



## Introduction

1. La comparaison fait intrinsèquement partie de la démarche du juriste, elle en est même un élément ontologique. L'opération de qualification juridique consiste à confronter réalité factuelle et réalité juridique. Le commentaire d'arrêt est également un exercice de mise en rapport entre un texte et son application. La comparaison peut aussi être source de clivage philosophique, entre ceux qui prônent l'analyse du droit tel qu'il est et ceux qui souhaiteraient mettre face à face l'être et le devoir-être, si l'on admet l'existence de ce dernier.
2. Toutefois, il faut constater que le comparatisme a acquis depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle une acception bien particulière dans la mesure où ce terme, qu'on pourrait préférer avec René David à celui de droit comparé<sup>1</sup>, renvoie à la méthode consistant à l'étude simultanée des systèmes juridiques, et plus techniquement, à la confrontation de modèles institutionnels, doctrinaux ou de pratique. On s'accorde en outre à faire du Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900 l'acte fondateur de la discipline du droit comparé. Cet événement s'est accompagné de plusieurs phénomènes marquant une institutionnalisation de la discipline. Ce mouvement mérite que l'on s'y arrête en l'embrassant d'un regard historique qui se poserait sur les acteurs, les champs de prédilection et les enjeux. Dans un contexte de globalisation, cette démarche s'est déployée de manière croissante, même si d'aucuns déplorent encore qu'elle ne le soit pas suffisamment, notamment en France<sup>2</sup>. Cet essor académique, institutionnel et pédagogique s'est accompagné d'un début de réflexion sur l'objet, la discipline, les enjeux, la méthode du droit comparé.
3. Jeter un regard historique sur le comparatiste et la méthode comparative se justifie à bien des égards. Peut-être au premier chef parce que l'historien en général et l'historien du droit en particulier, est lui-même un comparatiste. Cette idée pourrait être source de réflexion et de débat : l'office de l'historien ne fait-il pas de lui naturellement un comparatiste ? En effet, si son travail ne s'inscrit certes pas toujours dans un « comparatisme horizontal » (confrontation et évaluation d'expériences étrangères à un même moment), il l'est dans un « comparatisme vertical », marqueur d'une démarche diachronique.
4. Indépendamment des nombreuses études de cas qu'il n'est pas possible de recenser ici, l'histoire du comparatisme a fait l'objet depuis quelques années de la réflexion de plusieurs auteurs, souvent au travers d'articles et d'ouvrages portant sur des institutions, des figures doctrinales ou certaines branches du droit.
5. Il ne saurait évidemment être question de proposer ici une histoire générale du comparatisme. Le colloque international organisé en 2015 à l'Université Paris Descartes dont les actes sont repris dans ce dossier ne pouvait pas suffire à assécher l'océan de questions. Pour tenter de circonscrire les propos, sans pour autant les corseter, le fil rouge de la réflexion proposait de tourner autour de l'idée de la ou des spécificité(s) du comparatisme et de ses tenants. Les juristes qui se tournent vers le droit comparé ont-ils un profil particulier, comment et pourquoi bâtissent-ils des réseaux internationaux. Existe-t-il par ailleurs des géographies du comparatisme ou des thématiques privilégiées ? Ces prédilections fluctuent-elles en fonction de la période historique ? Enfin, les comparatistes mettent-ils en avant une méthode particulière qui aurait alors contribué, entre autres éléments, à l'érection d'une véritable discipline ?

<sup>1</sup> R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, LGDJ, 1950, p. 3

<sup>2</sup> Pour un état critique des lieux en France, voir J.-L. Halpérin, « Histoire comparée du droit », *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, J. Krynen et B. d'Alteroche (dir.), Paris, Classiques Garnier, 2014, p. 183-201.

6. Autant d'interrogations qui en réalité ont pour dénominateur commun la question de la finalité ; finalité notamment politique : le comparatiste est-il un avant-gardiste, un réformateur ou fait-il montre d'un certain conservatisme, nourri ou non par des tendances nationalistes ? Dans cette veine, certains ont d'ailleurs pu aller jusqu'à reconnaître au droit comparé une fonction subversive<sup>3</sup>.

7. Les contributions rassemblées répondent à plusieurs de ces questions et ont surtout le mérite d'ouvrir l'heureuse voie des débats voire de la controverse. Parmi les points épineux, celui de savoir si l'on peut véritablement évoquer une discipline dont on pourrait vérifier les critères diacritiques qui en sont constitutifs. Les opinions varient, leur confrontation est nécessaire. Dégager une matrice disciplinaire n'a pas été le seul point de mire des auteurs mais rapprocher leurs écrits permet de dessiner les contours d'un kaléidoscope du comparatisme : variété et variations sont les maîtres-mots. Sans évidemment avoir épuisé ces stimulantes problématiques, trois grands champs de réflexion ont été investis par les auteurs.

## Les motifs, les acteurs et les réseaux du comparatisme

8. L'histoire du droit comparé est celle du passage d'une méthode juridique appréhendée de manière individuelle et informelle à la revendication d'une discipline juridique autonome, différenciée, spécialisée, collective et transnationale, structurée autour de réseaux internationaux. Il est en effet notoire que le phénomène du comparatisme juridique a précédé l'apparition –et l'identification, plus tardive encore– des marqueurs de l'institutionnalisation du droit comparé voire pour certains de sa disciplinarisation. L'origine du comparatisme juridique se trouve dans les nombreuses démarches individuelles qui ont graduellement jeté depuis l'Antiquité les bases de méthodes d'étude des droits étrangers. Ces méthodes apparaissent entre les mains de ceux que les historiens du droit appellent comparatistes, que ces derniers l'aient revendiqué ou non, et se développent au Moyen Âge puis aux Temps modernes. Cependant, c'est dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle que le comparatisme connaît une reconfiguration formelle et substantielle à travers la création des premières chaires de droit comparé et l'activité scientifique et collective de cénacles, de revues, de congrès, de réseaux transnationaux et des sociétés savantes. Ces dernières font d'ailleurs florès dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire avant la formalisation du droit comparé en 1900. Ainsi, l'institutionnalisation et la disciplinarisation du droit comparé sont acquises à partir du moment où les comparatistes ont établi des assises institutionnelles, ont renouvelé la connaissance et ont fait éclore des réseaux, à travers une variété d'organisations dont les membres sont en relation les uns avec les autres, échangent et agissent collectivement pour atteindre un objectif commun. Au XIX<sup>e</sup> siècle, les comparatistes sont donc tout à la fois les acteurs de la comparaison juridique *et* de l'institutionnalisation de leur discipline.

9. Cette première partie se propose de projeter un éclairage particulier et précieux sur les acteurs du comparatisme et les réseaux bâtis par les comparatistes, et plus particulièrement sur les sociétés savantes qui naissent au XIX<sup>e</sup> siècle en Allemagne, en Angleterre, en Belgique et en France.

10. On trouve au point de départ de toute démarche comparative l'initiative d'un comparatiste. Or, l'histoire du droit comparé n'est-elle pas, tout autant que celle d'une discipline progressivement institutionnalisée, l'histoire de ses acteurs, c'est-à-dire de celles et de ceux qui, individuellement ou collectivement, ont recours à la comparaison, pour diverses raisons, et font le choix des modèles qu'ils comparent ? Si tant est que l'on accepte cette proposition, on comprendrait d'ailleurs mieux pourquoi l'étude des cas particuliers est souvent un passage obligé pour tous ceux qui s'intéressent de près ou de loin à l'histoire du comparatisme. Pour autant, il ne s'agit pas ici de présenter des cas isolés dans le cadre d'analyses casuistiques et qualitatives. Au contraire, les auteurs de ces actes ont tenu à embrasser les acteurs

<sup>3</sup> H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2000-3, p. 503-527.

de la comparaison d'un regard global et dépersonnalisé, afin de tenter de rendre compte objectivement de leur profil et de la nature de leurs réseaux.

11. La première question qui se pose est la suivante : Pourquoi les comparatistes ont-ils recours à la comparaison ? Les raisons sont nombreuses. Sylvain Soleil, à partir d'expériences multiples, démontre que le panel des motifs de la comparaison est riche et varié : critiquer, promouvoir et réformer ; comprendre et classifier les systèmes ; caractériser le propos juridique ; offrir des données juridiques ; indiquer comment régir et juger ; relater la diversité ; alimenter des théories historiques ; unifier le droit. Annamaria Monti ajoute par ailleurs qu'aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, les comparatistes italiens déploient leurs méthodes pour mieux connaître, comprendre et manipuler un droit qui leur est imposé par une puissance étrangère. Pierre Allorant et Walter Badier démontrent quant à eux qu'au sein de la *Société de législation comparée*, le comparatisme est aussi envisagé comme un canal de diffusion des idées libérales sous la Troisième République. Cependant, d'un point de vue épistémologique, le comparatisme ne doit pas être circonscrit à ces éléments purement *objectifs*. Il semblerait en effet que dans certains cas le recours à la comparaison et le choix de comparer un droit national à tel modèle plutôt qu'à un autre s'expliquent également par des raisons individuelles qui tiennent tant à la personnalité ou aux expériences diverses de celui qui compare qu'à son environnement (lectures, rencontres, voyage, exil, expatriation, xénomanie, complexes, etc.). Les aspects prosopographique et biographique ont donc aussi toute leur importance pour appréhender pleinement les raisons de la comparaison. Ces actes ne suffiront toutefois pas à mettre en lumière toute la richesse des rapports *personnels* que le comparatiste entretient avec les modèles qu'il compare.

12. La seconde question qui se pose est celle de l'identification de traits saillants qui permettraient de caractériser les acteurs de la comparaison : Qui sont les comparatistes ? Les auteurs ont tous pris le soin, à partir d'une analyse sociologique de la composition des sociétés savantes aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, de rendre compte du profil des comparatistes. Là encore, le fruit de ces recherches est riche d'enseignements. Bien éloignée de l'idée d'un profil-type, c'est toute une variété de profils qui se révèle au lecteur. Les auteurs s'intéressent plus particulièrement à la profession exercée par les comparatistes : des juristes principalement (universitaires, avocats, etc.), mais aussi des économistes, des hommes politiques, des philosophes, des journalistes, des médecins, etc. Ont aussi leur importance les convictions religieuses, le genre, l'âge ou les tendances politiques.

13. Les dernières interrogations qui ont enrichi ce premier axe du colloque sont relatives aux réseaux formés par les comparatistes, à leur composition et à leurs finalités. À partir du XIX<sup>e</sup> siècle, le recours à la comparaison juridique est désormais appréhendé de manière collective. Les premiers réseaux de comparatistes transnationaux apparaissent en Europe et sont structurés en Angleterre, en Allemagne puis en France autour de revues dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. Puis dans la seconde moitié du siècle, les comparatistes structurent de nouveaux réseaux dans le cadre de sociétés savantes institutionnalisées se voulant pérennes et, surtout, ouvertes sur le monde, à travers l'invitation qui est faite aux juristes étrangers de les rejoindre. À ce propos, Paul Jozon, le Secrétaire de la *Société de législation comparée* en 1869, présente l'internationalisation comme une condition nécessaire au développement et à la viabilité de la jeune et ambitieuse société savante française :

Je crois qu'il importe aussi, messieurs, de vous tenir au courant de nos relations avec l'étranger. Ces relations, pour une Société de législation comparée, sont un point essentiel et vital. Nous voulons avoir dans chaque pays des correspondants, professeurs, magistrats, juristes, qui puissent nous tenir au courant du mouvement législatif et nous transmettre les renseignements que la marche de nos travaux nous amènera à leur demander<sup>4</sup>.

Quel est l'objet de cette internationalisation des réseaux ? Idéal d'unité et d'uniformisation des droits ? Rêve d'universalisme ? Renouveau de la connaissance ? Volonté de mettre en évidence des objets communs d'étude ? « Étudier la science pour la science »<sup>5</sup>, comme le déclare à son tour Édouard Laboulaye en 1869 ? À partir de données quantitatives et statistiques, Jean-Louis Halpérin étudie le phénomène d'internationalisation des sociétés savantes aux XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles en France, en Angleterre et en Allemagne et s'interroge sur l'influence du nationalisme et de l'impérialisme sur la construction des

<sup>4</sup> *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. I, n. 3, mai 1869, p. 47.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 2.

réseaux et sur les buts qu'ils poursuivent. En passant au crible leur composition et la nationalité de leurs membres entre 1860 et 1945, l'auteur révèle une carte des réseaux transnationaux où apparaissent des zones d'influence des États-Nations dans le monde. À partir de là, il démontre que l'idéal d'universalisme et de connaissance des droits étrangers poursuivi par les fondateurs des sociétés savantes ne suffit pas à masquer la réalité de la dimension impérialiste des réseaux qui sont bâtis par les comparatistes et la volonté de promouvoir et de répandre des modèles nationaux à l'étranger. D'ailleurs, les stratégies nationalistes sont toujours à l'œuvre au sein des nouveaux réseaux plurinationaux qui se structurent après la Première Guerre mondiale. Par ailleurs, Annamaria Monti constate que les mésaventures coloniales et impérialistes italiennes peuvent expliquer le désintéressement des juristes nationaux pour les droits étrangers, et, *de facto*, l'absence de réseau structuré, de société de droit comparé et de revue de droit comparé en Italie.

14. Toutes ces contributions permettront ainsi au lecteur d'apprécier combien les réseaux formés par les comparatistes sont construits sur la base d'une tension entre l'orientation internationaliste d'une part et l'ancrage national d'autre part.

## Physionomie thématique et spatiale du comparatisme

15. Cette tension entre sphère internationale et cadre national invite à réfléchir aux espaces de la comparaison. Quels sont-ils ? En leur sein, certains droits circulent-ils plus que d'autres ? Les espaces sont-ils à l'origine des échanges juridiques ou bien leur conséquence ? Tout cela et bien d'autres questions renvoient à une réflexion historique plus générale sur l'espace du droit. En effet, le droit qui n'est pas une catégorie universelle atemporelle est, comme le rappelait Jean Gaudemet dans un article classique sur les transferts de droit, un phénomène attaché à une civilisation.

Le phénomène [“de l'entrée dans une société d'un droit ou de certaines règles juridiques qui ont été élaborés dans un milieu social différent et parfois à une époque lointaine”] dépasse de beaucoup le seul aspect de la technique juridique, dès lors que l'on ne tient pas le droit pour un simple agencement de règles et d'exceptions. Produit d'une société, même s'il s'abrite sous le nom prestigieux d'une législateur de génie, traduisant ses contraintes géographiques, économiques, sociales, mais aussi un idéal ou une idéologie, le droit est un fait de civilisation et, comme tel, tout système juridique peut être tenu pour lié à une forme spécifique de société<sup>6</sup>.

16. Or, l'espace de la civilisation n'est pas une donnée brute qui peut être définie objectivement par la géographie et encore moins par l'espace politique en grande partie auto-référencé des États-nations qui se sont construits à l'Époque contemporaine<sup>7</sup>. Ainsi, les phénomènes de modélisation, d'imitation, de transferts ou de migrations des systèmes, des solutions ou des techniques juridiques qui donnent lieu au phénomène général du comparatisme doivent être analysés dans une réflexion qui intègre différents espaces et différentes configurations des espaces. Autrement dit, quels sont d'une part les différents espaces globaux qui ont formé historiquement des unités permettant la circulation des concepts et des techniques juridiques en leur sein et comment, d'autre part, se sont produits les différents phénomènes du comparatisme dans chacun de ces espaces ? À titre préliminaire dans la réflexion, on peut indiquer trois phénomènes qui ont configuré ces espaces globaux et leurs mosaïques internes aux Époques moderne et contemporaine : la construction de l'État-nation souverain, la formation des empires coloniaux et commerciaux et l'internationalisation accélérée au XX<sup>e</sup> siècle du droit qui permet un certain effacement des États et l'apparition dans certains domaines du droit de nouveaux acteurs que sont les organisations régionales d'État ou les organisations non gouvernementales. L'État souverain, d'abord, configure un espace dans lequel il affirme, contre des sources concurrentes du droit, un monopole d'édition légitime.

6 J. Gaudemet, « Les transferts de droit », *L'année sociologique*, 27, 1976, p. 29-59 (29).

7 P. Costa, « Uno spatial turn per la storia del diritto ? Una rassegna tematica », *Max Planck Institute for European Legal History, Research Paper Series*, n°2013-07, en ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2340055##](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2340055##) ; ou version en anglais « Spatial and Temporal Dimensions for Legal History : An Introduction », *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History : Research Experiences and Itineraries*, M. Meccarelli et M. J. Solla Sastre (éd.), Frankfurt, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, p. 27-62.

Cela fixe une frontière externe qui par exemple modifie le champ d'application de la législation pontificale. À l'intérieur de l'espace, la rédaction des coutumes ordonnée par le roi crée par exemple pour l'historien un objet de comparatisme dans lequel il peut observer des transferts de droit romain dans les droits coutumiers, des confrontations de solutions coutumières et au final une évolution du système coutumier par la sanction et promulgation royale. La souveraineté, en tant que doctrine, conduit à transformer progressivement le droit, mesure de la justice, en fruit de la volonté d'un acteur politique. Pascal soulignait au XVII<sup>e</sup> siècle ce qui lui paraissait l'incongruité d'un tel bornage :

Cette maxime, la plus générale de toutes celles qui sont parmi les hommes, que chacun suive les mœurs de son pays [...] Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà<sup>8</sup>.

17. La Révolution de 1789 marque un tournant pluridirectionnel dans la redéfinition des espaces. D'une part, elle consolide l'espace national en faisant de la loi une expression de la volonté générale et une garantie de la liberté de la nation et de ses membres. La Déclaration des droits naturels de l'homme, d'autre part, renforce la position de la France comme centre de rayonnement à vocation universelle. L'étude d'Hugo Beuvant livre à ce propos un tableau aux couleurs contrastées de la réception dans les Républiques sœurs des expériences juridiques de la République « mère ». Enfin la construction des nations, entité culturelle –les constructions raciales de la nation ne sont pas moins culturelles, dans la mesure où la race est en soi une construction culturelle– comme support de référence de la légitimité fait correspondre la loi du pays à une culture qui se définit en critères de singularité. Le Code civil de Napoléon est une bonne illustration de ce qui est à la fois le véhicule d'une entreprise d'acculturation française post-révolutionnaire des nations de l'Europe –un projet impérial– et de l'adaptabilité aux singularités de chacune. Dans sa contribution, Francesco Aimerito aborde notamment la question de sa place dans la péninsule Italienne où se produit entre la Restauration et l'unification politique une intense activité pour mettre en place un droit civil codifié.

18. Sur un autre plan, les grandes découvertes et la colonisation du Nouveau Monde ont conduit à une expansion de l'univers culturel européen qui s'implante dans un nouvel espace qu'il configure autant qu'il y est redéfini par la quiddité américaine. Mais l'Histoire globale a montré qu'il convient de décentrer le regard occidental traditionnel sur le phénomène naissant de la mondialisation pour envisager les interactions culturelles de façon multipolaire<sup>9</sup>. Tandis que les Puissances européennes s'affrontent dans l'espace atlantique aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles pour étendre leurs empires commerciaux, la Chine des Qing étend sa domination tout aussi impériale au Turkestan chinois (Xinkiang) et au plateau du Tibet. La contribution de David Gilles illustre cette confrontation à travers les débats sur la pertinence de conserver des éléments de droit français ou d'imposer un droit anglais à l'ancienne colonie française du Canada après la guerre de Sept Ans. L'espace impérial fait naître de nouveaux types de confrontations juridiques entre la métropole qui impose les transferts nécessaires à sa domination –exclusive par rapport aux autres Puissances impériales– et les mondes dominés qui s'acculturent en même temps qu'ils résistent et adaptent le droit extérieur à leurs pratiques. Les constructions impériales sont elles-mêmes l'objet de comparaisons dans un rapport de concurrence et d'affrontement.

19. Enfin, la coopération internationale, ébauchée au XIX<sup>e</sup> siècle sur des sujets ponctuels dans un contexte double d'équilibre des Puissances européennes et de leur expansion coloniale, crée un nouvel espace qui s'étend progressivement à la planète. Le droit international se développe d'abord comme un moyen de régler pacifiquement les conflits nés de la concurrence commerciale en posant des principes de conciliation. Mais vis-à-vis du monde non occidental, le droit international impose des modalités culturelles exogènes, aux origines notamment des guerres de l'Opium en Chine. Lorsque le droit comparé naît comme discipline, il est porteur pour certains d'un projet d'harmonisation et d'unification du droit. Pour ceux-là, la science juridique devait être l'instrument permettant de dépasser les enjeux de souveraineté législative et de faire émerger les règles communes d'un droit transnational. Les règlements des deux conflits mondiaux du XX<sup>e</sup> siècle modifient la configuration des espaces en posant des fondements

8B. Pascal (1623-1662), *Pensées sur la religion et quelques autres sujets*, Fragment « Misère » ; 3<sup>e</sup> éd. de Port-Royal : Paris, Chez Guillaume Desprez, 1671, XXV « Faiblesse de l'homme ».

9 Voir notamment S. Gruzinski, *L'Aigle et le Dragon. Démesure européenne et mondialisation au XVI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Fayard, 2012.

nouveaux pour une internationalisation du droit par la collaboration des États souverains. Après 1945, une nouvelle échelle apparaît avec des droits supranationaux, au premier rang desquels les droits humains de la Déclaration universelle adoptée par les membres de l'Assemblée générale des Nations unies en 1948. Dans les années 1970, les sociétés civiles occidentales ont constitué des organisations internationales pour prendre en charge ce que les États, limités en droit par le respect des souverainetés, ne faisaient pas. Ces organisations non gouvernementales, dont l'origine n'est plus désormais seulement occidentale, travaillent dans des espaces qui ne sont plus déterminés par les États et au sein desquels elles tendent à implanter des interprétations particulières des droits. Si cela n'a pas conduit à une unification du droit, cela a certainement produit une harmonisation et dans certains domaines une uniformisation. Le droit constitutionnel en donne un bon exemple : aujourd'hui presque tous les États sont dotés de constitutions politiques, alors qu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle c'était une nouveauté du monde culturel européen de l'espace atlantique. D'aucuns parlent même d'une standardisation d'un certain nombre d'éléments caractéristiques du droit constitutionnel qu'il suffit aux techniciens d'assembler pour adapter le résultat aux circonstances locales<sup>10</sup>. Mais si la mondialisation a conduit à la création d'un espace nouveau du comparatisme, elle n'a remis en cause ni les enjeux de la domination impériale et des sphères d'influence, ni la défense de l'autonomie que la France, par exemple, fonde sur le principe d'exception culturelle.

20. Ces enjeux de spatialité dans le comparatisme sont illustrés dans le dossier par la présentation de cas de figures très distincts.

21. David Gilles nous invite dans le monde colonial américain au moment où l'empire britannique incorpore les établissements français du Canada. Avant l'adoption de l'Acte de Québec de 1774 qui consacre l'existence d'un système de droit hybride satisfaisant autant que possible les intérêts anglais et ceux de la population majoritairement française et catholique, la question du droit à appliquer dans la nouvelle colonie ouvre une réflexion comparatiste. Entre pragmatisme politique et défense *pro domo* d'intérêts, les auteurs pèsent, sans toujours faire preuve de méthode, les avantages d'institutions emblématiques du droit civil, du *common law* ou encore de dispositions particulières des droits criminels français ou anglais. Si certains considèrent les deux systèmes de droit incompatibles, d'autres montrent qu'ils peuvent être rapprochés en dépit des difficultés inhérentes à la traduction des institutions entre idiomes.

22. De son côté, Hugo Beuvant reprend le dossier des relations ambiguës entre la Grande Nation et les Républiques sœurs en se plaçant du côté de celles-ci. La Révolution française, on le sait, s'est vue comme un modèle pour la libération des peuples de l'Europe, même si la régénération fut le plus souvent le moyen de mettre les pays occupés militairement au service d'une hégémonie française<sup>11</sup>. L'étude du travail des réformateurs opérant « à l'ombre » de la République mère, comme l'écrit l'auteur, montre les efforts pour adapter le droit français aux circonstances locales, mais aussi les résistances. Plus que jamais, les exemples donnés mettent en garde contre le raccourci qu'est le singulier d'un modèle juridique français alors qu'il y a des modèles d'institutions constitutionnelles ou de codification pénale révolutionnaire et une absence de modèle de code civil sous la Révolution. Leur prise en compte se décline selon les acteurs et les circonstances du lieu de réception présumée.

23. Pour sa part, Francesco Aimerito présente le cas patent d'un double espace culturel et temporel où se produit une intense activité comparatiste. Dans le premier XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'à l'unification politique (1866), la péninsule Italienne est touchée par une sorte de frénésie codificatrice avec plus de trente codes civils préparés dans les différents États. L'expérience des occupations françaises et autrichiennes, les langues communes –l'italien mais aussi le français connu des élites–, le prestige du Code de 1804 et les pratiques de confrontations directes et indirectes entre textes met à jour l'existence d'un phénomène de « prêt-à-porter législatif ». Celui-ci ne peut se comprendre que dans le contexte d'une communauté culturelle et d'une

<sup>10</sup> G. Frankenberg, « Constitutional transfer : the IKEA theory revisited », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n°3, 2010, p. 563-579, en ligne : [https://academic.oup.com/icon/search-results?f\\_Authors=G%C3%BCnter+Frankenberg](https://academic.oup.com/icon/search-results?f_Authors=G%C3%BCnter+Frankenberg)

<sup>11</sup> L'ouvrage d'A. Jourdan est rapidement devenu une référence sur la question, en dépit des nuances qui y ont été apportées depuis : *La Révolution, une exception française ?*, [Paris], Flammarion, 2004, rééd. en collection « Champs », 2006.

volonté de se rapprocher d'un modèle juridique enviable sur le plan technique d'abord et parfois aussi d'un point de vue politique.

## À la recherche d'une méthode du comparatisme

24. Variété des profils et diversités des espaces sont donc des traits saillants du comparatisme. L'univocité peut-elle être alors trouvée à un niveau méthodologique ? Un cadre épistémologique uniforme du comparatisme a-t-il été souhaité par ceux qui se sont adonnés à l'exercice et est-il même envisageable ? Sans remonter trop loin historiquement et pour ne retenir que l'une des périodes les plus fastes et les plus fertiles en pensées méthodologiques, le XIX<sup>e</sup> siècle et le premier XX<sup>e</sup> siècle, les plus célèbres promoteurs du comparatisme militaient avec ferveur pour une méthode dynamique, réflexive qui dépasserait le simple exposé descriptif des législations et/ou jurisprudences étrangères. Il n'est qu'à songer aux vibrants plaidoyers de Raymond Saleilles (1855-1912) ou Édouard Lambert (1866-1947) pour ne citer que deux figures centrales en la matière<sup>12</sup>, défenseurs d'une méthode globalisante, ambitieuse.

25. À celui qui sonde la question méthodologique en matière de comparatisme, s'offrent plusieurs angles de vue dont certains ont été adoptés par les auteurs des contributions à lire dans la troisième partie de ce dossier. Mais l'enseignement le plus précieux en la matière, commun aux deux contributions, est sans doute que la question de la finalité du comparatisme, des objectifs poursuivis, est irrémédiablement liée à celle de la méthode. Qu'on en juge.

28. Dans son étude de la comparaison des droits publics à la charnière des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, Guillaume Richard nous donne à voir de manière nette les ressorts méthodologiques de la comparaison. Ceux-ci sont formulés sur le mode binaire : dimension pratique du comparatisme *versus* appréhension théorique. À dualité méthodologique, dualité téléologique : le comparatisme en droit public doit-il viser l'érudition scientifique ou un objectif plus pragmatique d'unification des droits ? L'auteur dégage une idée forte dans une perspective diachronique, en prenant pour pivot d'étude la dimension pratique du comparatisme : en droit public, celui-ci a davantage permis de dégager des contre-modèles que des modèles. En ce sens, le comparatisme a plutôt été utilisé comme un repoussoir, un frein aux transpositions dans le droit français au nom de la spécificité du roman national, de la singularité historique propre à toute nation et dont le droit public est un reflet, ne serait-ce qu'au prisme du concept de souveraineté. L'argument de la spécificité culturelle, de l'idiosyncratie a donc servi aux comparatistes français en droit public à repousser l'idée d'une unification des droits. Une évolution doctrinale s'amorce toutefois dans l'entre-deux-guerres avec une différenciation de la place respective du comparatisme en droit constitutionnel et en droit administratif. Tandis que la méthode du comparatisme plonge dans l'abstraction avec une visée de contestation politique du régime parlementaire en droit constitutionnel, l'auteur observe une progressive disparition du comparatisme en droit administratif français, érigé au rang de modèle qui n'a donc nullement besoin d'être passé au filtre du comparatisme.

29. Cette distinction entre comparatisme théorique et comparatisme pratique se retrouve *mutatis mutandis* sous la plume de Dmitri Poldnikov que l'on accompagne dans une exploration de l'usage du comparatisme au sein du droit civil entre 1850 et 1917. Après nous avoir livré d'indispensables repères sur ce droit trop méconnu en Europe occidentale, et qui a subi une influence principalement allemande, l'auteur fait apparaître lui aussi cette stimulante imbrication de la méthode et des finalités. Il décrit plus spécifiquement une méthode comparative dogmatique et une autre qu'il qualifie de théorique en soulignant deux idées importantes. Première idée : le comparatisme a émergé quasiment en même temps qu'une science du droit civil russe tout en lui apportant un cachet de scientificité. Il y a là un exemple

<sup>12</sup> Entre autres références, on renvoie à l'article de C. Jamin qui résume bien les enjeux majeurs : « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du Centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 4, 2000, p. 733-751.

saisissant du caractère fondateur du comparatisme sur un plan doctrinal qui évidemment ne peut s'expliquer que par les spécificités de l'histoire russe que l'auteur rappelle. Seconde idée : le champ d'application le plus important du comparatisme est l'histoire du droit russe. L'auteur sonde ici les pensées doctrinales de certains juristes russes qui avancent notamment l'idée que le droit comparé n'est exclusivement possible que dans une optique historique c'est-à-dire au travers d'une histoire du droit comparé.

30. Cette dernière observation ne doit pas nous surprendre car en Europe occidentale également et en France particulièrement, les premiers thuriféraires du comparatisme furent des historiens du droit, qui plaident d'ailleurs souvent pour une association de la méthode historique et du droit comparé. Nulle surprise alors à constater la remarquable constance de cet attrait chez les historiens du droit d'aujourd'hui comme en témoigne ce dossier.

**Jean-Baptiste BUSAALL, Fatiha CHERFOUH, Gwenaël GUYON**  
**Université Paris Descartes. Sorbonne Paris Cité**  
**Institut d'Histoire du droit (EA2515)**