

**LE DROIT COMPARÉ EN QUESTION(S)
ENTRE PRAGMATISME
ET
OUTIL ÉPISTÉMOLOGIQUE***

Marie-Claire PONTTHOREAU**

Il semblerait bien que la période au cours de laquelle les comparatistes déplorait la marginalisation du droit comparé, soit révolue. Le droit comparé cependant fait toujours l'objet de controverses aussi bien quant à sa méthodologie, son rôle qu'à sa place dans le cursus académique. Les comparatistes eux-mêmes ressentent aujourd'hui plus qu'hier le besoin d'offrir une approche critique de la comparaison juridique. Cet article vise à partir des débats les plus récents et de l'assimilation de la comparaison à une directive d'interprétation à formuler des exigences d'ordre méthodologique et à rapprocher les comparatistes « traditionnels » et « post-modernistes ». Il appartient aux comparatistes de prendre avec eux le meilleur de la critique développée par les post-modernistes (ceux qui valorisent l'expérience de la pluralité et de la différence). Ces derniers ont le grand mérite d'attirer l'attention sur la tâche sans borne que représente la comparaison des droits.

It would certainly seem that the period in which comparative law scholars deplored the marginalization of comparative law has evolved. Comparative law, however, as well as its methodologies, has always been the subject of controversy, its role as well as its position in academia.

* Cet article a été élaboré à partir d'une communication présentée à la journée d'études organisée par le Groupement de droit comparé (CNRS – GDR 1199) « Le devenir du droit comparé en France », 23 juin 2004, Institut de France, Paris.

** Professeur de droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, CERCCLÉ (Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'État)

Today, comparative law scholars themselves, more than in the past, feel the need to offer a critical approach to comparative legal studies. This article aims, moving away from the recent debates and assimilation of comparative law by a method of interpretation, to formulate the demands of a specific methodology and to reconcile the «traditional» and «post-modernist» comparative law scholars. It bears upon comparative law scholars to take the best of the critiques developed by the post-modernists (those who value the experience of plurality and differences). The latter have the significant advantage of focusing the attention on the infinite task inherent in the comparison of laws.

Pour la plupart des comparatistes, le droit comparé est une méthode et non pas une discipline, mais ils ne nous disent rien ou si peu sur la méthode elle-même. Pendant longtemps, les comparatistes n'ont en fait pas été gênés par le manque d'une réflexion méthodologique car trop occupés à affirmer l'utilité du droit comparé. Aujourd'hui, les interrogations sur sa légitimité ne sont plus d'actualité. Alors que le droit comparé s'impose dans le contexte de la construction européenne et de la globalisation, le besoin d'une approche théorique est en revanche plus nettement affirmé¹. Plus précisément, les comparatistes eux-mêmes ressentent le besoin d'offrir une approche critique de la comparaison juridique à un moment où tous les juristes sont (ou devraient être) comparatistes. On souscrit pleinement à la recommandation de Pierre Legrand : « L'éthique de la comparaison commande non seulement la critique des droits mais aussi d'elle-même, de ses illusions et de ses limites, c'est-à-dire qu'elle exige de pousser le souci de la distanciation critique jusqu'à l'acte de comparaison proprement dit »².

Malgré l'essor des études comparatives, Etienne Picard a souligné l'absence ou la quasi-absence de débat doctrinal français sur la question de la méthode³. De manière plus large, pourquoi la réflexion théorique a-t-elle si longtemps manqué en matière de comparaison juridique ? On peut penser que cette absence est liée en partie à l'histoire du droit comparé. Lorsque le droit comparé moderne naît vers 1860-70, la justification donnée est la

¹ V. les actes de deux colloques récents qui s'inscrivent dans cette direction : P. LEGRAND et R. MUNDAY (eds), *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 ; M. VAN HOECKE (ed), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

² In *Le droit comparé*, Paris, PUF, 1999, p. 67.

³ E. PICARD, « L'état du droit comparé en France en 1999 », *R.I.D.C.*, 4-1999, p. 888. Depuis la publication de cet article brossant un bilan des études comparatives, on peut signaler plusieurs contributions significatives : E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 121 ; H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, 3-2000, p. 503 ; O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *R.I.D.C.*, 2-2001, p. 275.

poursuite d'un but pratique : comparer pour trouver « la meilleure solution juridique » et aider ainsi à la rédaction et à l'amélioration des codes et des lois. Encore aujourd'hui, le reproche d'une vision strictement utilitariste du droit comparé peut être formulé.

Les écueils du droit comparé peuvent être résumés en une alternative du tout ou rien : le « droit comparé décoratif » ou bien le « tout comparer ». Trop souvent, les juristes font de la comparaison comme M. Jourdain... (ce qui est particulièrement vrai pour les thèses de doctorat puisque le droit comparé est désormais en vogue et ceci conduit à s'interroger sur la possibilité de rendre obligatoire un séjour à l'étranger pour les doctorants français). Le « tout-comparer » pose un problème de toute autre nature. L'indice de cette évolution récente (une bonne dizaine d'années) est la place occupée par le droit comparé comme synonyme de « droit commun » dans les programmes de recherche ou encore l'utilisation sans cesse grandissante de « l'argument de droit comparé » par les cours constitutionnelles⁴. Peut-on tout attendre du droit comparé ? Probablement, le juriste n'a-t-il plus le choix : il est nécessairement comparatiste et il doit intégrer toutes les sources du droit quelles que soient leurs origines (internationale, régionale, nationale)⁵. Si le droit comparé n'est certes plus une étude exotique, ce n'est pourtant pas la panacée : alors qu'il est en passe de devenir un argument d'autorité, il ne faudrait pas que les comparatistes oublient de penser les limites de la comparaison juridique.

Si la réflexion théorique a pris du retard en France, le même constat est aussi formulé dans le monde anglo-saxon⁶ malgré un nombre de plus en plus important d'études consacrées au droit comparé⁷. Comme par le passé, le droit comparé fait toujours l'objet de controverses⁸ aussi bien quant à sa méthodologie, son rôle qu'à sa place dans le cursus académique. Pour Mitchel de S.-O.-L'E. Lasser, si les comparatistes pouvaient développer leur

⁴ L'utilisation du droit étranger par le juge ordinaire, et tout particulièrement en droit privé, est en revanche un phénomène ancien et d'une autre nature: v. notre communication pour la table ronde de l'A.I.D.C., « L'interprétation de la Constitution » tenue à Bordeaux, les 15 et 16 oct. 2004, « Le recours à « l'argument de droit comparé » par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, (actes en voie de publication).

⁵ Dans ce sens, J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 2003, en part. p. 130 et s.

⁶ G. SAMUEL, « Comparative Law and Jurisprudence », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998, p. 817 et s.

⁷ Esin ÖRÜCÜ a calculé que le nombre d'articles et d'ouvrages concernant le droit comparé a quadruplé lors de la dernière décennie : « Critical Comparative Law : Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition », *Electronic Journal of Comparative Law*, n° 4, 2000, p. 2.

⁸ M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971, p. 7 ; et plus récemment, E. ÖRÜCÜ, « Unde venit, quo tendit Comparative Law ? », in A. HARDING et E. ÖRÜCÜ (eds), *Comparative Law in the 21st Century*, Dordrecht, Kluwer Law International, 2002, p. 14.

propre méthodologie, le droit comparé trouverait sa juste place comme discipline⁹. On a du mal à penser que la constitution d'une discipline se résume à une méthodologie spécifique. Surtout, la comparaison des droits ne produit pas des normes juridiques (à moins qu'elle ne soit pratiquée par le juge); elle produit en revanche différentes lectures du droit¹⁰.

La comparaison juridique, de même que l'étude d'un droit étranger, n'est pas une simple opération de restitution des règles juridiques. La dissociation habituelle entre droit étranger et droit comparé est d'ailleurs en partie abusive. Le comparatiste et le juriste spécialisé sur un droit étranger font (ou devraient faire) le même travail. La compréhension d'un autre droit est un travail de construction ou, plus exactement, de reconstruction. Ce n'est pas seulement une accumulation de données. La différence naît de la nature des objectifs qui divergent¹¹. Le spécialiste d'un ou plusieurs droits étrangers vise à les « regarder de l'intérieur, en eux-mêmes et pour eux-mêmes »¹². En revanche, le comparatiste ne cherche pas tant à étudier le droit étranger en soi qu'à s'occuper étrangement du droit, c'est-à-dire à l'étudier différemment de manière à monter ce qui est étrange dans ce qui nous est familier¹³. Le comparatiste vise à proposer un autre regard sur son propre droit à la différence du spécialiste d'un droit étranger. Il peut aussi faire d'autres choix ; privilégier soit une comparaison intégrative qui accentue les similarités soit, au contraire, une comparaison différentielle qui insiste sur les différences¹⁴ ou encore essayer d'identifier des principes communs aux systèmes juridiques comparés¹⁵.

⁹ « The Question of Understanding », in *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, cit., p. 198. Sur l'échec des comparatistes à constituer une discipline, v. le bilan dressé par M. REIMANN, « The progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century », *American Journal of Comparative Law*, 50, 2002, p. 671 et en part. p. 685 et s.

¹⁰ L'idée que la comparaison des droits est une activité interprétative, est défendue notamment par P. LEGRAND (*op. cit.*, p. 30 et s.).

¹¹ Sauf à considérer que le principal travail du comparatiste doit être de comprendre le droit étranger : c'est la position défendue par W. EWALD, *Comparative Jurisprudence (I)* : « What Was It Like To Try a Rat ? », *University Pennsylvania Law Review*, vol. 143, 1995, p. 1889 et s.

¹² E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 134.

¹³ V. L. ROSEN, « Beyond compare », in *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, cit., p. 508.

¹⁴ R. B. SCHLESINGER envisage des périodes où prédomine la « contrastive comparison » et d'autres où prévaut au contraire la « integrative comparison » qui lui semble celle de l'avenir : « The Past and Future of Comparative Law », *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995, p. 477. V. aussi pour une périodisation des études comparatives, L. MOCCIA, « Historical Overview on the Origins and Attitudes of Comparative Law », in B. DE WITTE & C. FORDER (eds), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer, Metro-Kluwer Law international, 1992, p. 618.

¹⁵ Par ex., Etienne PICARD soutient que le droit comparé permet d'identifier « ces principes, règles ou normes que les droits nationaux ne peuvent pas méconnaître sans cesser d'être réellement des droits » : *op. cit.*, p. 911.

Dans tous les cas, le travail de reconstruction que suppose la connaissance de tout droit étranger est toutefois nécessaire comme étape préliminaire à une étude comparative. Le droit est une question d'interprétation. Il en va de même pour la comparaison des droits : comparer, c'est interpréter. L'assimilation de la comparaison à une directive d'interprétation doit conduire à avoir présent à l'esprit la double fonction reconnue en herméneutique juridique aux méthodes d'interprétation : une fonction heuristique développée dans le « contexte de la découverte » permettant de donner une solution à un problème juridique et une fonction justificative développée dans le « contexte de la justification » permettant de démontrer en la justifiant la validité de la solution retenue¹⁶. C'est à partir de cette double fonction que l'on peut chercher à formuler les exigences méthodologiques concernant la comparaison des droits.

I. QUESTIONS D'INTERPRÉTATION

A. - Donner un sens à la comparaison

Günter Frankenberg formule des questions essentielles pour le spécialiste d'un droit étranger et le comparatiste¹⁷ : comment sélectionne-t-on les informations et comment les nouvelles connaissances sont-elles mises en relation avec les anciennes ? Sa réponse s'inscrit parfaitement dans la lignée des acquis de l'herméneutique juridique : les nouvelles connaissances sont choisies en fonction des anciennes, c'est-à-dire en fonction de ce qui fait sens pour le comparatiste. Ce qui s'apparente à l'idée de « pré-compréhension » développée par Hans Gadamer : « Quiconque veut comprendre un texte a toujours un projet. Dès qu'il se dessine un premier sens dans le texte, l'interprète anticipe un sens pour le tout. À son tour, ce premier sens ne se dessine que parce qu'il lit déjà le texte guidé par l'attente du sens déterminé ; c'est dans l'élaboration d'un tel projet anticipant, constamment révisé il est vrai sur la base de ce qui ressort de la pénétration ultérieure dans le sens du texte, que consiste la compréhension de ce qui s'offre à lire »¹⁸. Le risque pour le comparatiste est de laisser des connaissances complètement de côté car, trop nouvelles, justement pour

¹⁶ V. en part. J. WROBLEWSKI, « Legal reasoning in legal interpretation », in Ch. PERELMAN (éd), *Études de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, vol. III, 1969, p. 26 et s.

¹⁷ G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 26, 1985, p. 414 et s.

¹⁸ In *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, (trad. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1965, 2e éd.), Paris, Seuil, 1976, p. 104.

faire sens. Il est donc essentiel que le juriste soit pleinement conscient que son appréhension d'un autre droit est susceptible d'être orientée par les connaissances acquises de son propre système juridique. Pour Günter Frankenberg, « s'intéresser aux droits étrangers s'apparente à voyager »¹⁹. Cette métaphore utilisée depuis Montaigne et Montesquieu nous éclaire sur les difficultés à connaître un autre monde (juridique), une autre culture (juridique) : il paraît toujours plus facile de reconnaître ce que l'on connaît que ce que l'on ne connaît pas.

S'il n'est certes pas possible « au comparatiste de désapprendre l'intégralité de ce qu'il a appris de façon à ce que ses connaissances ne colorent en rien sa perception de la culture nouvelle »²⁰, la question de l'apprentissage d'un droit étranger n'en reste pas moins importante. Cet apprentissage correspond à un processus de dé- et re-construction : il ne s'agit pas à proprement parler d'une destruction des connaissances acquises, mais d'une mise à plat de ce qui a été appris lors de la formation juridique de sorte à reconstruire, en intégrant une autre manière de raisonner en droit ou, du moins, en prenant conscience qu'on ne raisonne pas nécessairement de la même manière. Cette définition tirée de notre propre expérience²¹ est certainement beaucoup moins sensible au risque de l'ethnocentrisme que ne peuvent l'être les conseils formulés par Günter Frankenberg. Il propose de distinguer deux opérations dont la première consiste à prendre de la distance, c'est-à-dire à tenter de se détacher des anciennes connaissances et à résister aux préjugés de sa propre culture juridique. Grâce à la mise à distance, les anciennes connaissances peuvent être revisitées et les nouvelles peuvent être distinguées de sorte à établir ce que l'auteur appelle de « l'objectivité ». Mais prendre de la distance, nous dit-il, ne permet ni d'ouvrir les yeux, ni de voir plus clairement. La seconde opération est donc essentielle ; elle consiste à « faire la différence », c'est-à-dire à développer une attention à la diversité et aussi à avoir conscience de l'impact de la perspective et de l'expérience du comparatiste. Cette opération pose la question de la neutralité et de l'universalité des critères et rejette l'idée que

¹⁹ *Op. cit.*, p. 411.

²⁰ P. LEGRAND, *op. cit.*, p. 58.

²¹ Toutefois, en relisant *Les avatars d'un comparatiste* de René DAVID : « Ayant étudié le droit anglais pendant deux années, ayant lu nombre de décisions judiciaires anglaises, et m'étant fait aux méthodes des juges et juristes anglais, il est bien certain que je n'ai plus jamais considéré du même œil qu'autrefois, même en France, le droit. Je n'ai plus voulu voir les questions de droit sous l'angle d'une logique implacable. La loi, les règles posées par les juristes ne me sont plus apparues comme ayant un caractère sacré ; j'ai été, plus que par le passé, et plus sans doute que beaucoup de juristes français, disposé à voir les choses d'un point de vue plus pratique en me souciant moins de la pureté des concepts, en tenant davantage compte de considérations empiriques, et en donnant priorité à la justice sur le droit » (Paris, *Economica*, 1982, p. 47).

les catégories et les concepts avec lesquels les nouvelles connaissances sont classifiées et comparées, n'ont rien à voir avec le contexte socio-culturel.

La démarche proposée par Günter Frankenberg minimise toutefois le reflux dans l'opération de confrontation entre connaissances antérieures et nouvelles : la difficulté à appréhender ces dernières peut être l'occasion d'éclairer le juriste sur celles acquises antérieurement. Il y a en quelque sorte une irrigation mutuelle, un va-et-vient entre connaissances acquises et connaissances nouvelles. L'équation selon laquelle « droit étranger = droit inconnu et droit interne = droit connu », n'est pas vraie. Elle n'est pas fautive non plus, mais elle demande à être vérifiée. Dit en d'autres termes, la connaissance d'un autre droit peut être la source d'interrogations sur son propre droit. La démarche du comparatiste consiste dès lors à prendre appui sur son observation du droit étranger pour critiquer le droit national. C'est probablement « l'une des avancées les plus importantes de la pensée comparative contemporaine [qui] consiste précisément en l'attention donnée à cette perception critique de sa propre réalité juridique informée par un regard sur l'autre »²².

La comparaison juridique dans le cadre européen (celle que nous avons pratiquée) pose aussi le problème de l'attention à la diversité culturelle, mais la conscience de la « diversité culturelle » ne conduit pas, à notre avis, à « l'objectivité » comme le soutient G. Frankenberg. Au contraire, la comparaison est une activité subjective car elle suppose comme l'interprétation, une évaluation et des choix. Pour rendre compte d'un système juridique étranger ou bien d'une institution étrangère, il faut déterminer quelles en sont les principales caractéristiques, éventuellement l'originalité de certaines règles écrites ou non. En des termes plus généraux, il faut délimiter un « espace de pertinence »²³ dans lequel « tout » ne peut pas rentrer. Certains éléments sont mis en relief alors que d'autres sont minimisés, voire exclus. En mettant l'accent sur la ou les différence(s) culturelle(s), le comparatiste ne gagne pas en objectivité ; le résultat de sa recherche n'est pas forcément plus « juste » que celui d'une recherche visant à mettre en évidence des « principes communs ». Autrement dit, la comparaison ne consiste pas à mesurer les différences et les ressemblances, mais à donner un sens à cette activité de mesure. Les comparatistes avaient initialement tendance à englober le plus grand nombre possible d'ordres juridiques et aspiraient à découvrir des lois générales. Aujourd'hui, la tendance est plutôt à limiter le nombre des ordres juridiques mis en présence et à faire gagner à la comparaison en profondeur ce qu'elle a perdu en

²² H. MUIR-WATT, *op. cit.*, p. 518. V. aussi G. P. FLETCHER, « Comparative Law as a Subversive Discipline, *American Journal of Comparative Law* », 46, 1998, p. 683 et s.

²³ P. LEGRAND, *op. cit.*, p. 12.

étendue²⁴. Le plus souvent, le cadre de la comparaison correspond à un ensemble régional présentant une signification particulière. Pour les juristes européens, le cadre de l'Union européenne est le plus naturel, si ce n'est, obligatoire.

B. - *La pluralité des objets à comparer et le(s) contexte(s)*

Quel que soit le choix opéré par le comparatiste, pénétrer à l'intérieur d'un autre droit devrait le conduire à un travail d'introspection sur lui-même en tant que juriste et donc à une plus grande attention aux questions d'ordre épistémologique, en particulier, aux « préjugés » et au contexte juridique et extra-juridique. Maintes études comparatives sont concentrées sur les règles, mais les règles ne peuvent pas être totalement comprises si elles sont isolées de leur contexte. L'exemple, souvent donné dans les manuels américains de droit comparé, pour illustrer l'intérêt au-delà des règles pour le discours juridique, est l'affaire *In Re Shoop* jugée par la Cour suprême des Philippines en 1920 : la Cour a retenu que l'éducation du juriste, l'organisation de la justice, la manière de raisonner en droit, d'interpréter les sources du droit et en fin de compte le « *legal discourse* » constituaient les éléments prédominants dans la détermination du système juridique ; en l'espèce il s'agissait de la famille du *common law* par rapport au caractère formel du système de sources de droit lié au modèle romaniste²⁵.

La connaissance du contexte juridique est le plus souvent acquise grâce à la formation reçue par le juriste. De manière inconsciente mais réelle, cette connaissance joue un rôle sur la manière dont le droit est perçu, interprété et appliqué. La pré-compréhension d'une règle juridique est déterminée par les préjugés²⁶ traduisant l'appartenance du juriste à la communauté, unie par une commune tradition, qui l'a éduqué. Par exemple, la doctrine française souscrit largement au discours juridique romano-germanique « centré sur le texte, pyramidal, vertical, légi-centré, écrit, logico-déductif, dogmatique, entièrement dominé par les figures de la loi, de l'État, de la puissance

²⁴ La classification en familles de droit considérée comme la base du macro-droit comparé est à présent largement contestée : sur ce débat, J. HUSA, « Classification of Legal Families Today is it the Time for a Memorial Hymn ? », *R.I.D.C.* 1-2004, p. 11 et s. V. aussi, H. MUIR WATT, « New Challenges in Public and Private International legal Theory : Can Comparative Scholarship Help ? » in M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, *cit.*, pp. 280-281.

²⁵ Cité par L. PEGORARO & A. RINELLA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Padoue, CEDAM, 2002, p. 52.

²⁶ La notion de « préjugé » fait aussi partie des acquis de l'herméneutique : H.G. GADAMER, *op. cit.*, p. 171.

publique, elles-mêmes fortement théorisées sur la base de certains dogmes politiques ou idéologiques »²⁷.

Le juriste étranger se heurte à cette difficulté qui nous renvoie à la question de l'apprentissage. Ce qui n'empêche pas de se demander quel est le « contexte pertinent » pour comprendre complètement et correctement des règles juridiques étrangères²⁸. Le travail de contextualisation est complexe puisqu'il fait aussi bien appel à des connaissances juridiques qu'à des connaissances extra-juridiques, notamment idéologiques, socio-économiques, historiques et linguistiques. Pour Mark Van Hoecke, la solution peut être la recherche collective avec des juristes des différents pays concernés bien que seul un dialogue intense permet de recouvrir les différences et les similarités et de déterminer leur pertinence pour les règles comparées. Surtout, il pose une limite importante au travail comparatif : la pertinence de la contextualisation ne peut reposer que sur une intensive recherche empirique et ce n'est que lorsqu'on disposera de résultats suffisamment nombreux qu'une théorie du « contexte pertinent » pourrait être proposée. Mais jusqu'à présent, de telles recherches empiriques font largement défaut²⁹.

Pour autant, le droit comparé avec le courant « Law as Culture » est nettement plus attentif à « la manière particulière par laquelle les valeurs, la pratique et les concepts sont intégrés dans l'activité des institutions juridiques et dans l'interprétation des textes juridiques »³⁰. Cette nouvelle approche utilise des concepts clés comme « tradition », « mentalités » « culture » et elle s'est développée notamment à partir d'une critique du fonctionnalisme considéré comme la méthode prédominante des études comparatives (surtout dans le monde anglo-saxon et pour le droit privé)³¹. L'ouvrage de Kötz et Zweigert, *An Introduction to Comparative Law*³², contient les principaux traits de cette méthode qui consiste à « rechercher des fonctions semblables dans les systèmes qu'il [le comparatiste] étudie. Selon ces auteurs, les fonctions sociales et les solutions adoptées sont

²⁷ E. PICARD, *op. cit.*, p. 900.

²⁸ M. VAN HOECKE, « Deep Level of Comparative Law », in *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, *cit.*, p. 167.

²⁹ *Op. cit.*, p. 168.

³⁰ J. Bell cité par M. VAN HOECKE & M. WARRINGTON, « Legal Cultures, Legal Paradigms, Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998, p. 498.

³¹ V. l'article précité de M. VAN HOECKE & M. WARRINGTON, p. 495 et s. ; M. GRAZIADEI, « The functionalist heritage », in *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, *cit.*, p. 100 et s. Cet auteur rappelle l'apport des travaux de Rodolfo SACCO : attentif au substrat culturel avec les notions de « formant » et de « cryptotype », il a posé les premières bases critiques de la méthode fonctionnelle (en langue française, v. R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991).

³² 3^e éd., trad. A. WEIR, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 21-40.

souvent les mêmes, bien que les moyens juridiques (les normes, concepts et institutions) soient différents »³³. Ils présument que le contexte est assez identique dans les systèmes comparés et ils admettent que les comparatistes peuvent partir de cette présomption de similitude : les résultats pratiques sont similaires puisque les pays développés répondent aux besoins du commerce dans les mêmes termes ou bien dans des termes très proches. Cette présomption de similitude pour les pays industrialisés est contestée : soit partiellement, notamment, par John Bell pour qui la similitude doit être prouvée en droit public à cause des divergences des institutions et des valeurs³⁴, soit entièrement, notamment, par Mark Van Hoecke pour qui les faits ne sont pas des données neutres pouvant être comparées sans restriction quels que soient les systèmes juridiques, mais des données largement « construites » selon le contexte juridique³⁵.

À ce stade de la réflexion, il convient de distinguer différents types d'études comparatives selon l'objet de la comparaison : les concepts juridiques, les règles de droit positif, les discours juridiques ou bien les structures cognitives. Selon l'objet, le résultat de la comparaison n'est pas de même nature. La comparaison qui s'attache aux seules règles, sera certainement plus superficielle que celle qui cherche à les replacer dans « un contexte sociocognitif plus large faisant notamment sa place au culturel »³⁶. L'objet et la finalité poursuivis par le comparatiste sont des choix interdépendants. De façon classique, lorsque l'on compare deux (voire plus) systèmes juridiques ou bien des éléments de ces systèmes (règles, institutions, relations entre objets de droit...) soit l'accent est mis sur les différences, soit au contraire sur les similarités. Selon le choix opéré, le discours produit n'est pas le même. La comparaison offre donc une lecture (parmi d'autres) du droit. Pour certains, le futur appartient à la comparaison intégrative afin de maîtriser la complexification et l'instabilité des ordres juridiques³⁷ alors que, pour d'autres, il appartient au contraire à la

³³ J. BELL, « La comparaison en droit public » in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Paris, Société de législation comparée, 1999, p. 35. V. aussi K. ZWEIGERT, « Des solutions identiques par des voies différentes (quelques observations en matière de droit comparé) », *R.I.D.C.*, 1966, p. 7.

³⁴ *Op. cit.*, p. 41.

³⁵ *In Deep Level of Comparative Law, cit.*, p. 170. Cet auteur reprend à son compte les acquis des travaux en herméneutique juridique : v. entre autres, P. NERHOT (ed), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Kluwer, 1990. V. aussi G. SAMUEL, « Epistemology and Comparative Law : Contributions from the Sciences and Social Sciences », in *Epistemology and Methodology of Comparative Law, cit.*, p. 39 lequel s'appuie sur les sciences naturelles et sociales pour développer une critique similaire.

³⁶ P. LEGRAND, *op. cit.*, p. 32.

³⁷ Cette position est en particulier soutenue dans le cadre de l'Europe communautaire : v. notamment W. VAN GERVEN, « Comparative Law in a Regionally Integrated Europe », in A. HARDING & E. ÖRÜCÜ (eds), *Comparative Law in the 21st Century, cit.*, p. 155 et s.; pour une

comparaison différentielle. Cette dernière position est défendue en particulier par Pierre Legrand qui affirme qu' « il y a lieu en effet pour le comparatiste, de comprendre que le comparatisme en droit ne saurait avoir pour raison d'être que l'appréhension des différences »³⁸.

Aujourd'hui, la question méthodologique centrale est-elle véritablement de déterminer un type idéal de comparaison ? Pour reprendre les termes de Geoffrey Samuel, « l'idée d'une « alternative » est en soi importante d'un point de vue épistémologique »³⁹. Car on a certainement autant à apprendre de la comparaison intégrative que de la comparaison différentielle. Plusieurs types de comparaison étant possibles, le problème méthodologique fondamental tient à la justification des critères de comparaison.

II. QUESTIONS DE JUSTIFICATION

A. - *Prendre au sérieux les critères de comparaison*

Pour engager une réflexion sur les critères de comparaison, on peut partir d'une interrogation simple : est-ce que la comparaison des droits est fondamentalement différente d'une étude juridique non-comparative ? La réponse donnée par M. Van Hoecke et M. Warrington montre bien que le travail est le même, sauf que l'étude comparative suppose une plus grande attention aux éléments qui déterminent le(s) système(s) juridique(s) ou/et le(s) concept(s). « Décrire et comprendre les règles d'un système juridique devrait être, en principe, très similaire à décrire et comprendre les règles de deux ou plusieurs systèmes juridiques. Bien que la comparaison en tant que telle soit différente de ce qui se fait normalement dans la doctrine juridique, la reconstruction des matériaux juridiques comparés est essentiellement le même travail que ce soit pour la doctrine juridique ou pour le droit comparé. Si comprendre le droit suppose beaucoup plus lorsque l'on compare un système juridique étranger à son propre système, cela signifie qu'il y a beaucoup d'éléments qui implicitement et inconsciemment déterminent la manière dont est compris, interprété et appliqué le droit pour chaque système juridique. (...) Le droit comparé rend plus attentif aux éléments qui

perspective plus large v. les travaux de M. DELMAS-MARTY et dernièrement, *Critique de l'intégration normative*, (sous dir.) M. DELMAS-MARTY, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004.

³⁸ *Op. cit.*, p. 37.

³⁹ *Op. cit.*, p. 75.

influencent le droit à tous les niveaux ; il oblige à nous confronter à nos structures idéologiques cachées »⁴⁰.

À la question classique « faut-il insister plutôt sur les différences ou, au contraire, sur les similarités ? », il n'y a pas de réponse une fois pour toutes. Cette question devrait être revisitée. Les critères de comparaison posent plus précisément un problème d'application. Si le droit comparé est toujours une question controversée, c'est parce qu'il n'existe pas un critère de vérification à l'aune duquel on pourrait contrôler l'exactitude de la comparaison donnée. En rendant compte de ses choix et donc de ses critères de comparaison, le comparatiste rend possible en revanche un contrôle sur la comparaison menée, de manière à juger de sa pertinence. La difficulté méthodologique ne fait toutefois que se déplacer puisque les critères pertinents dépendent de la connaissance acquise des systèmes juridiques étrangers comparés.

Néanmoins, cela conduit à exiger du comparatiste qu'il expose ses choix, c'est-à-dire qu'il indique pour quelles raisons il décide d'insister sur les différences ou bien, au contraire, sur les similarités. L'exposé des choix permet de connaître l'objectif poursuivi. En effet, trop souvent, le comparatiste ne nous dit pas ce qu'il fait. Cette remarque vaut aussi bien pour un travail comparatif descriptif (qui entend comprendre un droit ou plusieurs droits étrangers ou, plus précisément, le sens des concepts utilisés dans les ordres juridiques comparés) que normatif (qui vise à s'inspirer de solutions étrangères de manière à influencer le droit national). La critique la plus fréquente met plutôt l'accent sur le « militantisme » du comparatiste. Ainsi, Ian Ward dénonce une comparaison fortement pro-active (concernant les travaux menés par Jürgen Schwarze sur le droit administratif en Europe⁴¹) dont « le projet est de minimiser les différences et bien sûr les contradictions »⁴², tout en reconnaissant qu'« il est indéniable que le droit comparé soit utilisé dans l'Europe communautaire (...) pour parachever la similarité et éliminer les différences »⁴³. On peut, cependant, légitimement douter que la convergence des droits européens conduise à la suppression

⁴⁰ M. VAN HOECKE & M. WARRINGTON, *op. cit.*, p. 497.

⁴¹ J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Office des publications officielles des communautés européennes, Bruxelles, Bruylant, 1994 et pour une version plus accessible de la thèse défendue par SCHWARZE, « Tendencias Towards a Common Administrative Law in Europe », *European Law Review*, 1991, vol. 16, p. 17 et s.

⁴² I. WARD, « The limits of Comparativism : Lessons from UK-EC Integration », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1995, p. 27.

⁴³ *Op. cit.*, p. 31.

des différences sans pour autant douter de la convergence elle-même⁴⁴. Quoi qu'il en soit, on ne peut pas la donner comme allant de soi.

Au contraire, il est capital de connaître les prémisses sur lesquelles reposent la comparaison. La reconstruction d'un système juridique étranger ou bien d'une institution étrangère ou encore d'une jurisprudence étrangère repose sur un certain nombre de choix qui doivent être motivés. Moins qu'à une théorie de l'interprétation, le droit comparé renvoie à une théorie de l'argumentation. Dit en d'autres termes, on déplace le problème en proposant que les critères de la comparaison ne relèvent pas tant du contexte de la découverte que du contexte de la justification. Il y a toutefois une interférence dans la pratique entre les deux contextes. L'un influence l'autre : en incitant le comparatiste à être attentif aux critères de comparaison, on bride la comparaison. Le comparatiste devrait prendre au sérieux les critères de comparaison⁴⁵.

Prendre au sérieux les critères de comparaison signifie exercer un regard critique sur les buts de la comparaison puisque ce sont les objectifs qui déterminent « l'espace de pertinence » de la comparaison. Jean-Bernard Auby ainsi que Mireille Delmas-Marty avancent que la globalisation s'accompagne d'un « véritable déplacement des enjeux » du droit comparé⁴⁶, « de la théorie vers la pratique, accompagné d'une transformation des méthodes, davantage axées sur l'analyse des systèmes et l'évaluation des solutions fournies par les différents systèmes dans tel ou tel domaine »⁴⁷. En revanche, Pierre Legrand leur oppose une toute autre lecture : la globalisation induit une plus grande attention aux « mentalités » et aux « traditions juridiques nationales ». Cette attention le conduit à s'opposer fermement à l'harmonisation, en particulier au projet de Code civil européen, au nom de l'incommensurabilité des deux mentalités juridiques présentes en Europe⁴⁸. On touche ici aux limites du droit comparé : autrement dit, sa capacité à servir tout et son contraire. On en conviendra : le propos peut paraître un peu radical. En effet, ces deux discours peuvent s'irriguer l'un l'autre. M. Delmas-Marty reconnaît au

⁴⁴ V. par ex. sur l'ouverture du droit administratif français sous l'effet de la globalisation et du droit communautaire, F. MELLERAY, « L'imitation des modèles étrangers en droit administratif français », *AJDA*, 2004, p. 1224 et s.

⁴⁵ On rejoint ici notamment A. AARNIO pour qui il est impossible de parler du raisonnement juridique hors du cadre de la rationalité car c'est un mode de penser si profondément enraciné dans notre culture que l'on l'utilise pour évaluer les autres : in *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit* (trad. *The Rational as Reasonable. The Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, D. Reidel, 1987) Bruxelles, Story-Scientia, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 236 et s.

⁴⁶ J.-B. AUBY, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁷ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 47.

⁴⁸ V. parmi ses publications, « European Legal Systems are not Converging », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 52 et s.

relativisme culturel la vertu, d'une part, de « replacer la question des méthodes au cœur des études comparatives »⁴⁹ et, d'autre part, de penser l'intégration normative de manière critique⁵⁰.

Pour la mise en place d'un droit supranational ou, pour rester dans l'hypothèse de l'ordre juridique national, d'une réforme législative ou bien constitutionnelle, le droit comparé est désormais systématiquement invoqué par celui qui produit le droit ou bien par celui qui cherche à l'influencer, se transformant en argument d'autorité. Les choses ne sont cependant pas aussi simples et demandent à être approfondies. Par exemple, vu de France, le recours à « l'argument de droit comparé » par le juge constitutionnel, en particulier pour la protection des droits fondamentaux, se présente comme une méthode d'interprétation nouvelle de la Constitution. Dans ses décisions, le Conseil constitutionnel ne fait jamais référence de manière explicite⁵¹ au droit étranger ou, plus exactement, à une ou plusieurs décisions de cours constitutionnelles étrangères ou bien à des travaux doctrinaux étrangers⁵². L'intérêt pour cette méthode pourrait d'ailleurs paraître vain si l'on s'en tenait au jugement sans appel prononcé par un éminent membre de la Haute instance et de la doctrine, aujourd'hui disparu. À propos de la controverse sur le contrôle de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle, Georges Vedel avait pourfendu la référence faite par une partie de la doctrine, notamment à une décision de la Cour Suprême de l'Inde : « Que le droit comparé soit invoqué au secours de la supra-constitutionnalité ne doit pas ébranler la conviction qui jusqu'ici a été celle du Conseil constitutionnel pour qui le législateur ne peut être approuvé ou censuré en droit que par référence à une disposition constitutionnelle écrite. Il faut se défaire de l'idée que telle ou telle théorie, telle ou telle pratique adoptée par une Cour constitutionnelle étrangère dans une démocratie parfois juvénile s'impose comme le dernier cri de la mode féminine lancé dans les collections de printemps »⁵³. Au-delà du phénomène de mode, se demander à quoi servent les références au droit étranger implique quelque

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ M. DELMAS-MARTY (sous dir.), *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004.

⁵¹ Le droit étranger ainsi que le droit international concernant les droits de l'homme peuvent être une source d'inspiration. La question est bien connue concernant l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Pour la première fois, le Conseil a fait référence dans ses visas à un arrêt de la Cour européenne dans sa récente décision n° 2004-505 DC 19 nov. 2004, *Traité instituant une Constitution pour l'Europe*.

⁵² Toutefois, v. les dossiers documentaires disponibles sur le site Internet du Conseil constitutionnel dans lesquels le Conseil se réfère parfois à des décisions constitutionnelles étrangères : pour un exemple récent, voir le dossier concernant la décision n° 2004-505 DC qui incorpore l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande sur le Traité de Maastricht (<http://www.conseil-constitutionnel.fr>).

⁵³ « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 96.

chose de plus qu'une analyse des utilisations argumentatives dans les différentes décisions : elles donnent à penser que c'est dans la couche la plus profonde des fondations sur lesquelles repose l'édifice constitutionnel qu'il faut descendre pour remonter avec des questions qui jettent une lumière sur des aspects théoriques beaucoup plus pénétrants. Quelle normativité pour la constitution ? Quelles limites pour les interprètes de la constitution et, en particulier, pour les juges ?

Au-delà de raisons essentiellement conjoncturelles, le recours à « l'argument de droit comparé » renvoie à une certaine conception de la constitution ainsi qu'à une certaine manière de l'interpréter. Dans le débat américain, le juge Scalia pour qui les emprunts ne peuvent valoir qu'en matière d'élaboration de la Constitution, non pour son interprétation⁵⁴, s'inscrit dans un courant interprétatif extrêmement peu favorable à des apports extérieurs, notamment à une interprétation de la Constitution en fonction des évolutions sociales. « L'originalisme » (ou les intentions premières des Pères fondateurs) prône une interprétation au plus près du texte originel. Mais on peut soutenir une conception ouverte et dynamique de la constitution sans pour autant gommer l'originalité de la constitution interprétée. Comme le fait remarquer le Président de la Cour constitutionnelle sud-africaine, dans la décision sur la peine de mort,⁵⁵ interpréter la Constitution en utilisant le droit étranger ne signifie pas mettre sur pied une « constitution étrangère » car une pareille interprétation ne peut être faite qu'en tenant compte de « notre système juridique, de notre histoire et de la structure et du langage de notre Constitution »⁵⁶. Il ressort de ces derniers éléments que la référence et la discussion de décisions étrangères répondent à des interrogations profondes qui se situent bien au-delà du besoin d'emprunter des solutions juridiques. Les juges peuvent trouver dans le droit étranger un support pour mieux comprendre leur propre droit et ainsi aborder un problème de « manière plus créative ou avec plus de perspicacité »⁵⁷. Recourir à l'argument de droit comparé ne débouche pas forcément sur le mimétisme (on retrouve ici la fonction critique de la

⁵⁴ L'arrêt *Printz v. United States* (1997) a vu les juges Breyer et Scalia opposer leur point de vue sur l'utilisation du droit étranger pour éclairer la Constitution américaine (v. la traduction in E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 1269 et s.). D'autres juges ont par ailleurs pris position en faveur d'une plus grande attention envers le droit étranger : les positions des juges Sandra Day, O'Connor et Ruth Bader Ginsburg sont exposées dans l'article de A.-M. SLAUGHTER, « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, vol. 44, 2003, pp. 199-200.

⁵⁵ Opinion du Président Arthur CHASKALSON exprimée dans l'affaire *State v. Markwanyane* 1995.

⁵⁶ Cité par D. CAREY-MILLER, « South Africa : a World in one Country on the Long Road to Reality », in A. HARDING & E. ÖRÜCÜ (eds), *Comparative Law in the 21st Century*, cit., p. 294.

⁵⁷ A.-M. SLAUGHTER, *op. cit.*, p. 201.

comparaison évoquée précédemment pour la recherche en droit), mais n'en pose pas moins un problème de légitimité (l'interprétation donnée par le juge constitutionnel étant une interprétation authentique). La constitution fonde, légitime et limite l'ordre juridique de la communauté étatique. Par conséquent, comment accepter la comparaison des droits fondamentaux parmi les méthodes d'interprétation de la constitution ?⁵⁸ À côté des problèmes théoriques que soulèvent cette méthode d'interprétation, son utilisation pose aussi des difficultés qui recoupent directement les questions méthodologiques abordées par (et pour) la doctrine comparatiste. Par exemple, la plus évidente tient au risque de la « décontextualisation » : le président de la Cour suprême d'Israël conseille justement de comparer des institutions ou des concepts juridiques que dans l'hypothèse d'un partage de valeurs communes⁵⁹ ; mais, plus encore, il faut avoir une connaissance des concepts juridiques dans leurs propres contextes pour éviter précisément des erreurs d'interprétation. Les problèmes liés à l'utilisation de cette méthode ne semblent toutefois pas se poser dans les mêmes termes selon que les cours l'emploient de manière répétée ou, au contraire, occasionnelle. Dans cette dernière hypothèse, le risque de voir « l'argument de droit comparé » se transformer en argument d'autorité est beaucoup plus grand⁶⁰. Malgré ces risques, le recours à « l'argument de droit comparé » permet au juge d'offrir une vision plus complète des réponses possibles à un problème juridique donné et donc de nourrir l'idée que la recherche de la vérité en matière de justice n'existe pas ; que seule compte l'adhésion.

La recherche de la vérité en matière de dogmatique juridique n'existe pas non plus. Le mérite de la comparaison critique des droits est justement de ne pas entretenir cette illusion. La doctrine comparatiste a développé plus ou moins, selon les pays, une critique « contre la culture positiviste

⁵⁸ Pour une discussion plus approfondie, nous renvoyons à notre communication pour la Table ronde de l'A.I.D.C. « L'interprétation de la Constitution » tenue à Bordeaux, les 15 et 16 octobre 2004, « Le recours à « l'argument de droit comparé » par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques », *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005 (actes en voie de publication).

⁵⁹ A. BARAK, *Constitutional Interpretation*, Rapport pour la Table ronde de l'A.I.D.C. « L'interprétation de la Constitution » Bordeaux, les 15 et 16 oct. 2004.

⁶⁰ À notre connaissance, seules les cours pratiquant la *dissenting opinion* ou/et la *concurring opinion* font référence de manière explicite et répétée à « l'argument de droit comparé ». De manière générale, cet argument semble plus adapté au style judiciaire de *common law*. Sur la question de la motivation des décisions constitutionnelles, v. M.-C. PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1994, p. 153 et s. et pour une discussion plus approfondie, qu'il nous soit de nouveau permis de renvoyer à notre communication précitée, « Le recours à « l'argument de droit comparé » par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques ».

formaliste »⁶¹. Les positivistes eux-mêmes ne s'en tiennent pas toujours à la rigueur de la description et de la neutralité, intégrant parfois des propositions normatives. Mais les comparatistes eux-mêmes ne s'en tiennent pas toujours à la rigueur d'une démarche de confrontation donnant à voir les différentes réponses possibles à un problème juridique donné.

B. - *La pluralité des approches*

Si le droit comparé est compris comme un outil épistémologique, il ne correspond donc pas à une méthode. La comparaison des droits suppose au contraire plusieurs méthodes. Si on opte pour une pluralité des approches, le droit comparé ne sert plus un discours (celui de l'unification du droit ou bien de l'américanisation du droit ou bien encore celui du relativisme culturel), mais il est un instrument, parmi d'autres, pour une compréhension critique du droit⁶². Il faut savoir changer de perspective, varier d'échelle. C'est le conseil donné par l'historien Jacques Revel qui s'appuie, notamment, sur le film de M. Antonioni, *Blow up* (1966), pour nous convaincre de cette nécessité. Antonioni raconte l'histoire d'un photographe londonien qui fixe sur la pellicule une scène dont il est témoin. Or, cette scène lui est incompréhensible ; les détails n'en sont pas cohérents. Intrigué, il agrandit les photos jusqu'à ce qu'un détail invisible le mette sur la piste d'une autre lecture de l'ensemble : « La variation d'échelle lui a permis de passer d'une histoire dans une autre (et, pourquoi pas, dans plusieurs autres) »⁶³.

La variation d'échelle n'est certes pas une proposition nouvelle et les comparatistes ont cherché à la développer en distinguant la macro de la micro comparaison. Le débat critique interne à la doctrine comparatiste engagé aux États-Unis, il y a à peine une dizaine d'années⁶⁴, a conduit à

⁶¹ P.G. MONATERI, « Critique et différence : le droit comparé en Italie », *R.I.D.C.* 4-1999, p. 992. La critique peut aussi venir, comme aux États-Unis, moins du droit comparé que des doctrines contestataires (Law in Context, Law and Economic, Law and Literature...): v. G.A. BERMANN, « The Discipline of Comparative Law in the United States », *R.I.D.C.* 4-1999, p. 1041 et s. La France semble accuser un double retard n'étant réceptive ni à un droit comparé critique, ni aux doctrines contestataires : v. pour une appréciation toutefois plus nuancée, H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *op. cit.*, pp. 515-516.

⁶² En particulier, v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Turin, Giappichelli, 1995, p. 11. La doctrine italienne est très riche pour nourrir cette fonction critique du droit comparé : v. T. ASCARELLI, « Premesse allo studio del diritto comparato », (1945) in T. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, Milan, Giuffrè, 1949, p. 3 et s.

⁶³ J. Revel, « Micro-analyse et construction du social » in *Jeux d'échelles. La micro-analyse à l'expérience* (sous dir.), Paris, Gallimard, Le Seuil, 1996, p. 36.

⁶⁴ « Symposium: New Approaches to Comparative Law », *Utah Law Review*, 1997, p. 255 et s. ; « Symposium: New Directions in Comparative Law », *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 597 et s.

revoir les instruments traditionnels du comparatiste (classification en familles de droit et circulation des modèles) et à promouvoir une complémentarité des méthodes grâce à des apports extérieurs (une approche pluridisciplinaire). Les comparatistes ont développé plusieurs instruments de connaissance qui supposent d'être associés de manière à appréhender des données changeantes (temps, espace et culture). Il est désormais admis que les classifications en familles de droit sont grossières et idéologiquement orientées. Le débat s'est donc concentré, soit sur la contestation radicale des classifications en droit⁶⁵, soit sur la constitution de classifications alternatives en tentant de mieux prendre en compte les traditions et les cultures juridiques⁶⁶. Ce débat ayant été déjà présenté dans cette *Revue*⁶⁷, nous nous contenterons de deux remarques générales (au-delà de la remise en cause des classifications traditionnelles élaborées par David ou bien Kötz et Zweigert).

D'abord, on peut être étonné que les « nouveaux comparatistes » ou « comparatistes post-modernistes »⁶⁸ jettent le bébé avec l'eau du bain : aux objectifs d'universalisme et de neutralité qui peuvent certes faire l'objet de critiques, la nouvelle doctrine oppose toutefois un scepticisme qui ne laisse place qu'à l'impossibilité de comparer à cause de l'incommensurabilité des différences⁶⁹. Autrement dit, les apports de la doctrine comparatiste « traditionnelle » seraient à rejeter en bloc. Qu'il soit permis d'exprimer quelques doutes sous la forme d'interrogations : par exemple, faut-il complètement rejeter la méthode fonctionnelle ? N'est-ce pas son caractère exclusif dans les études comparatives passées (servant la thèse de l'unification ou, en tout cas, de la convergence des droits) qui demande à être redimensionné par la promotion d'autres méthodes ?

Ensuite, les « comparatistes post-modernistes » en mettant l'accent sur la structure cognitive typique de chaque culture juridique proposent de s'interroger sur le cadre des perceptions et de compréhension de chaque communauté juridique de manière à expliquer comment cette communauté

⁶⁵ Par ex., V. GROSSWALD CURRAN, « Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law », *American Journal of Comparative Law*, 46, 1998, p. 43 et s.

⁶⁶ Par ex., E. ÖRÜCÜ, « Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach », in M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, cit., p. 359 et s.

⁶⁷ J. HUSA, « Classification of Legal Families Today is it the Time for a Memorial Hymn ? », *R.I.D.C.* 1-2004, p. 11 et s.

⁶⁸ A. PETERS & H. SCHWENKE, « Comparative Law Beyond Post-Modernism », *International Comparative Law Quarterly*, 2000, vol. 49, p. 801: ces auteurs précisent que l'appellation post-moderniste renvoie à ceux qui prennent en considération l'expérience de la pluralité et de la différence, mais les membres de cette nouvelle doctrine sont nombreux et ne tirent pas tous les mêmes conclusions de cette prise en compte. Leur article porte sur la version la plus radicale.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 802.

comprend le droit. Les « comparatistes traditionnels » peuvent se sentir démunis devant l'ampleur de cette tâche et douter de leur capacité à désenclaver des problématiques en faisant appel à des champs disciplinaires aussi variés que l'anthropologie, la sociologie, l'histoire ou encore la linguistique⁷⁰. Pour réduire la difficulté, l'interdisciplinarité ne rimerait pas avec l'étude générale des droits⁷¹, mais avec l'étude approfondie du droit de « l'autre ». Elisabeth Zoller propose ainsi aux constitutionnalistes qu'« [à] la tyrannie des universaux qui structuraient nos approches antérieures et dont on s'efforçait de trouver les marques tant dans la classification des régimes politiques que dans la typologie des gouvernements, il faut substituer une approche plus pragmatique. Il faut admettre que chaque ordre juridique est unique et que chaque système constitutionnel est le produit finement ouvragé d'une culture globale dans laquelle il s'insère. Nous devons viser à comprendre le travail des idées, des pensées et des sensibilités dans un système juridique déterminé, pour ultimement (sic) pouvoir restituer les principes, les concepts, les croyances et les raisonnements qui y sont à l'œuvre »⁷². Le comparatiste serait un « généraliste du droit » à la différence de celui spécialisé sur un droit étranger qui serait le mieux à même d'offrir une étude en profondeur. En supposant que cette répartition des tâches soit la bonne⁷³, il appartient aux comparatistes de prendre avec eux le meilleur de la critique développée par les post-modernistes. Ces derniers ont le grand mérite d'attirer l'attention sur la tâche sans borne que représente la comparaison des droits. C'est pourquoi le juriste est invité à opter pour une posture modeste dès lors qu'il veut comparer, mais il ne peut pas faire l'économie du constat suivant : déceler des différences ou bien des similarités entre des objets de droit ne suffit pas. Le caractère informatif peut certes constituer un point de départ. La circulation beaucoup plus dense de l'information juridique et, en particulier, la consolidation des connaissances sur les systèmes juridiques européens conduisent toutefois plus nettement aujourd'hui qu'hier à promouvoir une recherche en droit aux confins des frontières disciplinaires. Par exemple, en droit constitutionnel, l'analyse historico-sémantique des concepts développée par l'école

⁷⁰ Le propos est certainement réaliste dès lors qu'on peut constater sans difficulté que malgré des questions juridiques communes concernant le droit communautaire ou le droit européen et les droits internes, la doctrine nationale reste le plus souvent essentiellement auto-référentielle.

⁷¹ La question de l'interdisciplinarité pourtant n'est pas nouvelle : la macro-comparaison repose sur une telle approche, mais la plupart des comparatistes post-modernistes pensent que la classification en familles de droit n'enseigne rien.

⁷² *Op. cit.*, p. 133.

⁷³ Ce que nous ne croyons que partiellement. En effet, pour être un comparatiste « conscient », il faut être un spécialiste d'un droit étranger pour s'être frotté aux difficultés que posent la connaissance d'un « autre » droit (v. nos remarques initiales sur la distinction entre comparatistes et spécialistes de droit étranger).

allemande *Begriffsgeschichte* menée par les historiens O. Brunner et R. Koselleck⁷⁴ permet aux constitutionnalistes de mieux comprendre les enjeux théoriques les plus complexes sur l'origine et l'évolution des concepts⁷⁵.

Probablement, le juriste doit-il concéder qu'il ne peut se dire « comparatiste » qu'à la condition de toujours se demander pourquoi il compare. Mais cette question ne concerne-t-elle pas tous les juristes ? Autrement dit, la mise en perspective comparative n'est-elle pas une composante de la méthodologie juridique ?⁷⁶ William Twining qui a mené un projet sur les relations entre la théorie générale du droit et le droit comparé, définit ces relations comme « interdépendantes »⁷⁷. Quel est l'apport du droit comparé à la théorie du droit et, réciproquement, quel est l'apport de la théorie du droit au droit comparé ? Pour y répondre, William Twining s'appuie sur l'article de Richard Tur « *The Dialectic of General Jurisprudence and Comparative Law* » publié il y a déjà plus de vingt-cinq ans⁷⁸ : « ils sont essentiels à la connaissance juridique, les différentes faces d'une même médaille. La théorie générale du droit sans le droit comparé est vide et formelle : le droit comparé sans la théorie générale du droit est aveugle et inintelligent. La théorie générale du droit avec le droit comparé est réelle et actuelle : le droit comparé avec la théorie générale du droit est sélectif et clairvoyant »⁷⁹. Par exemple, l'environnement est ignoré par la Constitution française du 4 octobre 1958. Néanmoins, ce n'est pas parce que le texte constitutionnel ne dit rien de l'environnement qu'il faut croire qu'il n'y ait rien à dire. La prise de conscience sans cesse grandissante des dégâts

⁷⁴ O. BRUNNER, W. CONZE & R. KOSELLECK (dir.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart, Klett-Cotta, 8 tomes (1974-1997). En langue française, v. sur la question méthodologique de l'histoire des concepts R. KOSELLECK, *Le futur passé. Contribution à la sémantique des temps historiques*, (trad. *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 1979) Paris, Éditions de l'EHESS, 1990, p. 105 et s. et en part. p. 111.

⁷⁵ Pour un recours fructueux à cette méthode associée à l'approche comparative, v. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002. Pour un tout autre ex. en faveur d'une approche pluridisciplinaire, v. P. VIELLE « L'approche du genre dans la comparaison juridique des systèmes de sécurité sociale », in G. JUCQUOIS & Ch. VIELLE (éds), *Le comparatisme dans les sciences de l'homme. Approches pluridisciplinaires*, Bruxelles, De Boeck Université, 2000, p. 417 et s.

⁷⁶ On pense tout particulièrement à des piliers du raisonnement juridique et judiciaire : la démarche analogique et la règle du précédent.

⁷⁷ W. TWINING, « Globalisation and Comparative Law », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1999, p. 239. V. aussi J. BELL, « Comparative Law and Legal Theory », in W. KRAWIETZ, N. MACCORMICK & G.H. VON WRIGHT (eds), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 19 et s.

⁷⁸ *In Juridical Review*, 1977, p. 249.

⁷⁹ Cité in W. TWINING, « Comparative Law and Legal theory : The Country and Western Tradition », in I. EDGE (ed.), *Comparative Law in Global Perspective. Essays in Celebration of the Fiftieth Anniversary of the Founding of the SOAS Law Department*, New York, Transnational Publishers, Inc., 2000, p. 71.

considérables occasionnés par l'activité humaine au milieu naturel explique, toutefois, que l'on puisse s'interroger sur l'introduction constitutionnelle d'un droit à l'environnement, déjà reconnu par certaines Constitutions européennes, dont l'acceptabilité repose, d'une part, sur une théorie générale des droits fondamentaux qui défend une conception ouverte des droits et, d'autre part, sur l'élimination des ambiguïtés concernant la nature juridique de ce droit. Le droit comparé nous enseigne que la garantie constitutionnelle dépend à la fois de la structure du droit consacré par la Constitution (Espagne et Portugal) ou par le juge constitutionnel (Allemagne et Italie) et de la position qu'occupe celui-ci dans le paysage institutionnel. L'analyse comparative permet ainsi d'offrir une approche conceptuelle contextualisée⁸⁰.

Le droit comparé contemporain (une sorte de commensalisme entre comparatistes traditionnels et post-modernistes) pourrait viser à saisir la complexité du réel juridique (ne pas s'en tenir à la seule structure du droit et donc intégrer sa dimension dynamique, -la vie du droit)⁸¹ et à permettre la lecture d'objets juridiques de manière contradictoire (source de questionnements aussi bien pour le droit national que pour ses relations avec les autres droits). Cette proposition ne fait certainement pas justice à la richesse du débat actuel dont on n'a rendu compte que partiellement, mais elle a peut-être le mérite de chercher une voie entre le réalisme (et donc des ambitions modestes qui ne doivent toutefois pas céder à l'utilitarisme) et l'exigence de rigueur d'une démarche scientifique. Comment pense-t-on le droit ? Qu'est-ce qui le détermine exactement ? Qu'est-ce qui est essentiel au droit et qu'est-ce qui ne l'est pas ? Mais l'indétermination d'un concept n'est pas nécessairement résorbée par une approche comparative. Par exemple, le droit comparé nous aide-t-il réellement à comprendre le principe de précaution ? « [...] Le droit comparé n'est et ne peut être qu'une tentative, parmi d'autres, pour identifier le droit, qui est le résultat recherché »⁸². Il ne peut pas donner toutes les réponses. Les juristes ne doivent pas tout attendre du droit comparé, mais ils doivent le prendre au sérieux.

⁸⁰ M.-C. PONTTHOREAU, « Constitutions, juges constitutionnels et droit à l'environnement », in E. MACKAAY et H. TRUDEAU (sous dir.), *L'environnement : à quel prix ?*, Montréal, éd. Thémis, 1995, p. 315 et s.

⁸¹ Sur ce point, nous proposons dépasser la position défendue par Otto Pfersmann qui limite la fonction du comparatiste à la description des structures juridiques à l'aide de concepts généraux : O. PFERSMANN, *op. cit.*, p. 287.

⁸² E. PICARD, *op. cit.*, p. 912.