ones, particularly with interactive workshops.

Furthermore, the use of the traditional methodology should not be confined to the study of national legal systems but should also take into account any other legal manifestation, such as international treaties, non-State law, scientific initiatives as well as decisions of national, international, supranational or transnational origin. Needless to say that taking into consideration non-legal factors and expanding the comparison beyond the strict legal field would be also desirable. Within this context, the possibility to set up a working group aimed at reforming the Academy's congresses has also been evoked.

Of course, the Academy is not prevented to imagine and implement other activities besides the general and thematic congresses. In this vein, two lines of action have been initiated. The first one consists in organising specific events with either a particular purpose (this event being a clear example) or on a specific comparative theme. The second one deals with teaching and researching, by offering thematic programmes of comparative law in association with academic institutions,

académiques, de préférence avec des personnes morales. Concrètement, un premier programme pour doctorants est organisé avec le Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.

Quelle que soit l'activité, l'Académie vise à aborder les questions d'actualité les plus pertinentes en droit. Notre défi est d'améliorer les mécanismes utilisés pour sélectionner ces sujets afin de pouvoir identifier les plus pertinents et nécessaires.

2 Méthodologie du droit comparé

En ce qui concerne la méthodologie du droit comparé, plusieurs problèmes peuvent être soulignés.

Tout d'abord, même les comparatistes ont parfois du mal à apprécier l'aspect comparatiste d'une recherche juridique. En réalité, il est bien connu qu'il existe différents points de vue en ce qui concerne la détermination des exigences à remplir pour qu'une recherche particulière puisse être considérée comme comparative. En outre, selon certains chercheurs, la méthode comparative à utiliser dépend du domaine juridique dans lequel la recherche est menée. Nous sommes plus enclins à penser que, nonobstant certains éléments particuliers propres à chaque domaine juridique, il est possible d'établir un cadre méthodologique général pour tous les domaines du droit. L'Académie devrait fournir les outils pour élaborer un tel cadre.

preferably with the Academy's corporate members. Concretely, a first programme for Ph.D. candidates is being organised together with the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.

Whichever the activity can be, the Academy aims to address the most topical and relevant issues in law. Our challenge is to improve the mechanisms used so far to select these topics in order to be able to identify the most appropriate and necessary.

2 Comparative Law Methodology

Coming to comparative law methodology, several issues can be pointed out.

First of all, even comparatists struggle sometimes to appreciate the comparative aspect of a given legal research. In fact, it is well known that there are different views to determine the most important threshold requirements to be fulfilled in order for a particular research to be considered comparative. In addition, according to some scholars, the comparative method to be used depends on the area of law in which the research is conducted. We are more inclined to believe that, notwithstanding the particular elements which remain specific to each legal field, it is nevertheless possible to establish a general methodological framework for all areas of the law. The Academy should provide the tools to elaborate such framework.

Deuxièmement, en tant que juristes, nous suggérons généralement que le droit doit être amélioré. En réalité, nous considérons que la partie la plus excitante de toute étude juridique comparative survient lorsque les différentes et possibles réformes du droit sont évaluées. D'autres ne sont pas d'accord. Ils pensent que cette dernière étape est uniquement la tâche des politiciens ou d'autres décideurs. Où se situent les membres de l'Académie dans cette discussion ? Quelle que soit la position de chacun, la discussion sur le rôle des comparatistes sur ce point mériterait d'être ouverte.

Enfin nous savons que dans les faits l'obtention d'un soutien financier pour la recherche juridique – ce que l'on appelle le « revenu provenant du troisième courant » – exige en définitive une approche comparative ou multidisciplinaire. Ce sont les exigences générales des organismes de financement, qu'il s'agisse d'organisations internationales ou supranationales (comme l'Union européenne), de programmes de recherche ou de programmes d'organismes de financement nationaux. De plus en plus, cependant, ces deux approches doivent être combinées. Il faut non seulement mener une recherche juridique comparative, mais désormais également intégrer un élément de recherche économique ou sociologique. Cette approche nécessite un nombre énorme de compétences, mais n'est qu'une face de la médaille. L'autre face est constituée de contraintes de temps et d'accessibilité des données. C'est sans aucun doute un autre sujet de préoccupation pour nous en tant qu'importante institution académique.

Secondly, as legal scholars, we generally suggest that the law must be improved. In fact, we consider that the most exciting part of any comparative legal study arises when the various possible law-reform solutions are evaluated. Others disagree. They think this final step is only the task of politicians or other deciders. Where do the Academy's members stand in this discussion? Irrespective of the position of each one, the very discussion about the role of the comparatists concerning this point would deserve to be open.

Finally, as a matter of fact, we know that nowadays obtaining financial support for legal research—the so-called third-stream income—ultimately requires either a comparative or a multidisciplinary approach. These are the general requirements of funding organisations, be they international or supranational organisations (like the European Union), research programmes or programmes of national funding organisations. Increasingly, however, both approaches need to be combined. Not only must comparative legal research be carried out, but an economic or sociological research element is now expected. This approach requires an enormous number of skills, but is only one side of the coin. The other side consists of time constraints and accessibility of data. This is, without any shadow of doubt, another particular concern for us as a major academic institution.

3 Enseigner le droit comparé

Si l'Académie elle-même et la méthodologie du droit comparé sont importants pour nous et requièrent des définitions claires pour tout futur projet, les aspects liés à l'enseignement n'en sont pas moins significatifs. En fait, l'internationalisation croissante de l'éducation juridique joue aujourd'hui un rôle clé dans l'avancement de la méthode juridique comparative. La connaissance d'autres systèmes juridiques peut être obtenue en étudiant à l'étranger et en suivant des cours portant sur des questions juridiques internationales et régionales. Quid de l'approche comparative dans l'éducation juridique ? Qu'est-ce que cela implique, et comment cela doit-il être mis en œuvre ? L'Académie ne devrait pas être absente de ce débat crucial.

Dans de nombreuses facultés de droit autour du globe – bien qu'elles ne soient pas majoritaires – il existe des cours de droit comparé. En tant qu'institution principale de ce domaine, l'Académie a plus qu'un mot à dire sur le contenu des enseignements de droit comparé. Nous nous demandons si un aperçu des différentes familles légales dans le monde devrait nous satisfaire. La réponse doit être négative. Les vastes connaissances sur les juridictions étrangères et leurs principales caractéristiques sont nécessaires mais en aucun cas suffisantes. Les possibilités de *Auslandsrechtskunde* sont souvent assez limitées. Pour compenser ces limites, nous devrions principalement nous concentrer sur la méthode. En réalité, la principale contribution que les autres chercheurs en droit attendent de nous est la réponse à la question « comment comparer ? ».

3 Teaching Comparative Law

If the Academy itself and the comparative law methodology are important to us and require clear definitions for any future project, the aspects related to teaching are not less significant. In fact, the growing internationalisation of legal education plays today a key role in advancing the comparative legal method. Knowledge of other legal systems can be acquired through studying abroad and following courses which address international and regional legal questions. What about the comparative approach in legal education? What does it entail, and how should it be implemented? The Academy should not be absent in this crucial debate.

In many law schools around the globe—although by far not the majority—there are courses on comparative law. As the main institution in this field, the Academy has more than a word to say about the content of comparative law curricula. We wonder if providing an overview of the various legal families in the world should satisfy us. The answer must be negative. The broad knowledge about foreign jurisdictions and their main features is necessary but by no means sufficient. The possibilities of the *Auslandsrechtskunde* are often quite limited. To compensate these limitations, we should principally focus on the method. In reality, the main contribution other legal researchers are expecting from us is the answer to the question “how to compare?”