

L'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat en droit

Fr. R. van der Mensbrugghe

Chargé de cours à la Faculté de Droit des FUSL et de l'ULg

Si la comparaison constitue un processus propre à l'esprit humain, nullement cantonné à l'esprit scientifique, il convient de s'intéresser aux spécificités de la comparaison dans la recherche doctorale et plus spécialement dans les sciences juridiques. Pour mieux comprendre le propos, procédons justement par ... *comparaison*. D'emblée, une distinction s'impose entre l'approche comparative dans la thèse de doctorat de droit et l'approche comparative dans une démarche appliquée. La finalité et les méthodes diffèrent.

Sans s'appesantir sur la question, le droit comparé comme science appliquée fait valoir une démarche téléologique qui se traduit le plus souvent par un objectif d'unification du droit ou la volonté du juge ou de l'arbitre de déduire une solution positive à un problème. De nombreuses illustrations viennent à l'esprit. Pour ne citer que quelques exemples récents, la *House of Lords* est tout à son affaire – comparative – lorsqu'il s'agit pour elle de déterminer la possibilité d'opérer un revirement de jurisprudence sans effet rétroactif (*prospective overruling*)¹. Dans le même ordre d'idées, la Cour européenne des droits de l'homme se livre à un vaste panorama comparatif lorsqu'il est question de jauger la portée du droit de vote dans les prisons anglaises au regard de l'article 3 du protocole n°1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales². Le résultat pour le juriste anglais sera du reste détonnant³. Quant au juge communautaire, son objectif à peine déguisée lorsqu'il s'aventure sur le terrain de la comparaison consiste à dégager, au contact de différents ordres juridiques, une solution qui soit à la fois conforme à l'objectif de la Communauté, c'est-à-dire l'intégration européenne dans le cadre d'une « Communauté de droit », et acceptable par les différents ordres juridiques nationaux chargés en dernier ressort

¹ *In re Spectrum Plus Ltd* (HL) [2005] UKHL 41 ; [2005] 3 WLR 58. La House of Lords, dans le speech de Lord Nicholls of Birkenhead, de s'attarder sur la pratique du *prospective overruling* en Inde (uniquement pour le Droit constitutionnel) aux Etats-Unis (pratique tombée en désuétude), en Irlande, et au Canada (para. 18-22). Si la démarche comparative est évidemment plus présente dans les arrêts de la *House of Lords*, elle se retrouve aussi dans de nombreuses décisions de *Court of Appeal* ou de la *High Court of Justice*. Pour preuve de cette dernière, cf. *Greatorex v. Greatorex* [2000] 1 W.L.R. 1976, et le commentaire de Basil Markesinis, « Foreign Laws Inspiring National Law. Lessons From *Greatorex v. Greatorex* » [2002] *Cambridge Law Journal* 61(2), pp. 386-404.

² CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni* (N°2)(appl. 74025/01), arrêt du 6 octobre 2005 (Grande chambre). Le texte de l'arrêt est disponible sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme, dans la base de données « Hudoc », à l'adresse suivante : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/> (consulté le 18 novembre 2006). L'étude comparative de la Cour recouvre tant le droit et les pratiques dans les États contractants (paragraphe 33 et 34 de l'arrêt) que la jurisprudence d'autres États (Canada, paragraphes 35-37, et Afrique du Sud, paragraphes 38 et 39).

³ L'étude de la proportionnalité conduisait la Cour à évaluer non seulement la législation anglaise et ses conséquences, mais aussi les débats du Parlement (paragraphe 79 de l'arrêt). La référence aux débats parlementaires (*Hansard*) est strictement cantonné en droit anglais depuis l'arrêt *Pepper v. Hart* [1993] AC 593; [1992] 3 WLR 1032, HL(E). Dans leur opinion concordante commune à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, les juges Tulkens et Zagrebelsky considèrent que : « C'est un terrain délicat et glissant pour la Cour eu égard à la nature du rôle qui est le sien, en particulier lorsqu'elle admet elle-même qu'une ample marge d'appréciation doit être reconnue aux États contractants ». Pour un commentaire critique sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, cf. Tom Lewis, "'Difficult and Slippery Terrain' : *Hansard*, Human Rights and *Hirst v UK*", [2006] *Public Law*, pp. 209-218.

de la mise en œuvre du droit communautaire. Cette ligne de conduite du juge illustre à la perfection l'observation de Zweigert et Kötz pour qui : « Comparative law is an 'école de vérité' which extends and enriches the 'supply of solutions' and offers the scholar of critical capacity the opportunity of finding the 'better solution' for his time and place »⁴. Pour preuve de cette instrumentalisation de la méthode comparative par le juge communautaire, il n'est que de songer à l'emprunt au droit allemand des principes de proportionnalité⁵ et de protection de la confiance légitime⁶. Autrement dit, dans le contexte européen, le juge communautaire fait du « picorage ». Il retient une conception juridique propre à un État membre de la Communauté et l'importe dans l'ordre juridique communautaire en raison de son intérêt pour la réalisation des objectifs de la Communauté. Dans cette même veine de droit comparé comme science appliquée, le législateur communautaire, mû par des préoccupations d'idéologie, s'adonne parfois à des confrontations instrumentalisées de droits nationaux afin de faire pencher la balance vers les conceptions qu'il s'est assigné⁷. A l'occasion, sa démarche s'apparente à une simple opération de vernissage destinée à mettre en avant une politique déjà arrêtée à l'avance et amadouer les réticences à cette politique. Ce genre de comparaison - à rebours - dénote également une finalité et des méthodes tendancieuses⁸. Dans ces conditions, reste le constat d'une démarche appliquée qui fait peu de cas de l'analyse détaillée et documentée des systèmes juridiques. Le travail proprement comparatif est escamoté au profit de la poursuite de buts plus ou moins avouables. Si l'on peut assurément déceler une « phénoménologie » comparative (il faut bien cela...), le constat amer de François Rigaux sur la « médiocre qualité des analyses prétendues comparatives » reste d'actualité⁹.

Reste l'exercice comparatif dans la recherche doctorale. En l'occurrence, nous envisageons la thèse qui emprunte une démarche de *comparaison systématique* et non l'*information comparative* qui, elle est davantage illustrative qu'explicative d'une situation donnée (les informations y contenues « n'ont la prétention ni d'examiner, ni d'expliquer, ni à vrai dire de comparer des droits étrangers. Elles sont occasionnelles et visent à compléter l'exposé du droit national par une incision comparative, fugace et résumée »¹⁰). En contraste avec ce qui vient d'être écrit sur la démarche appliquée, l'exercice comparatif dans la recherche doctorale systématique s'effectue en toute liberté. Le chercheur ne s'embarrasse pas des contingences d'une démarche appliquée. Le fil rouge ou l'Étoile de berger qui happe l'attention du juge, de l'arbitre ou du législateur n'existe pas. Le doctorant peut « flâner » au gré de sa « fantaisie »

⁴ Cf. Konrad Zweigert et Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3rd revised edition (Oxford : Clarendon Press, 1998), at p. 12.

⁵ Cf. J. Schwarze, *European Administrative Law* (London : Sweet & Maxwell, 1992), pp. 680 et seq. Pour une application jurisprudentielle récente du principe de proportionnalité par la Cour de justice, cf. CJCE, 12 janvier 2006, aff. C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow GmbH c./ Landrat des Landkreises Bad Doberan*, non encore publié.

⁶ L'on songe également au principe *audi alteram partem*, analysé par l'avocat général Warner dans ses conclusions sous l'arrêt CILFIT : CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT, 283/82, *Rec.*, 3415, *CDE*, 1983, 186, note K. Lenaerts, *RTDE*, 1983, 155, note M. Lagrange.

⁷ Cf. Paul Lannoye, « L'approche comparatiste du Parlement européen », in Fr. R. van der Mensbrugghe (sous la direction de), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen* (Namur: Presses universitaires de Namur (PUN), 2003), pp. 27-39.

⁸ Cf. Fr. R. van der Mensbrugghe, « Comparative Methodology as a Means of Dissipating Tension », in Fr. R. van der Mensbrugghe (sous la direction de), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, op. cit., pp. 41-66.

⁹ Cf. François Rigaux, « Le droit comparé comme science appliquée », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1978, pp. 64-77, 73.

¹⁰ Cf. Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de Droit comparé* (Paris : LGDJ, 1974), Tome II (*La méthode comparative*) p. 26.

(ces deux mots étant choisis délibérément : il s'agit, tout comme l'interprète de *Wanderer-Fantaisie* de Schubert, de laisser libre cours à sa virtuosité, donnant l'impression d'improviser, tout en respectant des formes classiques). Cela étant, la « fantaisie » dans la recherche doctorale n'exclut pas des applications possibles, pas plus que le fait de « flâner » ne dispense le doctorant de se conformer à une méthode. En termes d'applications, une thèse qui emprunte une méthode comparative peut déboucher sur des propositions concrètes, sans pour autant s'inscrire dans une démarche d'application recherchée. Lorsque Denis Philippe vient au bout de son tour d'horizon de l'imprévision dans sept ordres juridiques nationaux, il conclut en préconisant l'accueil en Droit belge d'un nouveau concept, le « bouleversement de l'économie contractuelle », basé sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions et confié à l'appréciation des juridictions¹¹. Il décrit ce que pourraient être les conditions d'application et les effets d'un tel concept. Sa thèse débouche ainsi sur des propositions précises destinées à résoudre le problème de l'imprévision en Droit belge, sans nécessiter de réforme législative. La « fantaisie » ou la démarche du « flâneur » ne dispensent pas non plus de méthode. Si la comparaison suppose un rapprochement objectif de termes afin d'établir leurs rapports les uns par rapport aux autres, il s'en suit que le choix et la comparaison des termes à comparer doit se faire selon une démarche ordonnée. C'est précisément le rôle de la méthode d'ordonner le processus de la comparaison. L'étymologie du mot « méthode » est du reste explicite : traduits littéralement, *meta* et *odos* signifient « marche à travers ». Comme son nom l'indique, la méthode constitue une marche raisonnée que doit suivre l'esprit pour arriver à un point déterminé. Par un processus ordonné, méthodique, progressif, le doctorant va confronter les ressemblances, les différences et leurs causes pour finalement dégager les rapports et les fonctions des termes à comparer. En un mot, « fantaisie » ne signifie pas « fantaisiste »...

Dans cette même veine terminologique du flâneur, du marcheur, du « wanderer », le propos qui suit entend poursuivre la réflexion autour de deux paramètres bien connus des randonneurs : (i) le dénivelé (partir de 1000 mètres pour arriver à 2000, et revenir au point de départ), et (ii) les embûches de la marche (les pièges à éviter).

I. Le champ de comparabilité : une question du dénivelé

Le doctorant est inévitablement confronté à de multiples problèmes lors de la détermination et du traitement du champ de comparabilité. Les termes de la comparaison ne peuvent en effet être mélangés ou élucidés en vrac. Il faut ordonner l'analyse. A priori, les marches à gravir sont au nombre de deux.

La première marche concerne les termes mêmes de la comparaison. Ici, deux approches s'offrent au doctorant : fragmenter ou non les termes. Le choix entre l'une ou l'autre de ces approches, ou tout au moins le degré de fragmentation, sera dicté par le sujet choisi et le nombre des ordres juridiques à comparer. À priori, procéder par le biais d'une présentation autonome sera davantage indiqué dans la mesure où l'objet d'analyse est vaste et se prête à des développements larges permettant de procéder à un compte-rendu détaillé, sinon exhaustif des termes envisagés dans leur globalité pour aboutir à une confrontation finale des termes

¹¹ Cf. Denis Philippe, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle* (Bruxelles : Bruylant, 1986).

comparés¹². Sans forcément supposer de division en deux parties, il s'agit de traiter du sujet dans une perspective macroscopique, alternant l'intérêt pour les termes de la comparaison à tour de rôle, sans perdre de vue – en cours d'analyse – leur contribution mutuelle. Prenant cette voie, la démarche suppose une opération de planification rigoureuse qui vise à permettre aux termes de « s'alimenter ». Chaque terme analysé pourra, par ce biais seulement, appuyer la compréhension de l'autre. Leur prise en compte mutuelle – et continue – permettra aussi de remettre en question les hypothèses échafaudées en cours d'écriture, le tout devant servir à consolider et mieux faire ressortir le point d'aboutissement vers lequel le chercheur s'achemine. Isabelle Rorive semble adopter cette démarche dans sa thèse sur le revirement de jurisprudence¹³. Analysant les théories du revirement de jurisprudence développées par la *House of Lords* et la *Cour de cassation* de Belgique, elle ponctue son analyse de trois étapes. Partant du général, la jurisprudence (dans sa dimension créatrice et normative), l'auteur procède à l'analyse du phénomène du revirement en tant que tel afin de déterminer comment la *House of Lords* et la *Cour de cassation*, selon des chemins qui leur sont propres, en sont venues à reconnaître leur nécessaire participation à l'évolution du droit (une participation qui se manifeste de manière incontestable par le renversement d'une position antérieurement consacrée en dehors de toute hypothèse d'erreur). Elle isole ensuite les cas susceptibles de donner lieu à un discours producteur d'une théorie du revirement jurisprudentiel. Isabelle Rorive en vient à la conclusion que la *House of Lords* et la *Cour de cassation*, toutes deux, utilisent la technique du revirement pour transformer leur jurisprudence et qu'en outre, ces juridictions invoquent divers principes pour en gouverner l'usage, principes dont la similarité ne manque pas de frapper alors qu'ils concernent des familles juridiques traditionnellement opposées sur la base du statut réservé, dans chacun d'entre elles, aux décisions de justice. Elle en vient à relativiser, très fortement, le principe du *stare decisis*, comme critère fondateur de la distinction entre pays de *common law* et de *droit civil*.

Le doctorant peut aussi procéder de manière plus fragmentée dans la mesure où le nombre des ordres juridiques à comparer est important et que les termes choisis l'y invitent. Revenant à la thèse de Denis Philippe sur le problème de l'imprévision, l'auteur sélectionne une série de situations concrètes où le changement des circonstances affecte gravement l'économie du contrat. À l'intérieur de son examen de chacun des systèmes juridiques choisis, l'auteur soumet ces différentes hypothèses à l'épreuve des solutions proposées par le système en cause. L'approche permet d'objectiver les comparaisons. Chaque droit est étudié selon une grille d'analyse analogue. En l'occurrence, le plan de Denis Philippe place la question sur quatre niveaux. En premier lieu, il s'attache à l'analyse du concept de manière générale, pays par pays (s'attachant au fondement juridique du concept, ses conditions d'application, l'effet des circonstances sur le contrat...). Ensuite, l'auteur procède à l'analyse de cas particuliers par lesquels la loi prévoit la possibilité de modifier le contrat à la suite du changement de circonstances (ex. le contrat d'entreprise). Sur un troisième niveau, Denis Philippe étudie dans chaque droit les applications de concepts voisins du bouleversement de l'économie contractuelle (ex. l'abus de droit) pour vérifier si, par une application large ou extensive, le système juridique étudié ne reconnaît pas implicitement le bouleversement de l'économie contractuelle, ou, tout en reconnaissant le concept, n'a pas indirectement étendu son champ d'application. Quatrième et dernier niveau : les hypothèses de fait par lesquelles des situations concrètes pourraient tomber sous le couvert du bouleversement de l'économie contractuelle.

¹² Le caractère vaste de l'objet d'analyse est assurément subjectif. Pour l'entomologiste, l'infiniment petit recèle des univers entiers. Bien souvent, le travail du chercheur en droit s'apparente à celui de l'entomologiste...

¹³ Cf. Isabelle Rorive, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge* (Bruxelles : Bruylant, 2003).

Quelle que soit la voie choisie, les deux approches doivent permettre de garantir une fiabilité certaine dans l'ordonnancement des termes à comparer. Cela est du reste inhérent à l'approche fonctionnelle de la démarche comparatiste qui suppose d'éviter le piège du « nominalisme ». En guise d'illustration, la comparaison de la bonne foi de l'article 1134 du Code civil avec le droit anglais ne peut se faire sans prise directe avec les concepts de *promissory estoppel*, *duty of disclosure*, *duty to mitigate*, *unconscionability*, *contracts uberrimae fidei*... Pour difficile qu'elle soit, la comparaison ici suppose la juxtaposition d'une abstraction (le droit français avec la bonne foi, cette « mer sans rivage »¹⁴) et d'une approche concrète (le droit anglais et son « piecemeal approach »). Parallèlement, la comparaison du service public à la française (autre abstraction) avec le droit américain suppose d'aller aux tréfonds de la multiplicité des obligations qui incombent aux *public utilities* et *common carriers*, par la voie législative, judiciaire ou réglementaire.

La deuxième marche à gravir pour le doctorant est celle qui consiste à choisir les sources servant à asseoir les termes de la comparaison. La question n'est pas sans lien avec ce qui précède. La comparaison implique à l'évidence d'ouvrir le champ d'investigation au texte législatif. À lui seul, cependant, le texte de loi étrangère est insuffisant pour renseigner sur l'état exact du droit concerné. Il s'agit d'élargir le champ d'observation pour que rien ne soit perdu de la réalité juridique. Le dépassement indispensable de la loi ressort du reste avec passion dans l'exhortation d'Étienne Picard sur l'état du droit comparé en France, dénonçant le discours juridique romano-juridique « centré sur le texte, pyramidal, vertical, légi-centré, écrit, logico-déductif, dogmatique, entièrement dominé par les figures de la loi, de l'État, de la puissance publique, elles-mêmes fortement théorisées sur la base de certains dogmes politiques ou idéologiques... »¹⁵. Au vu de ce qui a été écrit ci-dessus, la préoccupation de tenir compte de toute la réalité traverse incontestablement l'analyse d'Isabelle Rorive sur le revirement de jurisprudence ou l'étude de Denis Philippe sur l'imprévision. D'autres illustrations viennent à l'esprit. La recherche des ressemblances et des différences en matière de responsabilité du fait des choses en Belgique et en France implique assurément la comparaison des textes mêmes, mais aussi la comparaison des jurisprudences nationales respectives et la pratique réelle de la règle de droit. S'exprimant à un colloque sur les accidents de la circulation en 1987, Dalcq relève le contraste d'alors qui ne manquait de frapper les esprits français : « Contrairement à ce qui se passe en France, il est exceptionnel que l'on applique en Belgique l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil aux accidents de la circulation puisque, selon l'interprétation donnée par notre Cour de cassation à cette disposition depuis l'arrêt du 26 mai 1904, l'article 1384, alinéa 1^{er} ne s'applique que si le dommage a été causé par un vice de la chose. Il est donc très rare qu'il puisse être invoqué à propos des accidents de la circulation. Nous ne croyons pas exagérer en disant que son application ne doit pas dépasser un cas sur mille et peut-être est-ce encore optimiste »¹⁶. Le doctorant qui compare le droit des régimes matrimoniaux ne doit pas non plus ignorer la pratique notariale ni la pratique de fait qui varient suivant le milieu social et les pays. Le doctorant pénaliste aura un devoir particulier. Pour preuve, l'adultère, longtemps un délit en Argentine, n'aboutissait jamais à des poursuites pénales dans la mesure où les poursuites pénales n'étaient possibles qu'après que la séparation de corps pour cause d'adultère ait été prononcée et que, par ailleurs, l'accomplissement de la procédure pour séparation de corps

¹⁴ Cf. S. David-Constant, « La bonne foi : une mer sans rivages », in *La bonne foi* (sous la direction de Mme. S. David-Constant) (Liège : Éditions du jeune barreau de Liège, 1990), pp. 7-16.

¹⁵ Cf. Étienne Picard, « L'état du droit comparé en France en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, 1999.885, p. 900.

¹⁶ Cité dans Raymond Legeais, *Grands systèmes de droit contemporains* (Paris : Litec, 2004), p. 236.

durait davantage que le délai de prescription pénale. La question des sources est d'autant moins anodine que le législateur moderne procède de plus en plus par délégation. Ainsi, si le concept de « service universel » est enfin consacré aux États-Unis dans la *Telecommunications Act* de 1996, c'est au prix d'une pléthore de délégations à la *Federal Communications Commission* (FCC), faute pour les membres du Congrès américain de trouver un terrain d'entente. Face à une réforme longtemps bloquée, et confronté à des enjeux considérables, les objectifs poursuivis par le législateur américain étaient trop nombreux et difficiles à concilier. En somme, le phénomène de délégation et son cortège de pratiques (et d'apprentissage des arcanes du droit administratif (ex. *notice and comment rulemaking* aux USA)) se doivent d'être intégrés dans la comparaison.

La question des sources renvoie également à la prise en compte des collectivités territoriales au sein des systèmes juridiques visés. Le doctorant risque de se fourvoyer en faisant abstraction des développements qui ont lieu au niveau *infra-étatique*¹⁷. Pour revenir de nouveau au service universel aux États-Unis, l'étude du concept suppose non seulement l'analyse des lois, arrêts et réglementations fédérales mais aussi l'analyse de ces sources au niveau des états fédérés, et spécialement les décisions adoptées par les *public utility commissions* étatiques. Les enseignements seront à cet égard plus qu'éclairants (l'état rural d'Idaho se montrant par exemple extrêmement novateur tant sur le plan de la désignation des services compris dans le service universel ainsi que sur le plan du parcours législatif du concept proprement dit).

II. Les embûches de la comparaison : une question de prudence

Les embûches de la comparaison sont légion. Le doctorant ne peut les éviter toutes. Au risque de banaliser la chose et de tomber dans les lieux communs, il doit en faire sa raison, faire preuve de vigilance, et procéder en quelque sorte par « *trial and error* »...¹⁸. Il n'empêche que l'on peut identifier deux chausse-trappes.

À l'évidence, il convient de vaincre les obstacles linguistiques inhérents au champ de comparabilité. Sans s'attarder sur le problème général d'apprentissage de la langue ou le besoin d'éviter, dans la mesure du possible, la comparaison par personne interposée (*second hand comparisons*)¹⁹, les exemples sont nombreux – et insidieux – de faux-amis entre familles juridiques. Véritable leitmotiv de cet exposé, le concept de bonne foi vient à nouveau éclairer le propos. L'expression de « good faith » est abondamment employée en droit américain. Elle est mentionnée quelque quatre-cents fois dans le *Uniform Commercial*

¹⁷ Sur cette question en droit européen, cf. Renaud Dehousse, « Comparing National and EC Law : The Problem of the Level of Analysis », *American Journal of Comparative Law*, 1994, pp. 761-781.

¹⁸ Ainsi, pour Zweigert et Kötz, "Writers often stress the number of traps, snares, and delusions which can hinder the student of comparative law or lead him quite astray. It is impossible to enumerate them or wholly to avoid them, even by the device of enlisting multinational teams for comparative endeavours. The best advice one can give the novice is Eichendorff's : 'Hüte dich, sei wach und munter' (Watch out, be brave and keep alert)". Cf. K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (Oxford: OUP, 1987), p. 33.

¹⁹ Reprenant Sir Frederick Pollock, « As for attempts to dispense with first-hand reading and digesting by printed summaries and other like devices, they are absolutely to be rejected. No man ever becomes a lawyer by putting his trust in such things; and if men can pass examinations by them so much the worse for the examinations ». Cf. Sir Frederick Pollock, *The Oxford Lectures* (1890), p. 105.

*Code*²⁰, qui énonce par ailleurs cette prescription générale : « Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement »²¹. L'expression est également utilisée par le législateur anglais²². L'on aurait tort cependant de faire une adéquation entre ces termes et leur homologue français. L'affaire est entendue – la démarche fonctionnelle oblige à un dépassement du « nominalisme ».

Là où l'exercice se révèle plus délicat est lorsque l'on se trouve confronté à des termes similaires, dans une même langue, qui recouvrent des réalités différentes. La « contributory negligence », le concept par lequel la faute de la victime a une incidence sur la responsabilité de l'auteur du dommage, se différencient en droit anglais et droit américain. Il en va de même pour le « brief »²³, le concept de « judicial review » et même – sur le plan institutionnel – « supreme court »²⁴. Le problème de la terminologie juridique, y compris au sein d'une même famille juridique, ne peut être sous-estimé²⁵. La terminologie juridique est le point de rencontre obligé de la langue avec le droit : « Elle représente l'enveloppe linguistique d'un contenu formé par des concepts juridiques »²⁶. Dans son style simple et direct, Lord Denning donne ce conseil au novice en droit : « to succeed in the profession of the law, you must seek to cultivate command of language. Words are the lawyer's tools of trade »²⁷. A fortiori, lorsqu'il est question de traverser les frontières de la langue. Le conseil est élémentaire et néanmoins fondamental. Si la précision des termes et la stabilité des rapports reliant les termes aux concepts juridiques ne sont pas pleinement maîtrisés par le doctorant comparatiste, son raisonnement échouera sur le récif de l'approximation et partant, il en sera décrédibilisé. Jusqu'à un certain point, il faut néanmoins composer avec cette difficulté, c'est-à-dire accepter une déperdition d'information dans le passage de la langue de départ à la langue d'arrivée. Sans doute pour atténuer la chose et éviter tout équivoque, il faut davantage compléter ici qu'ailleurs avec des informations explicatives. En tout état de cause : « [d]ans cette phase, connaître veut dire sortir de son droit pour pénétrer dans un autre »²⁸.

²⁰ Cf. E.A. Farnsworth, « Good Faith in Contract Performance », in *Good Faith and Fault in Contract Law*, in *Good Faith and Fault in Contract Law* (ed. J. Beatson et D. Friedmann), Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 153-170, p. 155.

²¹ U.C.C. §1-203. Cf. aussi §1-201(19) qui donne cette définition de la *good faith* : « 'Good faith' means honesty in fact in the conduct or transaction concerned ». Cfr. enfin §2-103(1)(b), applicable aux *contracts of sale* qui énonce : « 'Good faith' in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of commercial standards of fair dealing in the trade ».

²² Cf. par exemple l'article 27(2) du *Hire-Purchase Act 1964* aux termes duquel : « Where the disposition ... is to a private purchaser, and he is a purchaser of the motor vehicle in good faith without notice of the hire-purchase agreement ... that disposition shall have effect as if the title of the owner or seller had been vested in the hirer [le crédit-preneur] or buyer immediately before that disposition ». Pour une application jurisprudentielle, cfr. *Stevenson v. Beverley Bentinck Ltd.* [1976] 1 WLR 483, [1976] 2 All E.R. 606.

²³ Cf. P.S. Atiyah et Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (Oxford : Clarendon Press, 1987), p. xiii.

²⁴ Ainsi, aux USA, la dénomination *Supreme Court* n'est pas réservée à la plus haute juridiction fédérale. Elle est utilisée dans bon nombre d'états, y compris pour désigner des juridictions inférieures (état de New York). Au Royaume Uni, la « Supreme Court of England and Wales » vient de se faire re-baptiser « Senior Courts of England and Wales » suite à l'adoption de la *Constitutional Reform Act* de 2005 (section 59) qui établit un « Supreme Court » destinée à remplacer la *Appellate Committee of the House of Lords*.

²⁵ D'après Gutteridge, « differences in the language of the law constitute not the least of the barriers which separate the various legal systems of the world. [...] I would, in fact, be disposed to assert that pitfalls of terminology are the greatest difficulty and danger which the student of comparative law encounters in his novitiate ». Cfr. H.C. Gutteridge, « The Comparative Aspects of Legal Terminology », *XII Tulane Law Review*, 1938, pp. 401-411, p. 401 et p. 403.

²⁶ Cf. Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de Droit comparé*, op. cit. (note 10), p. 146.

²⁷ Cf. Lord Denning, *The Discipline of Law* (London : Butterworths, 1979), p. 5.

²⁸ Cf. Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de Droit comparé*, op. cit. (note 10), p. 150.

En lien avec ce qui vient d'être dit, une deuxième embûche est celle de l'indispensable lecture « inculturée » du droit étranger, c'est-à-dire le besoin d'interpréter le terme à comparer selon la méthode propre à l'ordre juridique auquel il appartient. La question n'est pas nouvelle. L'idée que les rapports de la norme juridique avec le milieu environnant impliquent le besoin de connaître celui-ci pour comprendre celle-là était déjà présente dans la pensée de Montesquieu. À priori, deux problèmes pourraient être esquissés.

Le premier est celui de la lecture même du texte étranger. Si le devoir élémentaire de tout juriste est de lire les textes soumis à son analyse avec soin et rigueur, ce devoir se présente différemment selon le système juridique envisagé (ou du moins la difficulté de la tâche ne se présente pas de la même manière). Au risque de schématiser, l'activité juridictionnelle dans les pays civilistes est traditionnellement décrite comme un syllogisme : « La majeure est la règle de droit ; la mineure est donnée par les faits que le juge a constatés dans l'espèce ; la conclusion sera la décision du juge, logiquement inévitable »²⁹. C'est une lapalissade que d'observer que pareille logique « échappe » au juge anglais. Pour Neil MacCormick : « avocats et auteurs anglais ont quasiment eu tendance à considérer le fait d'être illogique comme une vertu à leur droit : 'être logique' est une excentrique disposition continentale à laquelle les Anglais, plutôt doués de sens commun, ne se livrent qu'à leurs risques et périls »³⁰. La *House of Lords*, dans un speech de Lord Porter le reconnaît : “The common law is a historical development rather than a logical whole, and the fact that a particular doctrine does not logically accord with another or others is no ground for its rejection”³¹. Il n'est nul besoin de s'attarder sur la question. Reste qu'il convient d'intégrer ce paramètre dans la comparaison. Citant un aphorisme anglais, “the devil is in the details...”. Pour illustrer les avatars de cet exercice de lecture, emblématique d'une lecture menée à la hussarde, il est permis de faire référence à un ouvrage français, paru en 2006, qui traite du fameux arrêt anglais, *Miller v. Jackson*, sur la présence d'un club de cricket dans le voisinage d'une maison d'habitation³². L'arrêt, de la *Court of Appeal*, se constitue de trois *judgments* séparés. En l'occurrence, seule le *judgment* de Lord Denning, le premier, est repris comme donnant la réponse aux problèmes de *nuisance* et de *negligence*. Or précisément, Lord Denning est isolé sur l'existence de ces deux *torts*, mis en minorité par Lords Geoffrey Lane et Cumming Bruce. Pour élégants que soient ses propos (“In summer time village cricket is the delight of everyone...”), et avec tout le respect dû au *Master of the Rolls*, ses propos ne forment pas matière à constituer la *ratio decidendi*. En clair, il faut tenir compte de facteurs juridiques différents (ici la juxtaposition de plusieurs *judgments*), de facteurs psychologiques (*the common law mind*), historiques (l'insistance sur la procédure), politiques (l'absolutisme du concept de *Parliamentary sovereignty*), économiques et sociaux qui, tous, de façon visible ou invisible, influencent la naissance, la structure et la fonction du terme à comparer, comme de l'ordre juridique.

Quand bien même l'obstacle de la lecture ait été franchi, encore faut-il savoir interpréter le texte lu comme il se doit. Les civilistes, pétris de l'article 1156 du Code civil, auront parfois peine à comprendre le raisonnement du juge anglais ou américain, tenus au sens littéral des

²⁹ Cf. Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les Personnes*, 13^{ème} éd. (Paris : PUF, 1980), p. 25.

³⁰ Cfr. N. MacCormack, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, trad. par G. Gagey (retouchée par P. Legendre)(Paris, P.U.F., 1996), at 46. Cf. aussi l'opinion lapidaire du Doyen Carbonnier : « Il est bien connu que les juristes anglo-saxons (sic) sont moins attachés à la logique », in Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction. Les Personnes*, 13^{ème} éd. (Paris : PUF, 1980), p. 34.

³¹ *Best v. Samuel Fox & Co., Ltd.* [1952] AC 716 (HL), at 727 (Lord Porter).

³² *Miller v. Jackson*, Court of Appeal [1977] Q.B. 966; [1977] 3 W.L.R. 20; 121 S.J. 287; [1977] 3 All E.R.338.

termes. Le jugement, *Gale v. Gale*, de la *Chancery Division*, est symptomatique à cet égard³³. Un testateur transmet ses biens à deux personnes, son épouse légitime et la femme avec laquelle il vient de partager vingt-cinq ans de sa vie. Écrit dans la hâte, le testament prévoit que cette dernière – ayant la possession d'état de femme mariée – aura droit à une maison et une rente viagère “*during her widowhood*”. Alors que le juge sait pertinemment que le *de cujus* avait à l'esprit de pourvoir aux besoins des deux femmes (“*When the testator came to make his will, he apparently had it in mind to make provision both for his wife and for Dorothy Marie Laing, with whom he had cohabited...*”), il ne peut que reconnaître l'impossibilité d'accomplir le souhait du testateur puisque la compagne ne peut prétendre au statut de veuve (“*Here there is a gift to a person for a period which, in fact, can never exist at all. The commencement of the period is something which can never happen. That is to say, there can never be any period during which the beneficiary is or was the widow of the testator, and all she is given is an interest during her widowhood*”). Il semble que le juge regrette sa décision mais, tenu par un précédent de la *Court of Appeal*, il n'y peut absolument rien (“*I think that, if the testator had been consulted, he would have said that he did not intend to leave her without any provision at all, but he has used language in his will which I think has that effect. The result is that she is not entitled either to the interest which he attempts to give her in the house in question or to the weekly payment provided by the latter part of the will*”). Le juge s'arrête au sens littéral des termes plutôt que de rechercher l'intention véritable du testateur³⁴.

Nul ne contestera que chaque règle de droit trouve ses assises dans la culture qui la fonde (et qu'elle produit). Reste le problème de savoir jusqu'où aller dans cette lecture inculturée. Faut-il se résigner à constater avec Pierre Legrand que « [t]oute comparaison est un chiliogone » ... Le comparatiste doit-il se résoudre à être « celui qui s'engage à perdre »³⁵ ? La pose est belle. Il y a assurément de l'élan. Poussées à l'extrême, néanmoins, de telles remarques sonnent le glas de la comparaison. Elles la pétrifient dans une démarche vaine, faite de pure curiosité, forcément mal assouvie. Le doctorant comparatiste rencontrera nombre de difficultés. Il ne peut que s'apprêter à être déconcerté par l'altérité et les tournures d'esprit étrangers. Cela étant dit, en tentant de construire de nouvelles pensées, décroisonnantes, il œuvre pour la compréhension des droits voisins et du sien propre. À l'évidence, chacun chez soi, c'est beaucoup plus confortable. Il faut reconnaître cependant que rien aujourd'hui, dans les sciences humaines, ne peut avancer vraiment sans les passeurs de frontières. La comparaison se construit. La comparaison s'invente, à tâtons, par essais, par erreurs. La (dé)marche suppose qu'on monte, qu'on descend, qu'on trébuche. Tels sont les aléas des entrecroisements. En tout état de cause, l'aventure consiste à franchir les clôtures et à accepter

³³ *Gale v. Gale* [1941] 1 Ch. 209, [1941] 1 All ER 329.

³⁴ Le droit anglais sur cette question a depuis connu des changements : v. section 20 du *Administration of Justice Act* 1982. Pour un commentaire, cf. R. Kerridge et A.H.R. Brierley, « Mistakes in Wills : rectify and Be Damned », *Cambridge Law Journal*, 2003, pp. 750-770. À titre de comparaison, on lira dans un ouvrage français sur les successions que « les tribunaux recherchent l'intention véritable du testateur (arg. art. 1156, c. civ.) à l'aide non seulement des éléments intrinsèques du testament, mais aussi des éléments extrinsèques. Les juges s'inspirent ainsi des sentiments et des habitudes du testateur, de la nature des relations qu'il entretenait avec le légataire, de ses papiers domestiques, des usages locaux ; et la Cour de cassation tend à atténuer en la matière l'(étendue de ses pouvoirs, qu'il s'agisse du contrôle de la dénaturation des clauses claires et précises ou du contrôle des qualifications. [...] Les tribunaux ne s'en tiennent pas toujours à la recherche de l'intention véritable du testateur. Sous couvert d'interprétation, il leur arrive en maintes circonstances de 'refaire' le testament, qu'il s'agisse d'en assurer l'efficacité ou d'en développer les virtualités ». Cf. François Terré et Yves Lequette, *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 3^{ème} éd. (Paris : Dalloz, 1997), n° 413, p. 337.

³⁵ Cf. Pierre Legrand, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1999, pp. 1053-1071, p. 1060, n° 21.

de voir ses propres évidences éclairées autrement. L'aventure consiste à choisir l'inconfort de l'imprévisible.