

Jordane ARLETTAZ.

Si les spécialistes s'accordent pour situer la naissance du droit comparé comme discipline académique vers le milieu du XIXe siècle, la comparaison est en réalité une opération intellectuelle aussi vieille que la pensée juridique. « *Penser, c'est comparer* » ; cette formule, prêtée à l'industriel allemand Walter Rathenau, vise ainsi à affirmer que la comparaison est « *une activité à la fois naturelle et nécessaire pour tout être doté de raison* »[1]. Comparer est donc une évidente faculté et s'agissant du champ du droit constitutionnel en particulier, la comparaison a pu paraître d'une évidente nécessité : de la classification des régimes comme produit de la comparaison chez Aristote[2], à l'expérience *De la démocratie en Amérique* d'Alexis de Tocqueville en passant par l'étude comparée des institutions de Jean Bodin[3] ou *L'Esprit des Lois* de Montesquieu, l'analyse constitutionnelle n'a jamais vraiment connu de frontières[4] en même temps que la recherche du Gouvernement idéal s'est toujours nourrie de précédents étrangers. Mais il faut immédiatement observer que, « *aussi surprenant que cela puisse paraître, les juristes ont tardé à s'interroger sur ce qu'ils font quand ils comparent, comme si cette opération allait de soi* »[5]. Peut-être est-ce précisément parce que cette opération « *allait de soi* », que les juristes ne se sont pas empressés de questionner cette expérience de pensée. La science des droits présupposant un art de la distinction, elle impliquait la comparaison des droits, laquelle était en mesure de livrer des certitudes sur les mérites comparés des régimes politiques. Ce qui ressortit au naturel ne souffrait aucune interrogation... Et, jusqu'à ce que le scepticisme gagne ce qui se réclamait de la Nature, la comparaison et le paradoxe pouvaient sembler étrangers l'un à l'autre. Ce n'est plus le cas. La question épistémologique posée par les positivismes a ouvert une période d'interrogations encore inachevée qui laisse entrevoir quelque intimité entre le comparatisme juridique et le paradoxe.

Le paradoxe peut recouvrir deux significations. Il peut d'abord désigner un fait, un évènement ou une affirmation contradictoire. Dans ce sens, le paradoxe s'apparente à une suite illogique, une aporie ou une impasse dans le développement d'une rationalité : une sorte d'anti-syllogisme, aux yeux d'un juriste. Selon la seconde signification, est dit couramment « paradoxal » ce qui diffère de « *l'opinion communément admise* »[6]. Le paradoxe n'est dès lors plus cette étrangeté qui affecte un raisonnement – processus intellectuel interne – mais se réfère ici à un sens commun partagé au sein d'une société donnée – écart de significations dans une relation d'extériorité. Appliqué au droit, le paradoxe peut ainsi viser la science juridique elle-même en affectant une théorie ou une démonstration juridique – sens 1 – ou au contraire exprimer, au sein comme en dehors de la communauté des juristes, une opinion sur le droit se distinguant de l'image généralement projetée sur celui-ci – sens 2. Pour autant, le droit ne se limite pas à rencontrer des paradoxes ; il en est aussi le créateur. Le droit étant affaire de volontés, volonté du législateur, volonté du juge ou volonté de l'agent public, il n'est en effet jamais à l'abri d'un paradoxe si bien que la propension ou l'aspiration des juristes, par leur esprit de système, à estimer paradoxal, les paradoxes juridiques, est en soi un paradoxe[7].

En philosophie du droit, le plus célèbre des paradoxes est sans doute celui prêté notamment à Alf Ross et connu sous le nom de « *paradoxe de l'omnipotence de Dieu* »[8]. Selon celui-ci, l'hypothèse d'un Dieu tout puissant, capable par cette omnipotence, de créer un rocher que personne ne pourrait soulever, pas

même lui-même, soulève un paradoxe et nécessite de repenser l'idée même d'omnipotence puisque, soit Dieu est tout puissant et il peut dès lors soulever le rocher – contradiction – soit il ne peut soulever le rocher et ne peut plus dès lors être qualifié de tout puissant. Cette métaphore conduit à démontrer comme à traduire le paradoxe en termes de « soit/soit », selon donc une logique alternative qui invite à reformuler les postulats de départ qui soutiennent un résultat paradoxal car le paradoxe naît d'une « série de propositions qui sont individuellement plausibles mais collectivement incohérentes »^[9].

Le droit comparé est particulièrement sensible à de telles interrogations. Il apparaît cependant moins sujet aux raisonnements sous forme d'alternatives qu'aux tensions ou aux ambivalences dites « constitutives », notamment en raison de son syncrétisme méthodologique (le « à la fois » plutôt que le « soit/soit »). Classiquement, il sera d'abord affirmé que le comparatiste, en confrontant des concepts forgés dans son propre système juridique, à l'analyse de systèmes étrangers, peut révéler certains paradoxes qui étaient jusque-là passés inaperçus. Mais le droit comparé est également soumis à son propre paradoxe : n'est-il pas paradoxal en effet de déconstruire le sens « communément admis » d'une règle ou d'une notion, après avoir déplacé son regard vers un système qui ne connaît pas, ou autrement, cette règle ou cette notion ? Le droit comparé est donc en soi un droit paradoxal, dont l'exercice permet par ailleurs d'identifier des paradoxes. Il n'est dès lors guère surprenant de noter que les travaux *en ou sur* le droit comparé usent fréquemment du terme de « paradoxe ». Il en va ainsi du récent ouvrage publié en 2024 par Yves-Marie Laithier, qui fera référence, sur *Le droit comparé*^[10]. En droit constitutionnel, le paradoxe évoque plus particulièrement celui soulevé par Guillaume Tusseau présentant les « *allers-retours aporétiques* » du comparatiste entre droit comparé et théorie générale du droit^[11]. Plus largement, le droit comparé peut être conceptuellement paradoxal en ce qu'il repose sur le principe même de la comparabilité selon lequel trop de ressemblance rendrait la comparaison inutile quand trop de dissemblance la rendrait impossible. La position du comparatiste est enfin elle-même paradoxale, engagé qu'il ou elle est, dans une approche de l'altérité qui doit à la fois comprendre l'autre – et donc utiliser son propre savoir, sans se projeter dans l'autre – sous peine de fausser le savoir. Paradoxal donc, le droit l'est surtout en tant que discipline (I.) ainsi qu'en tant que droit (II.).

I. Le droit comparé, une discipline paradoxale

Le paradoxe – Alors que le droit comparé connaît un renouveau académique dont atteste le foisonnement exponentiel des travaux et publications en cette matière depuis les années 2000^[12], perdure un ensemble d'interrogations mêlant questionnements ontologiques et épistémologiques qu'il était pourtant possible de penser comme désormais surmontés : la nature du droit comparé, ses méthodes, ses finalités et surtout le critère de la « comparabilité », font encore l'objet de nombreux travaux universitaires, tout particulièrement dans la littérature anglophone. La recherche comparative se développe donc et se déploie largement dans tous les champs juridiques, sur des thématiques de plus en plus diverses et englobant des sphères géographiques toujours plus variées, pendant que les débats doctrinaux d'ordre méthodologique suggèrent encore que le droit comparé ne saurait ni qui il est, ni ce qu'il fait. Comment la recherche comparative peut-elle proliférer en étant si peu assurée de ses fondations scientifiques ? Tant

par sa nature que pour son épistémologie, le droit comparé peut être saisi comme une discipline paradoxale.

Une nature paradoxale – Le droit comparé est-il du droit ? se demandait il y a quelques années Etienne Picard[13] ; le droit comparé est-il du droit étranger ? se questionnait Marie-Claire Ponthoreau[14] ; le droit comparé est-il théorie du droit ? s’interrogeait Otto Perfsmann[15] : qu’est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? sondait Elisabeth Zoller[16]. Il n’est guère difficile de mesurer le caractère fondamental de ces controverses et pourtant, certaines de ces diverses contributions, parmi de nombreuses autres, font aveu plus ou moins explicite, qu’il s’agit ici de traiter moins de problématiques qui questionnent leurs auteurs, que d’interrogations qui sont posées au droit comparé lui-même. Car paradoxalement, il est souvent exigé du comparatiste qu’il produise bien plus que le résultat d’une recherche comparative. Il est vrai que, tour à tour appréhendé comme une branche du droit, une matière, une discipline, une science[17], une méthode, la comparaison en droit cherche encore son « *statut* »[18]. Mêlant l’ontologie à l’épistémologie, le droit comparé ne serait ainsi pour certains qu’une méthode, condamnant le comparatiste à s’inscrire dans une méthodologie prédéfinie, à s’en expliquer et à ne pas s’en détourner. Si cette position doctrinale est désormais sans doute minoritaire, il est encore possible d’en trouver trace dans l’imaginaire comparatiste ou plus précisément, dans l’inconscient du non-comparatiste. Il est ainsi par exemple demandé au chercheur engagé dans une entreprise de comparaison de préciser la méthode lui ayant permis de suivre un processus intellectuel capable de l’extraire de tout ethnocentrisme, sous peine de suspecter la recherche d’être soit biaisée, soit folklorique soit emprunte de visée colonialiste. Traverser une frontière doit dès lors s’accompagner de longues justifications où se répètent à l’envi les mêmes rengaines, « *le comparatisme [faisant] toujours l’objet de controverses* »[19] : ces objets comparés étaient-ils comparables ? N’avez-vous pas projeté sur un système étranger, vos propres représentations ? L’une des spécificités du droit comparé est ainsi de subir les contraintes d’une foule d’interrogations dont il convient de préciser par ailleurs qu’elle s’adresse presque exclusivement au seul droit comparé ou au seul comparatiste, en d’autres termes, aux seuls travaux de droit comparé : tous les droits sont-ils comparables ? comment comparer ? pourquoi comparer ? quels Etats, systèmes ou modèles comparer ? Pourquoi avoir intégré tel système dans cette étude ? Pourquoi avoir exclu tel système de cette étude ? Ces interrogations peuvent évidemment paraître légitimes dès lors qu’elles ont partie liée avec l’exigence de rigueur voire de scientificité – présenter les outils épistémologiques qui ont présidé à une recherche[20]. Mais d’autres exigences réservées au droit comparé sont plus discutables quand elles suggèrent un *a priori* suspicieux comme lorsqu’il est souligné que telle comparaison pourrait avoir été menée sous l’égide d’un ensemble de biais, pareille suspicion n’étant jamais formulée à l’égard de recherches dont l’unique matériau serait, par exemple, la – seule – jurisprudence du Conseil d’Etat ou du Conseil constitutionnel français, alors même qu’il est possible de douter qu’elles aient été conduites sans le moindre biais.... La comparaison juridique est pourtant avant tout, comme tout produit d’un processus intellectuel, analyse juridique et ne diffère guère, sur ce point, des autres champs doctrinaux, s’il est communément établi que « *l’interaction de l’objet avec la connaissance que l’on en a n’est pas évitable lorsque, comme c’est le cas dans toutes les sciences humaines et sociales, les sujets de la connaissance participent à la formation de l’objet tout en en faisant eux-mêmes partie* »[21]. Si donc la comparaison est certes « *pour une bonne part une*

opération mystérieuse », elle peut néanmoins être dévoilée puisque, le comparatiste construisant son objet, il doit « rendre possible un contrôle sur la comparaison menée de manière à juger de sa pertinence »[22].

Si le droit comparé ne saurait être ramené à une simple méthode, est-il dès lors une discipline autonome ? La question peut sembler anecdotique ; elle ne l'est que partiellement. L'enjeu qui sous-tend la défense de l'autonomie disciplinaire du droit comparé repose en effet sur l'idée selon laquelle le droit comparé existerait en soi et que le droit civil comparé, le droit social comparé, le droit administratif comparé ou encore le droit constitutionnel comparé par exemple, n'en seraient que des déclinaisons, en d'autres termes, des applications. Il n'en est nullement ainsi, du moins en France. En ce que le droit comparé est avant tout une façon singulière de faire du droit, l'essentiel des travaux produits dans le champ du droit comparé sont le fruit de recherches menées par les spécialistes des diverses disciplines académiques qui structurent notre formation universitaire. Le terme de « comparatiste » n'est donc qu'une étiquette qui vient en qualifier d'autres, comme celles de publiciste, privatiste, civiliste ou constitutionnaliste. Le droit comparé épouse ainsi les frontières académiques qui distinguent d'abord le droit public du droit privé[23], bien que le tout puisse être en réalité subsumé sous la science juridique elle-même. Certes, cette approche du droit comparé pourrait subir la critique d'une spécialisation excessive des disciplines ou hyperspécialisation, au détriment de la construction d'un droit comparé en tant que science autonome. Pourtant, paradoxe de la spécialisation, le droit constitutionnel comparé comme contribution à la science constitutionnelle, pour prendre cet exemple, est sans doute moins spécialisé que le droit comparé comme science à part entière qui en éloigne, ce faisant, les autres disciplines.

Ceci n'altère en rien le fait que, au sein du droit comparé, le « droit public comparé présente [plus particulièrement] des difficultés liées notamment à l'importance des institutions »[24], contingence disciplinaire expliquant sans doute que, selon Boris Mirkine-Guetzévitch, « le droit constitutionnel comparé ne [soit] pas séparable de la science politique », la « logique juridique seule ne suffis[ant] pas à faire comprendre le rendement politique des institutions »[25]. Plus largement, « les publicistes s'intéressent avant tout au droit qui concerne l'Etat dans sa structure et ses fonctions. [...] Ils sont [ainsi] plus attentifs aux racines historiques et culturelles et, donc, aux caractéristiques nationales des droits que les privatistes »[26], justifiant peut-être, comme le suggère Elisabeth Zoller, l'existence d'une « méthode de droit public comparé »[27]. Dans le champ plus particulier du droit constitutionnel, cet ancrage de la comparaison dans l'histoire et l'évolution de la discipline elle-même est particulièrement prégnant. Travaillant un droit notionnel, un droit conceptuel, le constitutionnaliste comparatiste a entre ses mains les outils de la science juridique appliquée aux objets singuliers du droit constitutionnel - la souveraineté, la démocratie, la fundamentalité, la citoyenneté - dont il fait usage en comparant. Il est dès lors sans doute plus sensible que d'autres chercheurs à l'articulation entre droit comparé et théorie générale du droit et pratique ainsi des « allers-retours »[28] entre les notions et les règles juridiques qui en découlent ou, inversement, entre les règles juridiques susceptibles d'être au fondement d'une notion ou d'un concept, lorsqu'il s'agit de comparer des systèmes juridiques très éloignés dans leur histoire, leur représentation ou leur structure. De même, l'ancrage disciplinaire du droit comparé au détriment de son

autonomie scientifique permet de constater que le droit constitutionnel comparé, comme les autres, évolue en suivant les soubresauts de la discipline constitutionnelle elle-même. Si, comme le soulignait Etienne Picard, la comparaison est désormais plus largement le fait des constitutionnalistes que des administrativistes, c'est, expliquait-il, qu'il « *n'existe, en effet, plus beaucoup de doctrines du droit administratif comme il y en avait, la discipline se préoccupant désormais surtout des techniques instrumentales au service de fins [...]. Le cœur des débats semble avoir plutôt migré vers le droit constitutionnel, mais cela, tout de même, sans aucun monopole. [...] Il semble donc que les études comparatives aient tendance à se focaliser sur les disciplines qui comportent précisément des questions jugées comme fondamentales. Alors que ces études prospéraient assez abondamment autrefois en droit administratif, il apparaît qu'aujourd'hui ce soit plutôt en droit constitutionnel que se tiennent les débats de droit comparé consacrés à ces questions fondamentales* »[29]. De même, si le droit constitutionnel comparé a évolué, c'est, précise Elisabeth Zoller, parce les publicistes ont ajouté à l'étude institutionnelle[30], un intérêt pour l'individu, ce « *paradigme des privatistes* » : « *le centre de gravité [...] s'est déplacé. Ce n'est plus l'Etat mais les droits et libertés qui sont placés au premier plan* », rendant la comparaison des droits « *moins abstraite* » et en cela « *plus accessible* »[31]. Il pourrait être ajouté que ces mutations épousent celles du contentieux constitutionnel lui-même qui a fait des droits inscrits dans la Constitution, des droits justiciables et des jurisprudences constitutionnelles, de nouveaux objets de comparaison – y compris par les juges eux-mêmes[32]. Si l'importance quantitative de ces nouveaux champs de recherche peut laisser suggérer que les jurisprudences des Cours constitutionnelles ou suprêmes seraient moins ancrées dans un système – politique, contentieux, culturel – et donc plus comparables que les Constitutions elles-mêmes, cela peut pour le moins être discuté.

Une épistémologie paradoxale – L'histoire du droit comparé comme discipline académique a connu de nombreuses évolutions : des pionniers, militants et praticiens de la cause comparative, essentiellement dans le champ du droit civil, aux travaux visant à justifier la nécessité de la comparaison, jusqu'à la recherche de son fondement, construire une épistémologie de la comparaison devint un réel enjeu scientifique après la seconde guerre mondiale sans parvenir à faire consensus. Mais existe-t-il une épistémologie du droit comparé ou, plus justement, des épistémologies propres à ceux qui comparent ?

Défenseur de la consécration du droit comparé comme science, le maître italien de la comparaison, Rodolfo Sacco, a largement participé à faire du droit comparé dans son pays, une discipline particulièrement féconde. Pourtant, le droit comparé se pratique de manière singulière selon les doctrines nationales[33], témoignage du pluralisme comparatif qui soumet à discussion l'existence d'une science autonome du droit comparé, se différenciant de la science juridique. Carolina Cerda-Guzman a ainsi pu démontrer par exemple que le droit public comparé en Amérique latine se distinguait par « *l'importance de la culture juridique dans la comparaison des droits* » et par « *la nécessité d'identifier la singularité des droits nationaux* »[34]. Mais plus fondamentalement, au-delà des contextes académiques nationaux, s'il existe bien des courants épistémologiques en droit comparé, ils ne diffèrent rarement des épistémologies juridiques tout court. Il suffit pour s'en convaincre, de questionner les deux principales et irréconciliables approches du droit comparé[35], l'approche *fonctionnelle* d'un côté et l'approche *critique* de l'autre. La première, qui a essaimé au cours du XXe siècle avant de subir de multiples contestations[36], défend un

comparatisme fondé sur la fonction sociale que recouvre le droit. Konrad Zweigert en assura, avec d'autres, la postérité en proposant de déceler, par-delà la grande diversité des règles juridiques en vigueur dans des systèmes normatifs très différents, la fonction similaire assignée à ces règles dans une société donnée : la comparaison permet alors de découvrir « *des solutions identiques par des voies différentes* » selon l'intitulé de son article de référence paru en langue française en 1966 à la *Revue Internationale de Droit comparé*[37]. Répondant à l'exigence selon laquelle une science se définit notamment par une méthode, la méthode fonctionnelle a pu être pensée comme propre à la science comparative, en offrant l'incontournable *tertium comparationis*, ce troisième élément de référence permettant de comparer deux objets distincts et que représente donc chez Konrad Zweigert, la fonction sociale remplie par une règle juridique, une institution ou une notion. Pourtant, ce *tertium comparationis* n'est ni théoriquement neutre ni spécifique au droit comparé en ce qu'il repose sur une approche épistémologique du droit qui voit en celui-ci un outil d'ingénierie sociale, comme a pu le conceptualiser notamment Roscoe Pound et la *sociological jurisprudence* ou science sociologique du droit[38]. Critique d'un formalisme juridique excessif, l'approche sociologique et conséquentialiste de Roscoe Pound est donc avant tout épistémologie et ontologie du droit, dont la comparaison ou le comparatiste fonctionnaliste n'est pas détachable.

L'approche critique du droit comparé[39], qui invite notamment à prendre acte du fait que toute comparaison est relative et subjective, est de son côté certes plurielle mais comprend notamment l'approche culturelle du droit[40] comme moyen de briser « *l'impérialisme juridique occidental* »[41]. Relativiste, la comparaison critique permet également de dévoiler les divers stéréotypes à l'origine d'une mauvaise compréhension d'un droit étranger, proposant ainsi une recherche comparée à la fois différenciée et distanciée. Enfin, elle nécessite de prendre acte de l'idéologie qui irrigue tout système juridique et de ne point limiter son analyse aux seules règles de droit. Arrimée ainsi tant au courant *Law and culture* qu'aux *Critical legal studies*, l'approche critique du droit comparé n'est autre chose qu'approche critique du droit et en constitue une déclinaison ou application comme ont pu le faire les théories féministes du droit ou les études post-coloniales. En ce sens, sont transportées dans le comparatisme, tant par l'analyse fonctionnelle que par l'analyse critique, des ontologies et/ou épistémologies juridiques construites sans apport comparatif. Dès 1974, Léontin-Jean Constantinesco, qui a su résumer la méthodologie comparative dans une « *règle des trois C : connaître, comprendre, comparer* », affirmait dans son *Traité de Droit comparé* que « *le comparatiste parcourt les mêmes voies que les juristes nationaux et opère avec leurs méthodes mêmes, mais, cette voie, le comparatiste la parcourt avec un autre regard* »[42].

Ni épistémologie particulière, ni ontologie singulière, le droit comparé se pratique dans l'interrogation incessante de ses méthodes mais se construit et s'avère paradoxalement fécond. La comparaison juridique peut emprunter des chemins épistémologiques variés (interdisciplinarité, approches sociologiques du droit, positivismes normativistes ou réalistes...), parfois au profit d'une même recherche, lesquels sont autant de cadres théoriques d'analyse – du moment que leur cohérence interne est respectée – permettant au droit comparé d'apporter le tribut de ses explications, ses propositions juridiques transnationales, ses lois scientifiques, à la connaissance du droit. De la comparaison, naît en

effet un approfondissement par élargissement de la connaissance juridique et, par sa portée subversive, le droit comparé se trouve être aussi, dans ses résultats, un droit paradoxal.

II. Le droit comparé, un droit paradoxal

Une connaissance paradoxale – Si le droit comparé n'est pas une science autonome, il fait incontestablement progresser la science dès lors que le comparatiste est d'abord amené à développer une analyse réflexive qui, par l'étude des droits étrangers, peut prendre la mesure de la contingence de son propre droit. Ce qui pouvait apparaître comme une évidence juridique, se découvre alors, par la comparaison, comme propre à un système normatif délimité. Si cette relativité est le plus souvent présumée parce qu'intuitivement pensée, le droit comparé permet de la révéler et surtout de la démontrer. Mais en même temps, par l'approfondissement de l'étude, dans plusieurs ordres juridiques, des effets d'une disposition, de la signification d'une notion ou encore de la fonction normative d'une institution, la comparaison affine les concepts analytiques du droit par l'étude de systèmes juridiques différents[43]. Subversive[44] et donc paradoxale, la comparaison juridique peut en effet alternativement mener à déconstruire un discours doctrinal – une théorie *générale* du droit se révélant être une théorie *nationale* du droit – comme conforter le statut scientifique d'un tel discours dont la teneur se trouve vérifiée[45]. Sans aller jusqu'à conclure que « *la science du droit est toujours l'étude de tous les droits et que c'est la limitation au seul droit national qui est antiscientifique* »[46], la comparaison est un formidable outil de falsifiabilité, pour reprendre les termes de Karl Popper. Le droit comparé participe de la scientificité du savoir juridique en offrant confirmations provisoires ou réfutations aux doctrines juridiques.

Dans le cadre de correspondances pour partie publiées, Pierre Legrand interrogeait Rodolfo Sacco en 1995 en ces termes : « *quand vous dites que le comparatiste comprend mieux le droit italien que le juriste italien lui-même, vous avez en tête un comparatiste italien, n'est-ce pas ? Ou iriez-vous jusqu'à affirmer qu'un comparatiste allemand ou américain puisse, lui aussi, connaître le droit italien mieux qu'un Italien ?* » Et le comparatiste italien de répondre que « *le juriste hongrois, ou africain, ou socialiste, connaît certains détails du droit hongrois, africain ou socialiste que d'autres juristes ne connaissent pas. Mais le comparatiste qui n'est pas hongrois, ou africain ou socialiste remarque – dans les systèmes hongrois, africains, socialistes – des caractères, des contradictions, des tendances, des spécificités qui échappent aux juristes nationaux. Ceci est le cas pour les langues, ceci est le cas pour le droit* »[47], Rodolfo Sacco distinguant ici connaissance et science.

Une illustration de la nature paradoxale du droit comparé peut être puisée dans la comparaison entre la jurisprudence constitutionnelle française et celle déployée par la Cour constitutionnelle du Mali. En 1962 en effet, le Conseil constitutionnel a décliné sa compétence à contrôler la loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct adoptée par référendum au motif que, notamment, « *l'esprit de la Constitution a fait du Conseil constitutionnel un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* »[48]. En 2001, la Cour constitutionnelle du Mali, saisie d'une loi constitutionnelle

soumise également à référendum, a jugé, elle, que son contrôle « *particip[ait] de la mission de régulation des activités du pouvoirs publics qui est dévolue à la Cour constitutionnelle aux termes de [...] la Constitution [...]. La mission de régulation des activités des pouvoirs publics permet de faire respecter par les pouvoirs publics leurs prérogatives et les procédures de leur mise en œuvre* »[49]. Ainsi, la comparaison de ces deux jurisprudences permet de constater que, de l'énoncé qui assigne au juge constitutionnel le statut de « *régulateur de l'activité des pouvoirs publics* » découlent possiblement deux significations normatives antagonistes - « *il m'est interdit de contrôler la loi référendaire* » ; « *j'ai l'obligation de contrôler la loi référendaire* » - à rebours de ce que laisse penser une croyance en une logique normative suivant laquelle deux normes contradictoires ne sauraient découler logiquement d'une même formulation normative. Ces conséquences normatives incohérentes doivent-elles mener à les séparer, les isoler dans leur système constitutionnel ou atavisme juridique propre, sous prétexte qu'elles concrétisent deux normes appartenant à deux systèmes distincts ? Leur présentation comme nécessaire concrétisation d'une même formulation doit-elle au contraire conduire à réinterroger nos représentations de la science juridique ?

L'étude du cas malien offre en outre un regard réflexif sur son propre droit, l'interprétation offerte par le Conseil constitutionnel pouvant sembler *a priori* évidente et sa justification fondée alors qu'elle est essentiellement inscrite dans l'histoire contingente d'un tout jeune Conseil constitutionnel, saisi immédiatement après « *l'expression directe de la souveraineté nationale* ». Ainsi, « *c'est [...] par le « comparé » qu'on peut comprendre [...] le « national »* »[50] ; le droit comparé, qualifié de « *meilleure école* », offre en effet « *d'inépuisables occasions d'étonnements et fournit à notre pensée critique toutes les références nécessaires, la stimulant ainsi pour une meilleure compréhension de notre propre droit et, au-delà de notre droit, du droit en général* »[51].

Une finalité paradoxale - Dès le premier Congrès international de droit comparé en 1900, fut présenté, dans les discours militants des différents intervenants, le projet à la fois politique et académique marquant la finalité de la comparaison juridique. Raymond Saleilles s'attache ainsi à dépasser l'enseignement exégétique du code civil et à fonder une authentique science nationale du droit comparé. Utilitariste, la démarche consiste à s'ouvrir aux droits étrangers afin d'y trouver une inspiration pour une réforme des législations nationales[52]. La comparaison se voit dotée d'une finalité qu'est l'amélioration du droit et le comparatiste se trouve particulièrement qualifié pour inspirer le législateur comme le juge. La démarche n'est pas sans soulever des oppositions en ce qu'elle insuffle une ouverture aux expériences étrangères en lieu et place d'une exégèse propice à la sacralisation du Code civil napoléonien. Paradoxe de la comparaison qui peut à la fois porter un vent de réformisme inspiré d'un ailleurs comme nourrir un conservatisme en décelant les failles de ses voisins, témoignage plus ou moins implicite, d'un génie national. Paradoxe encore que ce droit comparé, dont le matériau est tout entier fondé sur l'altérité et qui pourtant étudie l'autre pour réfléchir sur soi, souvent dans une visée nationale. Ce faisant néanmoins, que le comparatisme soit progressiste ou traditionaliste, il permet de révéler des phénomènes de circulation, qu'il s'agisse de la circulation des idées ou des philosophies[53], des coups d'Etat ou des révolutions, des notions ou des régimes juridiques, des institutions ou des normes : « *seule une « historiographie nationaliste » peut laisser supposer qu'il existe des droits « purs » au sens où ils*

n'auraient subi aucune influence extérieure à la société dont ils sont l'émanation »[54]. La première pierre était ainsi posée dès le début du XXe siècle, pour un débat foisonnant qui allait se développer à partir des années 60-70 dans la littérature comparatiste, celle qui débuta par l'inspiration et se poursuivit par le « transfert », la « greffe », le « mimétisme » ou « l'emprunt », sous l'impulsion notamment des travaux d'Alan Watson synthétisés dans *Legal transplants. An approach to comparative law*[55]. En Europe plus particulièrement, le renouveau de ces études doit beaucoup aux transitions démocratiques sur son flanc oriental au tournant des années 90. L'émergence d'une science politique de la transitologie s'accompagna rapidement de l'expertise juridique pour proposer de convertir les anciens régimes communistes en démocratie libérale. Sur le plan doctrinal, les controverses vont émerger relativement à la possibilité d'exporter des modèles ou d'importer des solutions ; elles discutaient surtout la légitimité de ces transferts. Féroces, les propos d'Yves Mény sur « la greffe et le rejet » étaient sans appel : « rien n'est plus pitoyable [...] que les tentatives à la fois vaines et ridicules d'ingénierie constitutionnelle des pays de l'Ouest à l'égard de l'ex-Europe socialiste. Certes ces pays ont besoin de conseils, d'informations, de réformes déjà expérimentées ailleurs. Mais rien ne serait plus grave, dangereux et illusoire que de livrer en « kit » préfabriqué des systèmes de gouvernement vendus par les démarcheurs de l'Ouest »[56]. Plus tard, la métaphore du « kit » sera aussi employée par Günter Frankenberg dans sa « théorie IKEA » tendant à souligner la complexité du processus de transferts en matière constitutionnelle[57]. Le trajet emprunté par les modèles constitutionnels ne saurait en effet selon lui se résumer à une route rectiligne partant d'un pays A à un pays B ; par le développement du droit international et des actions menées par les organisations internationales notamment, se constitue une gigantesque succursale où il est possible de faire son marché lors d'une révision constitutionnelle ou à l'occasion d'un changement de Constitution. Les effets en sont selon l'auteur une marchandisation du droit constitutionnel, après l'inspiration et l'exportation. D'instrument de légitimation ou de délégitimation de politiques juridiques nationales, le droit comparé est devenu un ensemble de technologies aisément transférables, tant elles semblent désormais dépolitisées.

La critique vise également la littérature œuvrant pour le développement et l'étude du processus de globalisation du droit, notamment constitutionnel, critique que partage une partie de la doctrine française[58]. Le droit comparé, ce non-droit, change ici de nature et se transforme en un outil de création voire de prescription d'un droit global, non sans paradoxe : car en effet « la comparaison contribue à la fois à la reconnaissance d'un droit global et à sa critique »^[59]. Processus de « dénationalisation des constitutions »[60], le droit constitutionnel global serait le fruit de la diffusion d'une culture des droits de l'Homme, du déploiement de la justice constitutionnelle ou encore de la diffusion du modèle de la séparation des pouvoirs. Il serait observable dès lors qu'est menée une étude comparative des Constitutions comme des textes internationaux ou européens. Mais « les partisans du constitutionnalisme global ne visent pas tant à décrire le droit existant, à analyser les bouleversements que la globalisation fait subir au droit, qu'à promouvoir des évolutions souhaitables, en partant du principe que décrire ces évolutions comme si elles étaient déjà partiellement advenues contribuera à leur achèvement »[61]. Paradoxalement, alors que la comparaison suppose la différence, des courants comparatistes voient le droit comparé comme un *jus commune* en gestation.

Les controverses doctrinales sont donc nombreuses et portent autant sur la capacité à produire une analyse juridique des transplantations juridiques que sur leur légitimité ; elles discutent également l'émergence d'un droit constitutionnel global dont les comparatistes seraient à la fois les observateurs et les facilitateurs. Par-delà la diversité des points de vue, une même perspective se dessine. La littérature en droit comparé semble en effet guidée par le souci de construire des ponts entre les cultures juridiques, cette « *comparaison intégrative qui était [...] la vocation première du droit comparé* »[62]. Le fonctionnalisme s'en fait explicitement l'écho - découvrir des similitudes par-delà les différences - mais c'est aussi plus implicitement une préoccupation qui caractérise la démarche tendant à chercher le moi dans l'altérité - circulation, emprunts, exportation, standardisation[63]. Paradoxalement, alors que la comparaison demande de s'extraire de ses réflexes juridiques construits au cours de l'apprentissage de son propre système, il est désormais proposé au comparatiste de se retrouver dans l'autre. Le droit comparé devient alors le droit de tous et permet de penser le *nous* du droit. Des effets sur les représentations qu'il est possible d'avoir du droit comparé découlent de l'avènement d'une discipline qui entend mettre au jour une communauté juridique globale. De manière anecdotique, l'idée que la comparaison aurait échoué quand se révèlent de grandes divergences entre les systèmes juridiques est topique de cette croyance en la capacité du droit comparé à produire du un avec du multiple, alors même que présenter ce qui sépare des institutions ou des règles juridiques dans des ordres différents, les analyser et les expliquer, est bien le résultat d'une comparaison qui n'a dès lors nullement échoué mais au contraire fructifié. Il en va également ainsi de l'exigence parfois professée qu'il conviendrait de définir, en amont de la comparaison, les Etats objets de l'étude alors même qu'un sujet de droit comparé, avec tout le matériau qui en découle - et donc le choix des pays intégrés dans la recherche et ceux qui en sont exclus - est nécessairement le résultat d'une comparaison et ne peut donc être déterminé *a priori*. Définir son matériau et comparer ne sont pas deux étapes distinctes : si la délimitation affecte la comparaison, de la comparaison procède aussi la sélection. Plus fondamentalement, la comparaison principalement guidée par la seule recherche des similitudes, aux fins par exemple de déceler une circulation, un emprunt ou une globalisation, fixe un cadre d'analyse préétabli qui travestit l'étude alors même que la comparaison est nécessairement expérimentale.

La problématique de l'un ou du multiple est sans doute, enfin, la grande affaire du droit comparé, comme cela se dévoile en questionnant le critère de la *comparabilité* où se nichent encore quelques derniers paradoxes. S'il convient en effet de réduire la comparaison à des systèmes suffisamment proches pour être qualifiés de comparables, comme il en va par exemple de l'étude du seul constitutionnalisme occidental, en même temps que foisonnent les travaux et s'approfondit la connaissance, se révèle alors ce qui sépare, malgré tout, des modèles constitutionnels à même inspiration libérale : le fédéralisme aux Etats-Unis, la nature singulière de la Constitution britannique, la spécificité de la Ve République en France, etc.... Comparer des semblables finit alors paradoxalement par les éloigner. Plus fondamentalement, derrière ce paradoxe, se cache un enjeu éminemment idéologique, tel que souligné notamment par Luc Sindjoun : selon lui en effet, pour un constitutionnaliste occidental, « *relèverait de l'irrationnalité* » de penser un « *constitutionnalisme en dehors de l'Occident* » alors même que « *la provincialisation du constitutionnalisme occidental* », expression rendue célèbre par l'œuvre de Dipesh Chakrabarty[64], « *ne remet pas en cause sa force d'attraction* »[65]. La problématique de l'un ou du multiple est aussi celle qui

montre toute l'ambivalence du droit comparé, entre la volonté de construire une discipline et le déploiement d'un pluralisme épistémologique, entre l'émergence d'un droit commun ou plus modestement de régimes juridiques transnationaux et l'observation d'une diversité historique, culturelle, politique, constitutionnelle, entre l'irréductible étrangeté des droits, produits de volontés singulières distinctes et la possibilité, néanmoins, de formuler des lois scientifiques appuyées par la comparaison juridique. Pluraliste par ses études, divers par ses méthodes, multiple par ses résultats, le plus sérieux paradoxe du droit comparé est en réalité de se présenter au singulier.

Jordane ARLETTAZ

Professeure de droit public, Université de Montpellier,

CERCOP

[1] G. RESTA, « Les luttes de clocher en droit comparé », *McGill Law Journal, Revue de droit de McGill*, Volume 62, n° 4, 2017.

[2] ARISTOTE, *Les Politiques*, Flammarion, 2015. A ce sujet voir : J. de ROMILLY, « Le classement des Constitutions d'Hérodote à Aristote », *Revue des Etudes Grecques*, 1959, Tome 72, p. 81.

[3] J. MOREAU-REIBEL, *Jean Bodin et le droit public comparé dans ses rapports avec la philosophie de l'histoire*, Librairie philosophie J. Vrin, Paris, 1933.

[4] C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Puf, 1995.

[5] Y.-M. LAITHIER, *Le droit comparé*, LGDJ, 2024, § 10.

[6] Selon la définition proposée par le dictionnaire *Le Robert*.

[7] Paradoxe auquel se sont intéressés Michel van de Kerchove et François Ost dans leur ouvrage *Le droit ou les paradoxes du jeu* paru aux Editions Puf en 1992.

[8] A. ROSS, « On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law », *Mind*, 1969, p. 21.

Voir également V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Alf Ross : droit et logique », *Droit et Société*, 2002/1, n° 50, p. 29.

- [9] O. PEREZ, « Law in the air: A Prologue to the World of Legal Paradoxes », in O. PEREZ et G. TEUBNER, *Paradoxes and Inconsistencies in Law*, 2006.
- [10] Y.-M. LAITHIER, *Le droit comparé*, LGDJ, 2024 (voir notamment l'entrée « paradoxes », § 435).
- [11] G. TUSSEAU, *Droit comparé et théorie générale du droit. Notes sur quelques allers-retours aporétiques*, Presses Universitaires de Laval, 2021.
- [12] Le foisonnement n'est d'ailleurs pas seulement quantitatif : « le développement des études comparatives, en particulier la multiplication des thèses comparatives, a tendu à nettement rehausser le niveau de ces travaux », E. PICARD, « La comparaison en droit constitutionnel et en droit administratif : du droit comparé comme méthode au droit comparé comme substance », *RIDC* 2015, n° 2, p. 321.
- [13] E. PICARD, « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, p. 173.
- [14] M.-C. PONTTHOREAU, « Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? », *RIDC* 2015, n° 2, p. 299.
- [15] O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, n° 2, p. 276.
- [16] E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé », *Droits* 2000, n° 32, p. 121.
- [17] R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991.
- [18] Y.-M. LAITHIER, *Le droit comparé*, LGDJ, 2024, § 15 et s.
- [19] M.-C. PONTTHOREAU, « Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? », *RIDC* 2015, n° 2, p. 299.
- [20] W. MASTOR, « L'épreuve de la comparaison en droit. Réaction et adresse aux jeunes comparatistes », *Revue de la recherche juridique*, 2020/3, n° 34, p. 1423.
- [21] E. PICARD, « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, p. 214.
- [22] M.-C. PONTTHOREAU, « Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? », *RIDC* 2015, n° 2, p. 309.
- [23] Contra, S. RAGONE, G. SMORTO, *Il primo libro di diritto comparato*, Piccola Biblioteca Einaudi, 2025.
- [24] M.-C. PONTTHOREAU, « Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? »,

RIDC 2015, n° 2, p. 299.

[25] B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* 1949, p. 397.

[26] M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *Economica*, 2010, p. 49.

[27] E. ZOLLER, « La méthode comparative en droit public », in *Le Droit à l'Épreuve des Siècles et des Frontières : Mélanges en l'Honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ 2018.

[28] G. TUSSEAU, *Droit comparé et théorie générale du droit. Notes sur quelques allers-retours aporétiques*, Presses Universitaires de Laval, 2021.

[29] E. PICARD, « La comparaison en droit constitutionnel et en droit administratif : du droit comparé comme méthode au droit comparé comme substance », *RIDC* 2015, n° 2, p. 318.

[30] J. BELL, « La comparaison en droit public », *Mélanges en l'honneur de D. Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 33.

[31] E. ZOLLER, « La méthode comparative en droit public », in *Le Droit à l'Épreuve des Siècles et des Frontières : Mélanges en l'Honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ 2018, p. 1572.

[32] A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varennes, 2011 ; B. MARKESINIS, *Juges et universitaires face au droit comparé : Histoire des trente-cinq dernières années*, Dalloz, 2006 ; M.-C. PONTTHOREAU, T. GROPPPI, I. SPIGNO, *Judicial Bricolage The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in the 21st Century*, Hart, 2025.

[33] M.-C. PONTTHOREAU, « La comparaison des droits (constitutionnels). Passerelle entre les sciences sociales : ouverture et limites », *RRJ - Cahiers de méthodologie juridique*, 2020-3, p. 1573.

[34] C. CERDA-GUZMAN, « Le droit public comparé en Amérique latine », *Revue Droit public comparé*, 2023, n°1 ; R. PÉREZ PERDOMO, « El derecho comparado y la comparación de culturas jurídicas. Una perspectiva latinoamericana », Version écrite de la Conférence prononcée à l'occasion du premier prix international de recherche en droit, « Héctor Fix-Zamudio » 2014, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 146 (mayo-agosto), 2016.

Voir également, pour une autre illustration des spécificités des doctrines nationales en matière de comparaison : P. G. MONATERI, « Critique et différence : le droit comparé en Italie », *RIDC* 1999, n° 4, p. 989.

[35] Voir aussi U. KISCHEL, « La méthode en droit comparé. L'approche contextuelle », *RIDC* 2016, n° 4.

[36] Voir notamment G. SAMUEL, *An introduction to Comparative Law Theory and Method*, European Academy of Legal Theory Series, 2014, et plus spécifiquement le chapitre 5 consacré à « Alternatives to functionalism ».

[37] K. ZWEIGERT, « Des solutions identiques par des voies différentes (quelques observations en matière de droit comparé », *RIDC* 1966, p. 5.

[38] R. POUND, « Le droit des livres et le droit en pratique », *Clio@Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, n° 11, 2016.

[39] G. FRANKENBERG, *Comparative Law As Critique*, Edward Elgar, 2016.

[40] P LEGRAND, *Le droit comparé*, QSJ, Puf, 1999.

[41] Y.-M. LAITHIER, *Le droit comparé*, LGDJ, 2024, § 598.

[42] L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de Droit comparé, Tome II, La méthode comparative*, L.G.D.J., Paris, 1974, p. 240.

[43] R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991.

[44] H. MUIR-WATT, «La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, n° 3, p. 503.

[45] F. TAP, « L'apport du droit comparé à la scientificité du discours constitutionnaliste », *RIDC* 2018, n° 1, p. 7.

[46] O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, n° 2, p. 382.

[47] P. LEGRAND, « Questions à Rodolfo Sacco », *RIDC* 1995, n° 4, p. 943.

[48] Conseil constitutionnel, Décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962

[49] Cour constitutionnelle du Mali, Arrêt n° 01 - 128 du 12 Décembre 2001.

[50] B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* 1949, p. 405.

[51] E. PICARD, « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, p. 223.

[52] C. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC* 2000 n° 4, p. 733.

Pour une étude d'ampleur, voir X. BAUMAN, *Contribution du Droit comparé au Droit mondial (1900-1940)*, Thèse dactylographiée, 2023, Rouen.

[53] Voir notamment, pour ne citer qu'un exemple, le récit de la postérité, dans de nombreuses villes européennes, de la Constitution espagnole de Cadix durant la première moitié du XIXe siècle, conté par Boris Mirkine-Guetzévitch dans son militantisme pour une étude du « *fait constitutionnel* [...] *sous l'angle historique et sur le plan comparatif* » dans « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC* 1949, p. 397 et s.

[54] Y.-M. LAITHIER, *Le droit comparé*, LGDJ, 2024, § 168

[55] Ouvrage publié en 1974 chez Scottish Academic Press. Voir également le chapitre consacré à ce sujet dans Y.-M. LAITHIER, *Le droit comparé*, LGDJ, 2024.

[56] Y. MÉNY, « La greffe et le rejet. Les politiques de mimétisme institutionnel », in Y. MÉNY (sous la dir.), *Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, L'Harmattan, 1993, p. 33.

[57] G. FRANKENBERG, *Comparative Constitutional Studies. Between Magic and Deceit*, 2018, Edward Elgar.

[58] T. HOCHMANN, « Le constitutionnalisme global », *RFDC* 2019, n° 120, p. 885 ; M.-C. PONTHEAU, « « Global constitutionalism », un discours homogénéisant. L'apport du comparatisme critique », *Juspoliticum*, janvier 2018, n° 19. Voir plus largement le numéro spécial consacré au Constitutionnalisme dans la *Revue Juspoliticum*, 2018. Voir également M. ST-HILAIRE, « Le constitutionnalisme mondial comme pratique non-homogénéisante du savoir juridique. ? Réponde à Marie-Claire Ponthoreau », *RIDC* 2020, n° 4, p. 1037.

[59] Y.-M. LAITHIER, *Le droit comparé*, LGDJ, 2024, § 326.

[60] Y.-M. LAITHIER, *Le droit comparé*, LGDJ, 2024, § 363

[61] T. HOCHMANN, « Le constitutionnalisme global », *RFDC* 2019, n° 120, p. 885.

[62] E. ZOLLER, « La méthode comparative en droit public », in *Le Droit à l'Épreuve des Siècles et des Frontières : Mélanges en l'Honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ 2018, p. 1575.

[63] Dans une démarche scientifique différente mais sur ce thème, voir M. DISANT, G. LEWKOWICZ, P. TÜRK, *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruylant, 2018.

[64] D. CHAKRABARTY, *Provincialiser l'Europe. La pensée post-coloniale et la différence historique*, Editions Amsterdam, 2009.

[65] L. SINDJOUN, « De la problématique de l'existence des constitutionnalismes populistes en Afrique », *RDP* 2024, n° 4, p. 67.