

LA RECHERCHE EN DROIT COMPARÉ

Par

Pierre LANGERON

*Maître de conférences à Université de Droit, d'Economie et des Sciences
d'Aix-Marseille III*

Le droit comparé n'est-il pas avant tout une méthode de recherche juridique ?

Dans les pays voisins, d'excellents esprits n'hésitent pas à l'affirmer. Outre-Manche, le grand comparatiste anglais Gutteridge associe le droit comparé à une méthode, non à une discipline juridique, tant il est vrai qu'il concerne chacun des domaines du droit, sinon tous les juristes : "*Comparative law denotes a method of study and research, and not a distinct branch or department of the law*" (1). Au-delà du Rhin, le terme *Rechtsvergleichung* (droit comparé) exprime davantage la comparaison des droits que les droits à comparer. De l'autre côté des Alpes, A. Pizzorusso affirme aussi que le droit comparé est moins la connaissance détaillée de chaque ordre juridique que leur comparaison ("*confronto*") (2). En France même, René David rappelle que, dès la fin du siècle dernier et parfois encore jusqu'à nos jours, on s'est demandé "si le droit comparé devait être considéré comme une branche autonome de la science du droit ou s'il n'était pas plutôt une simple méthode, la méthode comparative, appliquée à la science du droit" (3).

Il importe moins de rappeler ici les termes de ce débat que d'en retenir les conclusions. Il est généralement admis aujourd'hui que le droit comparé est spécifique à raison de son objet et de ses finalités. D'une part, en effet, il a vocation à couvrir n'importe quel domaine du droit, matériel (droit de la famille, droit des contrats, droit de la responsabilité, etc.) et formel (procédures administratives ou contentieuses par exemple) ; tout l'ordonnement juridique lui est ouvert, de n'importe quel pays du monde. D'autre part, il offre un certain nombre d'intérêts classiquement reconnus : il permet de connaître les droits étrangers (4), et par là de mieux comprendre, voire d'améliorer le droit national (5) ; il est un important

(1) *Comparative law*, Cambridge University Press, 2e ed. 1971, p. 1.

(2) *Corso di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 101. Le juriste allemand J. Schwarze a une approche tout à fait comparable : cf. *European administrative law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1992, p. 78.

(3) *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 10e ed. 1992, p. 2, et L.J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, t. 1, L.G.D.J., 1972, p. 176-205.

(4) Cf. A. Tunc, *Cours de grands systèmes de droit contemporain*, Les Cours de droit, 1968/69, p. 7 et s.

(5) C'est l'opinion en particulier de R. Rodière (*Introduction au droit comparé*, Dalloz, 1979, p. 33-38), de R. David (*Les grands systèmes*, op. cit., p. 5-6), ou encore d'A. Pizzorusso (*Corso*, op. cit., p. 108).

facteur d'harmonisation des diverses règles nationales (6) ; il est aussi un instrument privilégié pour la théorie générale et la philosophie du droit (7) ; enfin, il tend à la compréhension des cultures et des peuples étrangers (8).

Si le droit comparé ne peut être réduit à une méthode de recherche, cette méthode comparative n'a-t-elle pas au moins une spécificité ? Voilà sans doute la vraie question. Certains auteurs proposent sur ce point de savantes analyses (9), qui ne conduisent cependant pas à un vrai consensus. De nombreux centres de droit comparé, en France comme à l'étranger, donnent la priorité à une bonne connaissance des droits étrangers dans des domaines particuliers, qu'il s'agisse du Centre français de droit comparé, du Max Planck Institut de Hambourg ou de l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne (10). Par contre, l'environnement des Parlements nationaux se préoccupe davantage des politiques législatives et de leur impact dans les sociétés concernées. Enfin, de plus en plus d'Universités étendent la recherche à la théorie du droit et à la méthode comparative elle-même.

Pour obtenir des repères à la fois simples et opérationnels dans un paysage évidemment complexe, il peut être intéressant de dégager trois types principaux de comparatistes, dont l'un est habituellement prédominant :

- *le praticien du droit* : pour protéger un brevet au Japon ou créer une association en Espagne, le citoyen ou son conseil doit connaître le droit actuellement en vigueur dans l'un ou l'autre pays. Sa connaissance a besoin d'être concrète, pour donner des solutions efficaces à des questions pratiques (11) ;

- *le théoricien du droit* : l'universitaire étudie les diverses réponses nationales apportées à une même question (la protection des actionnaires minoritaires, par exemple) ou la richesse des sens donnés à un même concept juridique. Il enrichit la doctrine en dégageant des catégories et des tendances, et en élaborant des théories.

- *l'auteur du droit* : avant d'édicter une nouvelle norme, le législateur se tourne de plus en plus vers les expériences étrangères dans le même domaine. Il recherche les textes, mais surtout leurs causes et leurs effets, pour s'en inspirer, voire les transposer. Pour être féconde, cette démarche intégrera les données propres aux pays considérés (12).

A chacun de ces types considérés idéalement, correspond une fonction principale de la recherche comparative : le praticien du droit vise à connaître le droit positif pour l'utiliser au mieux ; le théoricien du droit part du droit existant pour mener aux principes ; l'auteur du droit va encore plus loin en visant à l'utilité sociale du droit. On peut dès lors observer qu'à chacune de ces fonctions convient davantage une méthode particulière de recherche :

(6) L'unification internationale du droit est, pour de nombreux auteurs tel R. David (in *Les grands systèmes*, op. cit., p. 8) une perspective positive que les divers législateurs nationaux devraient adopter ; il ne serait pas inutile de s'interroger en même temps sur l'opportunité réelle de cette "évidence" technique.

(7) On se reportera avec intérêt aux développements de H.A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf, in *Droit comparé, théorie générale et principes*, L.G.D.J., 1978, p. 37-44.

(8) Cette finalité est notamment soulignée par A. Tunc (loc. cit., p. 11-15) et -avec quelques réserves- par R. David (in *Les grands systèmes*, op. cit., p. 6-7).

(9) Parmi les bons ouvrages en la matière : L.J. Constantinesco, *Traité*, op. cit., t. 2, L.G.D.J. 1974, et R. Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991.

(10) Un colloque organisé en 1986 par le Centre français de Droit comparé a fait un intéressant bilan des principaux centres de droit comparé (actes non publiés).

(11) Il existe toute une littérature juridique destinée aux professionnels du droit ; le rythme des publications est en accélération croissante pour répondre aux besoins effectifs.

(12) Les travaux préparatoires de nombreuses lois nationales intègrent de plus en plus cette donnée de la politique législative comparée.

- *le praticien* a besoin de connaître le droit effectivement appliqué, même s'il est *juxta, extra* ou *contra legem*. Que l'on songe par exemple au droit fiscal : il existe des textes, leur interprétation officielle qui s'impose en principe aux agents du fisc, la pratique des contribuables et de leurs conseils, et la jurisprudence fiscale, soit quatre ensembles qui ne coïncident pas nécessairement et que le juriste d'entreprise devra découvrir avec les moyens propres à chacun d'eux (13). Comparer, c'est pour lui chercher les règles qui s'imposent dans un pays étranger ;

- *le théoricien* du droit fiscal n'aura pas nécessairement un champ d'investigation aussi large. Il est en effet des sources du droit plus nobles que d'autres, du fait de leur auteur ou de leur relative pérennité. Qu'importe de ne pas tout êtreindre, l'essentiel suffit. Le droit est saisi par les idées, et l'on examine des types étrangers d'imposition, leurs bases et leurs taux, mais aussi des politiques et des doctrines fiscales. Comparer, c'est principalement rapprocher plusieurs droits nationaux, y compris le sien ;

- *le législateur* fiscal, qui envisage d'adopter une norme positive, cherchera à l'étranger des exemples comparables de réglementation pour alimenter sa réflexion. Leur aspect technique ne pourra voiler leur fondement politique, car toute loi est une réponse à un besoin social. Pourquoi tel pays, à tel moment de son histoire, a-t-il choisi telle formule fiscale ? Et pourquoi tel impôt est-il efficace dans un pays, et moins dans l'autre ? Pour le législateur, comparer, c'est aussi chercher à comprendre des droits étrangers pour mieux déterminer son propre choix.

Connaître, rapprocher, comprendre les droits étrangers : le droit comparé peut-il y atteindre avec les règles habituelles de la recherche juridique ? Ou plutôt, peut-il s'en contenter ? Il ne le semble pas. Le but de toute science est la connaissance (14), et pour être scientifique, la recherche comparative doit être rigoureuse. Or, elle va se heurter dès l'abord à des difficultés de méthode le plus souvent nouvelles : outre le grave problème des traductions, sur lequel on s'est légitimement et longuement étendu (15), la diversité des concepts, des structures et des raisonnements juridiques va dérouter le chercheur. Le danger existe alors de tout examiner à l'aune d'une référence connue, c'est-à-dire nationale ; et pour peu qu'une tendance, naturelle à certains, conduise à l'ériger en modèle, il n'y aura bientôt plus de vrai droit qu'écrit, ni de vraie démocratie que parlementaire.

Le droit comparé ne peut se ramener à une méthode, encore moins à une méthode unique. Dans une première étape, il utilise nécessairement les instruments classiques de la recherche juridique ; mais en quelque manière il les déborde, car il ne peut s'en satisfaire au risque d'altérer sa qualité scientifique. Cette exigence est d'autant plus fondée que son domaine s'élargit à d'autres systèmes de droit (16). Au cours de l'étape suivante, la méthode varie selon l'auteur de la comparaison et les buts qu'il poursuit. Elle apparaît ainsi diverse, dans ses modalités et dans ses fins,

(13) R. Sacco les qualifie de "formants", c'est-à-dire d'ensembles de normes composant l'ordre juridique applicable (in *La connaissance juridique*, op. cit., p. 33 et s.).

(14) "La fonction primordiale de la comparaison juridique -comme celle de toutes les méthodes scientifiques- est la connaissance". K. Zweigert et H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, 2e ed. 1984, t. I, p. 16-17 (traduction anglaise : *Introduction to comparative law*, Clarendon Press, Oxford, 2e ed. 1992).

(15) Par ex. M. Beaupré, I. Kitamura et al., "La traduction juridique" in *Les cahiers du droit*, XXVIII, 1987, Québec et Montréal ; R. Sacco, *La comparaison juridique...*, op. cit., p. 17-32 ; P. Legrand, "Comparer", in R.I.D.C. 1996 n° 2 p. 310-313.

(16) Lorsqu'une partie du droit applicable est d'origine divine, comme dans l'Islam par exemple, il est difficile au juriste d'appliquer la même méthode d'interprétation que pour tout autre texte législatif émanant d'un Parlement national ; cf. F.-P. Blanc, *Le droit musulman*, Daloz, 1995, et N. Coulson, *Histoire du droit islamique*, P.U.F., 1995.

et l'on comprend aisément qu'aucune définition théorique n'ait pu réunir à ce jour l'adhésion de tous les juristes.

La recherche comparative est donc diverse, d'une diversité qui se manifeste dès les questions préalables que soulève toute vraie science du droit : quel droit observer ? quels concepts utiliser ? quelle culture juridique intégrer ? Il importera seulement ici d'effectuer un repérage sommaire et significatif, pour manifester la richesse et les enjeux qu'empporte avec lui le droit comparé.

I - À LA RECHERCHE DU DROIT

Le droit comparé doit d'abord définir son objet. Aussi la connaissance d'un droit étranger suppose-t-elle avant toute autre démarche une réflexion épistémologique : comment connaître ce droit ? Ensuite seulement, le comparatiste pourra se demander où le découvrir, c'est-à-dire : quelles sont les sources de ce droit (17) ?

A ces questions simples, le chercheur d'un pays occidental répondra aisément que le droit qui existe est l'ensemble des diverses lois et des textes administratifs qui en découlent, habituelle pyramide kelsénienne des normes positives couronnée par la constitution. Il ajoutera les textes internationaux qui sont applicables dans son pays, soit directement (comme les règlements de l'Union européenne), soit à la suite d'une ratification dans les systèmes où prévaut le dualisme juridique. Enfin, il complètera ce corpus avec la jurisprudence qui l'applique et l'interprète en le sanctionnant. A partir de ces données, il pourra énoncer le principe que le droit, c'est la loi, c'est-à-dire l'expression formelle de la volonté des autorités publiques habilitées à créer des normes sociales obligatoires et à les mettre en œuvre. Pour les connaître, il suffira de consulter les recueils officiels ; et si l'on veut poursuivre la recherche, on s'intéressera aux travaux préparatoires, accessoirement, aux commentaires de la doctrine.

Cette évidence rationnelle fonde le principe de légalité. Or celui-ci n'a pas exactement le même contenu partout. Dans les pays de *common law* par exemple, la hiérarchie des normes est quelque peu inversée (18) et le principe de légalité, s'il n'apparaît pas au théoricien français du droit fondé sur une structure identique de normes, a des exigences au moins aussi fortes pour le praticien du droit anglais. Quant à ajouter qu'un pays sans constitution écrite n'est pas un véritable État de droit, cette remarque typiquement "romano-germanique" (19) fera courtoisement sourire le législateur britannique, canadien ou israélien. Tout autant, le citoyen de l'U.R.S.S. a pu longtemps mesurer la portée réelle d'un État de droit pourtant formellement constitué dans son pays, preuve s'il en était besoin de l'insuffisance que manifeste ici le seul critère formel du droit.

Il est tout aussi évident pour le législateur japonais ou indien, et pour le praticien du droit de ces pays, que la loi étatique n'y représente qu'une partie du droit effectivement appliqué. Au Japon, par exemple, force est de reconnaître l'existence de deux droits et deux juridictions : "Deux droits : le droit reçu, le droit

(17) Dans son *Épistémologie juridique*, Coll. Droit fondamental, P.U.F., 1985, C. Atias observe que l'importance donnée à cette question dans la doctrine du XX^{ème} s. suppose le renoncement corrélatif à tout critère matériel du droit (p. 14-15).

(18) Si le juriste moyen connaît bien la place privilégiée du *case law*, jurisprudentiel, par rapport au *statute law*, le droit d'origine législative, il sous-estime habituellement la donnée fondamentale que constitue la *legal rule*. Cf. R. David, *Les grands systèmes*, op. cit., p. 292-294 ; J.A. Jolowicz (dir.), *Droit anglais*, Dalloz, 2^e ed. 1992, p. 45 et s.

(19) Selon la catégorisation propre à R. David, et qui n'est pas exactement reprise par ses éminents collègues R. Rodière (qui préfère le système de *civil law*) et Zweigert et Kötz (qui traitent des droits romanistes).

officiel étatique, qui ressemble beaucoup au droit occidental, et le droit propre, le droit coutumier, vivant, qui dérange les observateurs européens. Deux juridictions : la juridiction étatique qu'on pourrait trouver en n'importe quel pays occidentalisé, et la juridiction de conciliation où même les magistrats conseillent aux parties au litige de déroger au droit officiel pour prendre la coutume comme norme de solution *ad hoc* de litiges." (20). La situation en Inde est encore plus complexe, où à côté du droit étatique s'appliquent aussi droits coutumiers et droits religieux. Il y aurait pour le comparatiste une facilité trompeuse à établir entre ces droits une hiérarchie de type occidental (propre en fait à quelques pays), satisfaisante pour les constructions doctrinales, mais erronée quant à la rigueur de l'observation scientifique du phénomène juridique.

Puisque la loi étatique (avec son application jurisprudentielle et son explicitation doctrinale) n'épuise pas la réalité du droit étranger existant et appliqué, la recherche de ce droit -si elle se veut objective et complète- s'orientera aussi vers des lieux nouveaux : traditions, coutumes, livres sacrés, etc., qui exigent d'autres méthodologies adaptées à leur objet, et qui visent cependant bien le droit, même si elles relèvent de la sociologie (21), de l'ethnologie ou de l'anthropologie juridiques (22). Cette démarche est indispensable pour connaître le droit existant, celui que connaît et qu'utilise le praticien du droit. Dans de nombreux pays, par exemple héritiers d'une grande civilisation ou anciennement colonisés par l'Occident (23), les citoyens savent bien que leur statut personnel et familial, que leurs droits et leurs libertés, que leur activité professionnelle et politique, sont déterminés, limités ou garantis par des règles positives connues d'eux et effectivement sanctionnées (24), et que le droit émanant des organes de l'État n'en représente qu'une partie souvent résiduelle. La connaissance juridique peut ne considérer que ce dernier ensemble de normes, au nom d'une définition théorique du droit en forme de postulat. Le législateur et le praticien du droit peuvent-ils s'en contenter ?

II - LA RELATIVITÉ DES CONCEPTS JURIDIQUES

Les concepts sont un instrument essentiel de la recherche juridique, et en particulier de la recherche comparative : contrat, personne morale, responsabilité, etc.. Ils permettent de dégager des catégories, d'élaborer des principes et des doctrines. Dès qu'il déborde le cadre national, le juriste constate vite qu'il n'existe guère de correspondance entre les concepts utilisés dans des pays différents : les tribunaux administratifs français, par exemple, n'ont guère de rapport avec les *administrative tribunals* anglais (25) ; de même, le concept anglo-saxon de *trust* est

(20) I. Kitamura, "Brèves réflexions sur la méthode de comparaison franco-japonaise", in R.I.D.C., 1995 n° 4, p. 866. La remarque porte principalement sur le droit civil et commercial. Le meilleur ouvrage demeure celui de Y. Noda, *Introduction au droit japonais*, 1966.

(21) C. Atias regrette qu'"un affaiblissement de la théorie juridique (donne) aux sociologues le sentiment de devoir combler une lacune" (in *Épistémologie juridique*, op. cit., p. 60).

(22) Un des meilleurs ouvrages en la matière est celui de N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Coll. Droit fondamental, P.U.F., 1988.

(23) On se reportera avec intérêt aux développements que E. Agostini consacre aux anciennes colonies françaises de l'Afrique noire, in *Droit comparé*, Coll. Droit fondamental, P.U.F., 1988, p.263-267.

(24) Contracter avec l'un des Émirats Arabes-Unis, fusionner avec une société chinoise, protéger un brevet industriel en Ukraine ou créer un journal au Soudan : le praticien du droit qui ne considérerait que le droit étatique en découvrirait aussitôt les limites.

(25) Il s'agit de juridictions de type professionnel, ayant une compétence d'exception pour connaître de certains litiges opposant des particuliers à l'administration (en matière d'éducation, de circulation routière ou de crédit à la consommation, par exemple) ; elles ont chacune leur procédure, et ne constituent pas un ordre juridictionnel distinct, bien qu'exerçant sous le contrôle de la *High Court*. Cf.

peu transposable en France, tout comme celui de *Staatsgewalt* consacré par la loi fondamentale allemande (26).

Un danger guette le comparatiste, celui d'analyser la réalité juridique étrangère à travers le prisme conceptuel de son propre pays, qu'il tendra même parfois, inconsciemment, à universaliser au motif qu'il est rationnel, ou tout simplement parce qu'il paraît le meilleur au regard d'une échelle particulière de valeurs (27). Pour conserver à la recherche comparative sa qualité scientifique, il importe de respecter l'autonomie des concepts (28). Le concept de souveraineté en fournira une bonne illustration : cette notion fondamentale du droit public français se retrouve-t-elle à l'identique en Allemagne par exemple, c'est-à-dire dans un pays voisin au plan de la géographie et de la culture juridique ?

La première approche est d'ordre linguistique. Il existe en allemand le même terme de *Souveränität* ; mais il serait simpliste de considérer que l'identité des termes recouvre une identité de signification. Tout d'abord parce que ce mot n'est apparu en Allemagne qu'au XVIII^e siècle, qu'il est une importation directe de France chargée du sens que Jean Bodin venait de lui donner (29), et qu'aujourd'hui encore, ce mot d'origine étrangère véhicule une signification étrangère à la tradition juridique et politique allemande. Ensuite, parce qu'il existe en allemand d'autres termes qui expriment, sinon la même réalité, du moins une réalité approchante : *Herrschaft*, *Landeshoheit* -et plus récemment *Hoheit*- et *Staatsgewalt*, chacun de ces termes correspondant à un concept particulier. Il n'est donc pas surprenant que les éléments classiques de la souveraineté à la française se conjuguent différemment en droit allemand.

Jean Bodin a profondément marqué la doctrine française en liant la souveraineté et l'État : il n'est pas de véritable État qui ne soit souverain, et il n'est pas de véritable souveraineté qui ne soit étatique (30), absolue et indivisible. Or cette théorie, pour rationnelle qu'elle fût, n'en restait pas moins française et ne correspondait pas à la situation juridique de l'Empire, dans lequel la puissance publique était partagée entre l'empereur, les États de l'Empire, les Princes, les villes libres, etc., bref, ce "corps irrégulier et semblable à celui d'un monstre" que dénonçait Pufendorf (31). Ce n'est qu'un siècle et demi après Bodin que son concept fut en partie reçu en Allemagne (32) : il justifiait le renforcement du pouvoir de certains Princes dans leurs États, et réduisait d'autant les compétences de l'Empire.

H.R. Wade et C.F. Forsyth, *Administrative law*, Clarendon Press, Oxford, 7^e ed. 1994, p. 909-910 ; J.A. Jolowicz, *Droit anglais*, op. cit. p. 371, et P.P. Craig, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, Londres, 1983, p. 159 et s.

(26) Art. 20 § 2 de la loi fondamentale du 23 mai 1949. Cf. I. von Münch et P. Kunig (dir.), *Grundgesetz-Kommentar*, Ed. C.H. Beck, Munich, 4^e ed. 1992, p. 1054-1056 ; Th. Maunz et R. Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, Ed. C.H. Beck, Munich, 27^e ed. 1988, p. 101.

(27) Cette démarche s'apparente -paradoxalement- à celle du droit naturel, qui tend à formuler des normes immuables et éternelles issues d'une Révélation, ou plus habituellement de la raison : cf. C. Atias, *Épistémologie juridique*, op. cit., p. 37-39, et R. Treves, *Sociologie du droit*, trad. fr. P.U.F., 1995, p. 22-23. On observera sans surprise que cette tendance à universaliser est plus commune dans les pays de tradition latine ou à forte tendance idéaliste.

(28) "Le respect de l'altérité ne se présente pas comme le résultat d'une recherche comparative : il en est le pré-requis". P. Legrand, "Comparer", art. préc., p. 295.

(29) Explication donnée par tous les grands dictionnaires de la langue allemande : *Duden*, Grimm, Kluge, etc..

(30) J. Bodin a fait œuvre novatrice pour consolider un pouvoir royal chancelant ; à cet effet, il a écarté bien des "souverainetés" traditionnelles qui correspondaient à des compétences particulières du roi : "souverain du Trésor", "cours souveraines", etc..

(31) in *De statu Imperii* (ch. 6 § 9), publié en 1667 sous le pseudonyme de Severinus Monzambano.

(32) Cf. Brunner, Conze et Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe* (art. "État et souveraineté"), Éd. Klett-Cotta, Stuttgart, 1990, t. 6.

A cet Empire qui disparaît après Austerlitz et la paix de Presbourg, Napoléon substitue une nouvelle structure, la Confédération du Rhin, composée d'États dont chacun jouit expressément de la plénitude de la souveraineté (33) ... sous le contrôle du "Protecteur" français !

Le Congrès de Vienne restaure en Allemagne une Union d'États (34), le *Deutsche Bund*, qui rassemble les "princes souverains" et les villes libres (35). Les différentes constitutions internes établissent ou confirment leur souveraineté, utilisant le terme *Souveränität* qui emporte avec lui la conception de Bodin. Car les États allemands s'inspirent en partie du modèle français d'un État unitaire, homogène et rationnellement organisé ; mais, en réalité, ils ne sont ni indépendants vis-à-vis de l'extérieur, ni entièrement maîtres à l'intérieur. Le subtil dessein de Metternich portera ses fruits : cette Union empêchera les États d'exercer une pleine souveraineté, dangereuse pour l'équilibre européen.

Les publicistes allemands du XIX^e siècle vont se diviser sur la notion de souveraineté. Tout au long de cette période, le dualisme séculaire entre les États et l'Empire prendra des formes nouvelles nécessitant un approfondissement doctrinal (36) : peut-il y avoir un État sans pleine souveraineté, qu'il s'agisse de l'Union (puis du *Reich* à partir de 1871 (37)) ou des membres ? La théorie d'une souveraineté partagée étant largement contestée (38), c'est la distinction originale entre puissance étatique (*Staatsgewalt*) et souveraineté qui prévaudra (39) : l'Union et ses membres sont des États en ce qu'ils sont investis de la puissance étatique, même s'ils ne disposent pas d'une souveraineté entière et absolue (40). Les caractères essentiels de la *Staatsgewalt* sont, d'après Jellinek : une organisation propre, établie par un pouvoir constituant ; des lois particulières ; toute une organisation administrative et judiciaire spécifique ; enfin, un large domaine de compétence autonome. Quant à la souveraineté, "elle est la capacité d'auto-détermination juridique exclusive" : seul l'État souverain est donc totalement libre de fixer sa compétence et de se donner des

(33) Art. 1, 4, 17, 18, 19, 20, 22 et 26 de l'Acte de la Confédération du Rhin, signé à Paris le 12 juillet 1806.

(34) Qualifiée en toute rigueur de termes de *Staatenbund*.

(35) Préambule des *Deutsche Bundesakte* du 8 juin 1815 et art. 1 de l'Acte final de Vienne, du 15 mai 1820, textes in *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, E.R. Huber (dir.), Ed. Kohlhammer, Stuttgart, t. 2, 1961.

(36) Sur les aspects constitutionnels de l'histoire allemande considérée, se reporter notamment à D. Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Ed. C.H. Beck, Munich, 1990 ; E. Forsthoft, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart, 4^e ed. 1972 ; sur la question précise de la souveraineté, voir l'excellent ouvrage de H. Quaritsch, *Staat und Souveränität*, Ed. Athenäum, Francfort, 1970, complété par un autre plus bref, *Souveränität*, dans *Schriften zur Verfassungsgeschichte*, t. 38, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

(37) Avec la création du *Norddeutscher Bund* le 16 avril 1867, la structure constitutionnelle de l'Allemagne s'inverse : l'Union d'États (*Staatenbund*) devient un État unissant d'autres États (*Bundesstaat*) qui, en 1871, sera élargi à d'autres membres et qualifié d'Empire.

(38) La théorie de la souveraineté partagée avait été exprimée pour la première fois en Allemagne par Ludolph Hugo, in *De statu regionum Germaniae*, en 1661, après les traités de Westphalie ; elle se déploie au XIX^e siècle, en France (cf. Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, ch. 8), en Suisse et surtout en Allemagne avec R. von Mohl et H. von Treitschke.

(39) Les plus illustres représentants en sont G. Jellinek (par ex. in *Allgemeine Staatslehre*, 1900, p. 435-503) et P. Laband, qui précise notamment que le *Reich* est souverain en ce qu'il assemble en un corps unique la souveraineté de chacun des 25 États membres (*Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Ed. Mohr, Tübingen, 5^e ed. 1911, p. 101).

(40) Ce partage concerne autant la souveraineté interne (fiscale, etc.) qu'internationale : le royaume de Bavière par exemple disposait à l'étranger d'une véritable représentation diplomatique, en même temps que l'Empire allemand lui-même.

limites, l'État non-souverain ne se déterminant que dans la sphère de compétence qui lui est reconnue (41).

Des éléments de cette doctrine seront aisément et clairement repris par l'actuelle République fédérale (42) : la loi fondamentale ne fait en effet aucune référence à la *Souveränität*, seulement à la *Staatsgewalt* (43) et, accessoirement, à l'ancienne *Hoheit* (44). Autant conclure que le concept cher à Bodin n'arrive décidément pas à s'acclimater en Allemagne.

Est-ce à dire qu'aujourd'hui ce pays n'est pas un État, ou qu'il n'est pas souverain ? Après le Traité d'Union du 31 août 1990 et les divers textes internationaux et nationaux qui s'y rattachent, il faudrait un comparatiste bien naïf pour l'affirmer. A moins que doué d'une superbe doctrinale, il ne cède à la facilité de l'ethnocentrisme juridique. Mais alors, la recherche comparative perdrait son caractère scientifique, qui exige à la base le respect objectif du droit observé, et donc une rigoureuse démarche inductive qui part d'un constat matériel pour s'élever aux principes. Le théoricien du droit et le législateur auront garde d'oublier que les concepts juridiques, même les plus communément admis, apparaissent en droit comparé singulièrement relatifs.

III - L'IMPORTANCE DE LA CULTURE JURIDIQUE

Enseigner à l'étranger le droit français des collectivités locales provoque inévitablement des réactions de surprise : toutes les communes de France (45) ont-elles vraiment la même organisation et les mêmes compétences ? Toute la fonction publique territoriale est-elle vraiment soumise au même statut ? Ce qui paraît clair et nécessaire pour un Français (46) ne l'est guère pour un Néerlandais ou un Américain. Inutile de chercher dans une bibliothèque britannique un ouvrage sur le droit des collectivités locales comparable à ceux qui existent en France (47) : les principes d'unité et d'uniformité ne s'imposent que dans certains pays encore marqués par la tradition romaine (48) ou régis par une forte idéologie.

Il importe peu au praticien du droit, juge, juriste ou citoyen, de s'interroger sur les causes de ces principes ; d'ordinaire, il lui suffit d'en connaître les modalités positives d'application. Par contre, le législateur et le théoricien du droit devront aller plus loin et rechercher pourquoi, dans une société donnée, à un moment donné, on applique de tels principes. Connaître n'est qu'un stade préliminaire ; ils cherchent aussi à comprendre.

Dans cette perspective, le comparatiste rejoint aussitôt l'interrogation de la doctrine, qui se demande depuis près d'un siècle si la science du droit doit ou non être "purifiée" des autres éléments (historiques, sociaux, idéologiques, etc.) qui déterminent sa création, son interprétation et son application. Faut-il en effet

(41) Jellinek, op. cit., p. 495.

(42) Cette analyse peut bien sûr être étendue à toute structure fédérale.

(43) Art. 20 al. 2 : "*Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus*". On notera l'embarras significatif du traducteur officiel de l'Office de presse et d'information du gouvernement fédéral : l'édition de 1982 traduisait : "La souveraineté émane du peuple" ; celle de 1992 est plus rigoureuse : "Tout pouvoir d'État émane du peuple".

(44) Les art. 23-1, 24-1, 24-1a et 24-2 traitent des *Hoheitsrechte*, traduits (ibid., ed. 1992, addendum 1993) par : "droits de souveraineté".

(45) Sauf, bien sûr, Paris, Lyon et Marseille.

(46) Ayant foi dans son caractère rationnel, il en fera un principe généralisable. Le droit naturel, du moins celui que nous héritons du XVIII^{ème} siècle, ne serait-il pas mort ?

(47) C'est tout le mérite d'un ouvrage tel que celui de J. Ziller, *Administrations comparées*, Domat-Montchrestien, 1993, qui analyse en détail la diversité des situations dans l'Europe des Douze.

(48) Encore faudrait-il apporter des nuances pour l'Espagne et l'Italie.

privilégier le monde abstrait des concepts, cher aux théoriciens du droit, ou le monde concret, celui de la vie réelle des citoyens, et donc des praticiens du droit ? La réponse dépendra en grande partie de la catégorie à laquelle appartient celui qui l'apporte : une "théorie pure du droit" (49) conviendra mieux à un géant de la doctrine qu'au juriste d'entreprise chargé d'évaluer les chances d'un recours contentieux à l'étranger ; de même un législateur sera très attentif à l'opportunité et à l'efficacité de mesures sociales, par exemple, tout comme les citoyens auxquels elles seront destinées.

Au seuil des premières recherches comparatives, le grand juriste français de Laboulaye déclarait : "Quand nous étudions les législations étrangères, nous n'allons pas simplement chercher quelques points de comparaison plus ou moins intéressants. Nous cherchons les principes qui président à telle loi, nous sommes amenés à (...) remonter aux principes de notre législation ; nous faisons là (...) une étude de morale, de politique, dans le sens élevé du mot. (...) La comparaison des lois étrangères est une étude de législateur bien plus encore que de juriste ; mais il n'y a de bon juriste que celui qui sait remonter jusqu'à l'esprit des lois." (50).

A la même époque, R. von Jhering invitait les juristes allemands à élargir leurs recherches aux origines du système juridique étudié et aux fins vers lesquelles il tend (51). De même pour E. Ehrlich, la norme juridique était conditionnée par la société : "Le centre de gravité du développement du droit ne se trouve pas dans la législation, ni dans la science juridique, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même." (52). Une nouvelle discipline affleure, la sociologie juridique, qui enrichit la science du droit même lorsque celle-ci la repousse vers des sciences dites sociales.

De grands noms vont cependant revendiquer en France une certaine unité de la recherche. F. Gény, par exemple, refuse de séparer l'interprétation du droit positif des phénomènes sociaux qui le déterminent (53). En droit public, L. Duguit considère la science juridique comme une science sociale (54), et M. Hauriou analyse le droit comme le produit des institutions de la société (55). Mais aujourd'hui encore, ces approches ne suscitent pas l'unanimité, et la science juridique se protège volontiers de tous autres éléments qu'elle juge exogène.

En droit comparé, il est imprudent pour un théoricien d'écarter ces autres éléments, parce qu'ils évitent les erreurs d'appréciation en dévoilant la vraie signification et la portée effective des règles juridiques. Même le praticien du droit, dans une certaine mesure, a besoin de comprendre les origines, la valeur sociale et les risques d'évolution d'une règle de droit qu'il lui faut appliquer. A plus forte raison le législateur. Pour chacun de ces juristes, connaître une règle est important ; savoir qu'elle ne s'applique pas ou qu'elle n'est pas sanctionnée ne manque pas non plus d'importance : quel jugement porter sur la fiscalité locale italienne, magnifique construction juridique dont l'efficacité marginale est remarquablement faible ? La

(49) On aura bien sûr reconnu H. Kelsen et l'analyse qu'il propose dans ses *Reine Rechtslehre*, 1934 (traduction française de Ch. Eisenmann : *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962).

(50) Cité par H.A. Schwartz-Liebermann von Wahlendorf, op. cit., p. 13 ; ce discours a été prononcé en 1869, après l'élection de Laboulaye à la présidence de la Société de Législation comparée.

(51) Notamment in *Der Kampf um's Recht*, 1^{ère} ed. 1872 ; traduction française : *La lutte pour le droit*, 1890.

(52) In *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913 ; cité par R. Treves, op. cit., p. 107-108.

(53) Cf. *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 1^{ère} ed. 1899.

(54) Cf. *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901.

(55) Cf. *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, 1933.

constitution soviétique de 1977 contenait aussi un magnifique catalogue de libertés "réelles" (56), dont les dissidents ont pu mesurer dans leur chair l'effectivité.

Intégrer l'histoire est, pour ainsi dire, indispensable au comparatiste. Si les institutions néerlandaises répugnent à tout exécutif qui se distingue trop d'un conseil ou d'une assemblée, c'est que les expériences malheureuses du XVI^{ème} et du XVII^{ème} siècles restent un héritage inconscient, mais bien vivant (57). Si l'Italie dispose aujourd'hui d'une organisation quasi-fédérale, celle-ci profite d'abord à cinq régions qui ont conservé bien vivantes d'incontestables spécificités, notamment linguistiques. Enfin, comment peut-on commenter et apprécier objectivement la constitution de n'importe quel État sans évoquer les précédents dont elle est le fruit ni les espérances qu'elle porte ?

En plus de l'histoire et des méthodes qui lui sont propres, une vraie recherche comparative ne peut faire l'économie des données sociales, culturelles et politiques. Le droit de propriété n'a pas le même régime juridique en France que dans certains pays d'Afrique qui connaissent surtout la propriété familiale ou collective (58), qu'en Chine où les principes communistes s'accommodent de pratiques capitalistes, et qu'en Angleterre où les démembrements de ce droit sont plus complexes qu'ailleurs (59). La liberté de religion et de culte, plus que toute autre liberté fondamentale sans doute, exprime ce rapport intrinsèque du droit et de la société qui l'a produit (60).

On pourrait même ajouter que, plus la culture du pays étudié s'écarte de celle de l'observateur, et plus celui-ci doit l'intégrer dans son analyse juridique. A l'occasion des 4^e Journées juridiques franco-japonaises consacrées à la recherche comparative entre ces deux pays (61), un universitaire japonais déclarait : "Le droit fait partie intégrante d'une société et de sa civilisation. Il est conçu en une langue différente et fait pour régir des relations humaines différentes. L'assimilation par la traduction n'étant qu'apparente et conventionnelle, le droit ne peut échapper à son caractère foncièrement national et enraciné dans la culture, dans l'histoire, dans la religion, dans les caractéristiques de ses justiciables" (62).

La place de la culture juridique dans la recherche comparative dépendra toutefois du projet poursuivi : soit la compréhension de l'esprit général et du type du droit étranger considéré (c'est-à-dire une "macro-comparaison"), soit la connaissance des solutions concrètes de questions particulières (c'est-à-dire une "micro-comparaison") (63). Le premier projet impose une vision globale qui inscrit le droit étranger dans son contexte pour lui donner valeur et sens ; c'est habituellement l'approche du législateur et du théoricien du droit. Le second est d'une exigence moindre en ce qu'il privilégie la connaissance concrète du droit applicable ; il est davantage la préoccupation de celui qui pratique le droit étranger, juriconsulte ou citoyen. La frontière entre ces deux types de projet n'est cependant

(56) Constitution du 7 octobre 1977, art. 39-58.

(57) Cf. Ch. de Voogd, *Histoire des Pays Bas*, Hatier, 1992, notamment p. 67-117.

(58) E. Agostini analyse, pour l'Afrique noire, la difficile adaptation à un droit occidentalisé d'une propriété traditionnellement rattachée à la famille et à son ancêtre éponyme (*Droit comparé*, op. cit., p. 265 et s.).

(59) Que l'on songe au *life estate*, à l'*estate in fee tail* et à l'*estate in fee simple*, par exemple (cf. J.A. Jolowicz, *Droit anglais*, op. cit., p. 207-219).

(60) Cf. J.B. d'Onorio, *La liberté religieuse dans le monde*, Éd. Universitaires, 1991.

(61) Journées organisées à Tokyo en mai 1994 par la Société franco-japonaise de science juridique et la Société de Législation comparée.

(62) I. Kitamura, dans son rapport publié in R.I.D.C., 1995 n° 4, p. 862.

(63) Selon la distinction proposée par le célèbre comparatiste allemand K. Zweigert dans son introduction à l'article *Rechtsvergleichung* du *Wörterbuch des Völkerrechts* de K. Strupp et H.J. Schlochauer, vol. 3, Berlin, 1962.

pas étanche, ce qui minimise la portée d'une approche juridique exclusivement textuelle ou jurisprudentielle.

Non, le droit comparé ne se réduit pas à une méthode ; il ne se ramène pas non plus à une discipline juridique ordinaire. Il tire son originalité d'une approche qui doit pallier l'insuffisance des instruments habituels du juriste, et de la nature particulière de son objet qu'il doit définir. S'il veut en effet prétendre au statut de science, il doit se mettre à l'école des faits plus qu'à l'application des modèles, ce qui le conduit inévitablement à une interrogation fondamentale sur le droit.

Pour être scientifique, toute analyse suppose un appareil théorique préalable dont l'adéquation au système étudié conditionne la qualité. En droit comparé, cette exigence d'adéquation est déterminante en raison de la diversité des objets d'étude. Aucun traité français, allemand ou italien de droit constitutionnel n'oserait une impasse sur la théorie de l'État, omission que commettent aisément les constitutionnalistes anglais pour qui l'État en tant que tel n'existe guère. De même, il arrive que les présentations étrangères d'un droit national ne correspondent guère à celles des juristes du pays : que l'on se rappelle les anciens droits communistes d'Europe et leurs appréhensions divergentes ! Enfin, comment adapter au Soudan ou à la Chine la pyramide des normes positives, sauf à dire qu'une mystérieuse loi de progrès fera tendre ces pays vers cette structure présentée comme un idéal universel ? En réalité, les meilleurs instruments du comparatiste sont à prendre dans le pays étudié - ce qui exige parfois de lui un intense effort d'adaptation et de compréhension ; autant dire que son travail sera plus facile et plus sûr avec des systèmes proches, plus ardu et plus risqué dans les autres cas.

Toute comparaison suppose aussi la connaissance préalable des droits à comparer. Le comparatiste observe, analyse et interprète un droit étranger selon sa propre conception du droit ; cette approche méthodologique est non seulement naturelle, mais aussi légitime et nécessaire. Pour être pleinement satisfaisante, la recherche doit cependant couvrir tout le droit étranger qui s'applique au citoyen ; car le droit officiel, étatique, n'est pas toujours le droit réel. Sinon, un choix est opéré : même justifié par des considérations théoriques, il est réducteur et ne traduit plus exactement toute la réalité. Ce faisant, le comparatiste inverse la méthode qui, d'inductive qu'elle doit être, devient déductive à partir de prémisses extérieures au pays concerné ou partagées par une élite généralement formée ... dans son propre pays ou sous son influence ! Le praticien du droit n'est pas non plus à l'abri de ce défaut de méthode, lorsqu'il minimise à l'excès les règles théoriques. Richesse de la matière à étudier, qui bouscule inévitablement le juriste français formé à l'idéal de l'unité du droit.

La vraie recherche comparative n'a-t-elle pas une vocation encore plus large ? Montesquieu déjà, comparatiste illustre - à défaut d'être toujours bien informé - suggérait finement que des lois qui paraissent identiques n'ont pas forcément le même motif ni le même effet, ou sont parfois réellement différentes, tandis que d'autres lois qui semblent contraires dérivent quelquefois du même esprit (64). Le droit dévoile en effet toute sa lumière quand il n'est pas coupé de la vie dont il procède et qu'il informe à son tour. Cette vie est assimilée par lui, elle prend donc la même nature que lui : la science juridique ne s'égare pas ; elle ouvre excellemment à l'art politique. N'est-ce pas un apport essentiel de la recherche comparative que d'aider à manifester la plus noble fonction du droit ?

(64) *De l'Esprit des lois*, 4^e partie, livre XXIX, chapitres 6, 8, 10 et 12.