Le droit comparé

Boris Barraud

▶ **To cite this version:**

Boris Barraud. Le droit comparé. La recherche juridique, L'Harmattan, 2016. hal-01367786

HAL Id: hal-01367786
https://amu.hal.science/hal-01367786

Submitted on 16 Sep 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Aix*Marseille université

L.I.D.2 M.S.
Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « Le droit comparé », in *La recherche juridique* (les branches de la recherche juridique), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 91 s.

manuscrit de l'auteur (droits cédés aux éditions L'Harmattan)

HAL
SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

Une branche classique de la recherche juridique

Tout d'abord, doit être souligné que, si l'expression « comparatisme juridique » paraît désigner plus logiquement que l'expression « droit comparé » la branche de la recherche juridique ici en cause, personne ne l'emploie et il est préférable de se conformer à l'usage consistant à parler de « droit comparé ». Il n'est de toute manière guère possible d'envisager que ce droit comparé pourrait être une branche du droit positif, car il est difficile d'imaginer quel pourrait être son objet et quels pourraient être ses destinataires.

L'exercice de la comparaison se retrouve dans la plupart des sciences humaines et sociales[1]. Le doit comparé ou comparatisme juridique est la science de la comparaison des droits et, plus largement, la science étudiant les droits étrangers. Si différentes branches du droit interne pourraient être comparées (par exemple, droit des contrats privés et droit des contrats publics), le droit comparé consiste traditionnellement à comparer des droits issus de différentes cultures juridiques ou, du moins, de différents États.

Le droit comparé, à l'instar de l'histoire du droit, compte au nombre des branches les plus classiques de la recherche juridique. Depuis Montesquieu, dont *L'Esprit des lois*, étude des droits étrangers en vue de la recherche du meilleur système de gouvernement, est souvent présenté comme l'ouvrage fondateur du comparatisme en droit et en science politique[2], beaucoup d'auteurs et beaucoup de publications ont, en tout ou en partie, contribué à la réflexion *jus*-comparatiste[3]. On fait remonter à la seconde moitié du XIX^{e} s. la consécration du droit comparé en tant que véritable branche de la recherche juridique, lorsqu'a été créée, au Collège de France, la première chaire de législation comparée, en 1831, et qu'a été instituée, sous l'impulsion d'Édouard de Laboulaye, la Société de législation comparée, en 1869 — qui édite aujourd'hui toujours des travaux collectifs visant à mettre en perspective les régimes juridiques de différents pays applicables à un objet donné —[4]. Et le premier Congrès international de droit comparé, organisé par

[1] Concernant les sciences « dures », la comparaison est impossible puisque celles-ci portent sur des phénomènes universels.

[2] Néanmoins, Platon comparait déjà les lois des cités grecques dans *Les Lois* et Aristote analysait les constitutions de 158 cités grecques et barbares avant de rédiger la Constitution des Athéniens.

[3] Par exemple, É. LAMBERT, *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, Paris, 1903 ; É. LAMBERT et *alii*, *Introduction à l'étude du droit comparé – Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Sirey, 1938 ; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1909), Éditions Panthéon-Assas, 2001 ; M. ARMINJON, B. NOLDE, P. WOLFF, *Traité de droit comparé*, Paris, 1950 ; E. RABEL, *The Conflict of Laws – A Comparative Study*, 1945.

[4] On observe que « c'est au cours du XIX^{e} s., en Europe, par réaction au repli nationaliste qui accompagnait les grandes codifications, que furent posés les premiers jalons d'une véritable science de la comparaison des droits. Avant ce mouvement de codification inauguré par la France révolutionnaire, une discipline comme le droit comparé n'était tout simplement pas pensable du fait de l'intérêt académique exclusif porté par l'Université depuis sa naissance, d'abord au droit romain, ensuite au droit naturel. Dans les deux cas, la recherche d'un ordre idéal rendait indifférente la teneur réelle des solutions positives, tandis que leur vocation universelle tendait pareillement à réduire la pertinence de toute démarche qui se

Édouard Lambert et Raymond Saleilles et tenu à Paris en 1900, a affirmé la légitimité universitaire du droit comparé.

Beaucoup de manuels de droit comparé ont été publiés[1], notamment par René David[2], il existe une importante *Revue internationale de droit comparé* — ainsi que plusieurs revues de langue anglaise spécifiquement consacrées à cette discipline — et certains professeurs enseignent que tout travail de recherche en droit devrait comporter, dans son introduction, des éléments de droit comparé. En outre, les doctorants en droit qui réalisent des thèses dans le cadre de facultés étrangères ou en cotutelle s'attachent souvent à des sujets de droit comparé, mettant en perspective les droits de leurs pays d'origine et de leurs pays d'accueil[3]. Mais si le droit comparé est source de nombreux travaux, il est aussi très discuté[4], non sous l'angle de son intérêt potentiel, qui est indubitable, mais sous l'angle de son intérêt actuel, qui subirait les conséquences des orientations malheureuses qui lui seraient données[5].

Le droit comparé comme science des systèmes juridiques ou des familles de droit

Ce que le *jus*-comparatiste compare, ce sont les droits issus de différentes cultures[6]. Ces droits peuvent déjà être compris comme des régimes, des institutions, des principes ou des questions de droit particuliers et, par exemple, on peut tirer des enseignements importants de l'étude des cadres juridiques applicables aux créations intellectuelles en France, aux États-Unis et au Japon. On fait de la méthode qui consiste à partir des situations juridiques la meilleure des méthodes du

---

serait attachée à faire ressortir la diversité des ordres juridiques » (H. MUIR WATT, « Droit comparé », [en ligne] <universalis.fr>).

[1] Par exemple, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, 5e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015 ; G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains – Introduction au droit comparé*, 3e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2015 ; Th. RAMBAUD, *Introduction au droit comparé – Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2014 ; M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, 7e éd., Dalloz, coll. Les mémentos, 2013 ; R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, 2e éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2008 ; R. SÉROUSSI, *Introduction au droit comparé*, 3e éd., Dunod, 2008 ; A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Traité de droit comparé – Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011.

[2] R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, LGDJ, 1950 ; R. DAVID, *Le droit comparé*, Economica, 1982 ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd., Dalloz, coll. Précis, 2002.

[3] Parmi une foultitude d'exemples, P. PERRAKI, *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015.

[4] *Cf.* B. MARKESINIS, *Juges et universitaires face au droit comparé – Histoire des trente-cinq dernières années*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2006. Également, S. STRÖMHOLM, *Comparative Legal Science – Risks and Possibilities*, Turku Law Scholl, 1994.

[5] R. DRAGO, « Droit comparé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 453.

[6] Par exemple, P. LEGRAND, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *RID comp.* 1999.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

comparatiste : ces situations, similaires, existent partout et à toutes les époques ; il s'agit alors d'observer et de comparer les différentes solutions que les différents droits retiennent face à ces cas semblables[1].

Toutefois, l'angle micro-juridique n'est pas l'angle privilégié du comparatiste qui préfère souvent envisager le droit d'un point de vue macro-juridique[2]. Surtout lorsqu'il s'agit d'écrire un ouvrage entièrement consacré au droit comparé, ce sont des systèmes juridiques qui sont étudiés. Le droit comparé consiste alors à découvrir et à classer — à établir une taxinomie en quelque sorte[3] — les systèmes et sous-systèmes juridiques qui recouvrent la société mondiale, en fonction de leurs caractéristiques fondamentales[4]. Pour cela, il convient de recourir à un ou plusieurs critères (René David, par exemple, distinguait cinq systèmes juridiques à l'aune de deux critères : un critère idéologique et un critère technique[5]). On en vient à définir

---

[1] R. DRAGO, « Droit comparé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 455.

[2] G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains – Introduction au droit comparé*, 3e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2015, p. 21.

[3] Réf. à G. CUNIBERTI, « La classification des systèmes juridiques – Taxinomie, enseignement et avancée de la connaissance », *Annuario di diritto comparato et di studi legislativi* 2013, p. 71 s. ; U. MATTEI, « Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World Legal Systems », *American Journal of Comparative Law* 1997, n° 45, p. 10 s.

[4] B. ANCEL, « Familles de droits (classification) », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 701.

[5] R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, LGDJ, 1950. Ces cinq systèmes juridiques sont le système occidental, le système soviétique, le système islamique, le système hindou et le système chinois. Quant aux critères, René David expliquait que la différenciation des systèmes « s'opère à un double point de vue. Point de vue idéologique : les droits s'opposent les uns aux autres parce qu'ils traduisent des conceptions différentes de la justice, lesquelles sont en rapport naturellement avec tous les facteurs d'organisation de la société envisagée ; les droits diffèrent parce que les communautés auxquelles ils s'appliquent entretiennent des croyances religieuses ou philosophiques différentes ou parce qu'elles ont des structures politiques, économiques ou sociales différentes. Point de vue technique : les droits s'opposent les uns aux autres, même lorsqu'ils reflètent une même conception de ce qui est juste, par la technique qui a été développée par leurs juristes et qu'ils utilisent pour faire triompher cette conception ». La classification et les critères de René David sont généralement opposés à ceux retenus par Konrad Zweigert et Hein Kötz, deux juristes allemands ayant écrit durant la seconde moitié du XXe s. (G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains – Introduction au droit comparé*, 3e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2015, p. 23). Selon eux, il serait davantage pertinent de recourir à cinq critères : le développement historique des droits, le mode de pensée juridique, les institutions particulières les plus remarquables, les sources du droit et l'idéologie fondant le système juridique (H. KÖTZ, K. ZWEIGERT, *An Introduction to Comparative Law*, 3e éd., Oxford University Press, 1998, spéc. p. 67). Il existerait alors sept familles de droit : les familles romaniste, germanique, nordique, de *common law*, socialiste, extrême orientale, islamique et hindoue. En réalité, leurs réflexions, comme celles de René David, étaient essentiellement tournées en direction des droits occidentaux et délaissaient l'étude des droits orientaux. Ce n'est que depuis une époque récente qu'on s'intéresse avec plus de précision à ces derniers. Ainsi un auteur souligne-t-il le développement des travaux portant, notamment, sur le droit japonais et sur le droit chinois et écrit-il que « le temps du droit comparé euro-centrique est révolu » (G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains – Introduction au droit comparé*, 3e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2015, p. 24).

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

des familles de droit plus ou moins originales et un auteur peut distinguer les familles de droit professionnel, les familles de droit traditionnel et les familles de droit politique[1], tandis qu'un autre sépare les familles « à longue tradition juridique » et les familles « sans tradition juridique »[2]. Plus ordinairement, on s'accorde sur l'existence de quatre familles principales de systèmes juridiques à travers le monde : la famille des droits romano-germaniques, la famille du *common law*, la famille des droits coutumiers et la famille des droits religieux.

L'enjeu est de mettre en parallèle des traditions juridiques différentes afin d'observer leurs divergences et convergences. Par exemple, des systèmes juridiques peuvent ignorer certaines sources du droit habituelles chez d'autres ou consacrer un équilibre contraire entre de mêmes sources. De telles différences concrètes emportent des conséquences importantes et, notamment, influent sur les conceptions du droit propres à chaque ordre juridique concerné[3]. Et les dissemblances peuvent être plus marquantes encore si elles se rapportent aux fondements mêmes des systèmes juridiques : un droit d'essence démocratique peut difficilement ressembler à un droit d'essence théocratique.

Vers un comparatisme des droits étatiques et nationaux

Les systèmes juridiques qu'étudie le comparatiste débordent le plus souvent les frontières des États. Mais, dans le même temps, beaucoup d'États mettent en œuvre des systèmes juridiques mixtes ou, à l'inverse, des systèmes juridiques *ad hoc* et, de plus en plus, on préfère étudier le droit anglais[4], le droit américain[5], le droit allemand[6], le droit chinois[7], le droit japonais[1], le droit musulman[2] ou le droit indien[3].

---

[1] U. MATTEI, « Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World Legal Systems », *American Journal of Comparative Law* 1997, n° 45, p. 10 s.

[2] R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, 2e éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2008.

[3] G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains – Introduction au droit comparé*, 3e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2015, p. 21.

[4] X. BLANC-JOUVAN, *Le droit anglais*, 7e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2008 ; P. KINDER-GEST, *Les institutions britanniques*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1999 ; J. A. JOLOWICZ, *Droit anglais*, Dalloz, 1992 ; A. BULLIER, *Le Common law*, 3e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2012.

[5] A. LEVASSEUR, *Le droit américain*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2004 ; E. ZOLLER, *Le droit des États-Unis*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2001.

[6] C. WITZ, *Le droit allemand*, 2e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2013 ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997 ; V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative – Étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, 2002 ; M. PÉDAMON, *Le droit allemand*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1985.

[7] J. TAO, *Le droit chinois contemporain*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1991 ; F. CONSTANT, Ch. LOPEZ, *Le droit chinois*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2013 ; H. PIQUET, *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant (Bruxelles), 2005 ; X. Y. LI-KOTOVTCHIKHINE, dir., *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, Litec, 2004 ; J. SHI, *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, LGDJ, 2006.

indien[3]. Pourraient être ajoutés à la liste le droit russe[4], le droit scandinave[5], le droit suisse[6], le droit d'Afrique du Sud[7], le droit égyptien[8], le droit saoudien[9] ou encore le droit pakistanais[10].

Par suite, peuvent être plus spécifiquement comparés les sources du droit positif, les organisations judiciaires, les organisations administratives, les constitutions, les régimes de responsabilité, les modes de raisonnement juridique, les croyances et idéologies sous-jacentes, etc. Et les comparatistes sont dans bien des cas non des comparatistes du droit mais des comparatistes de branches du droit particulières, telles que le droit constitutionnel[11], le droit pénal[12] ou le droit des contrats[13], ou des comparatistes de certains aspects du droit.

---

[1] Y. NODA, *Introduction au droit japonais*, Dalloz, 1966 ; E. SEIZELET, *Justice et magistrature au Japon*, Puf, 2002 ; J.-L. HALPÉRIN, N. KANAYAMA, *Droit japonais et français au miroir de la modernité*, Dalloz, 2007 ; T. MATSUKAWA, *La famille et le droit au Japon*, Economica, 1991.

[2] L. MILLIOT, F.-P. BLANC, *Introduction au droit musulman*, 2e éd., Dalloz, 2001 ; J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve, 1993 ; F.-P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995 ; N. J. COULSON, *Histoire du droit islamique*, Puf, 1995 ; X. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, 3 vol., Mouton, 1965-1973 ; H. BLEUCHOT, *Droit musulman – t. I : Histoire*, PUAM (Aix-en-Provence), 2000 ; H. BLEUCHOT, *Droit musulman – t. II : Fondements, cultes, droit public et mixte*, PUAM (Aix-en-Provence), 2002 ; B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les pays arabes*, PUAM (Aix-en-Provence), 1993.

[3] W. MENSKI, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, Oxford University Press, 2003 ; M. GALANTER, *Law and Society in Modern India*, Oxford University Press, 1989 ; J. D. M. DERRETT, *Religion, Law and the State in India*, Oxford University Press, 1999 ; R. LINGAT, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Paris, 1967.

[4] B. DUTOIT, *Le droit russe*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2008.

[5] R. SÉROUSSI, *Introduction au droit comparé*, 3e éd., Dunod, 2008, p. 2-3.

[6] M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, 7e éd., Dalloz, coll. Les mémentos, 2013.

[7] I. SCHAPERA, *A Handbook of Tswana Law and Custom*, James Currey (Martlesham), 1938; I. SCHAPERA, *Tribal Innovators – Tswana Chiefs and Social Change – 1775-1940*, Humanities Press (New York), 1970 ; T. W. BENNETT, *Customary Law in South Africa*, Juta (Cape Town), 2004 ; G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains – Introduction au droit comparé*, 3e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2015, p. 377 s. ; R. SACCO, *Le droit africain – Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009.

[8] C. B. LOMBARDI, *State Law as Islamic Law in Modern Egypt*, Brill (Leyde), 2006.

[9] F. VOGEL, *Islamic Law and Legal System – Studies of Saudi Arabia*, Brill (Leyde), 2000.

[10] M. LAU, *The Role of Islam in the Legal System of Pakistan*, Martinus Nijhoff (Leyde), 2005.

[11] Par exemple, A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1909), Éditions Panthéon-Assas, 2001 ; M.-C. PONTHOREAU, *Droits constitutionnels comparés*, Economica, coll. Corpus droit public, 2010 ; S. PIERRÉ-CAPS, *Droits constitutionnels étrangers*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2015.

[12] Par exemple, J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 3e éd., Dalloz, coll. Précis, 2008 ; *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*.

[13] Par exemple, R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, coll. Systèmes droit, 2012 ; R. NOGUELLOU, U. STELKENS, dir., *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit administratif, 2010.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

La neutralité et l'objectivité du jus-*comparatiste*

En tant que scientifique, le comparatiste n'a pas à porter de jugements de valeur sur les ordonnancements juridiques qu'il étudie, n'a pas à les ranger les uns par rapport aux autres en fonction de leurs mérites et périls respectifs[1]. Le comparatisme juridique est fondamentalement égalitaire. Était initialement assigné au droit comparé l'objectif d'unir les divers ordres juridiques[2] — le Congrès de 1900 précité visait en particulier à poser la question des moyens de parvenir à un droit uniforme — ; aujourd'hui, on admet que le droit comparé doit rester neutre par rapport à cet objectif[3]. La démarche comparatiste tend autant à éclairer les différences entre les systèmes qu'à en révéler les convergences ; elle n'a aucun parti pris en faveur du rapprochement des droits, même si les origines de la science comparative sont marquées du désir de découvrir un fonds « législatif » commun entre les peuples et s'inscrivent, comme les premières doctrines du droit international, dans une perspective universaliste.

La possibilité d'un droit comparé à finalité pratique ou politique

Par ailleurs, le droit comparé peut avoir une vocation pratique au-delà de sa vocation scientifique[4], spécialement en droit international privé, et servir le juriste d'entreprise multinationale, l'avocat ou le magistrat. En matière de commerce international, les conseils en *forum shopping*, qui consiste à choisir librement de se placer dans le cadre juridique le plus favorable au développement de ses activités et de ses profits, recourent abondamment au droit comparé. Celui-ci peut aussi inspirer des réformes aux pouvoirs publics, notamment en matière de légistique. La création, en 1987, des cours administratives d'appel a par exemple été encouragée par les enseignements tirés de l'étude du droit allemand[5]. Quant aux mécanismes du « parlementarisme rationalisé » mis en place par la Constitution du 4 octobre 1958, ils ont été en partie influencés par le regard porté sur les institutions britanniques.

L'analyse des droits étrangers peut permettre, par contraste, de mieux comprendre son droit national, de découvrir ses originalités ainsi que ses lacunes. C'est une tâche traditionnelle du droit comparé que de contribuer à l'amélioration du droit national par l'importation de modèles inspirés des droits étrangers. Ainsi fait-on du contrôle de constitutionnalité des lois par une cour *ad hoc* une « mode » lancée par Hans Kelsen et répandue à travers le monde, à partir de 1945, par les

---

[1] *Contra*, H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RID comp.* 2000.

[2] Par exemple, L. VOGEL, *Unifier le droit : le rêve impossible ?*, Éditions Panthéon-Assas, coll. Droit global, 2001.

[3] H. MUIR WATT, « Droit comparé », [en ligne] <universalis.fr>.

[4] R. DRAGO, « Droit comparé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 454.

[5] *Ibid.*, p. 456.

comparatistes[1]. Et les études comparatives, également omniprésentes dans les travaux de la Cour européenne des droits de l'homme — « paradis du droit comparé »[2] —, permettent à la Cour internationale de justice de dégager les « principes généraux communs aux nations civilisées ».

Les objets qui intéressent le droit comparé « pratique » sont aussi vastes que le droit. Tout dans le droit, du processus législatif au régime juridique des baux commerciaux en passant par la fiscalité, peut être approché sous l'angle comparatiste. Et la plupart des ministères, notamment celui de la justice, disposent de services de législation étrangère.

Il faut donc distinguer le droit comparé à visée scientifique et le droit comparé à visée politique. Or, normalement, dans le cadre de la recherche juridique, dans le cadre universitaire, le droit comparé ne devrait être qu'une activité scientifique. Mais le droit comparé est bel et bien avant tout un exercice universitaire ayant pour finalité de faire progresser les connaissances juridiques et, plus encore, d'élargir la culture juridique. Cela n'est d'ailleurs pas incompatible avec le volet pratique du comparatisme juridique puisque la science comparative consiste aussi à étudier les influences des droits les uns sur les autres, les phénomènes de mimétisme et d'incorporation ou de réception par l'intermédiaire de la doctrine, des juges ou des législateurs.

Enfin, le droit comparé est, parmi les différentes branches de la recherche juridique, peut-être celle qui est le plus souvent associée à d'autres, bien qu'elle réponde assurément à des intentions et à des méthodes propres. Ainsi n'est-il pas rare de voir un historien du droit, un sociologue du droit, un anthropologue du droit[3] ou un économiste du droit[4] faire œuvre comparative afin d'enrichir ses travaux. En effet, les variations géographiques du phénomène juridique dépendent pour beaucoup de déterminismes sociaux, culturels et historiques. Le « pur » droit comparé semble ainsi moins opportun que le droit comparé ouvert aux autres sciences sociales ou, du moins, aux autres sciences juridiques.

L'avenir du droit comparé en question

Reste que, compris comme exercice avant tout académique, le comparatisme juridique est de plus en plus dénoncé en ce qu'il ne revêtirait aucune vertu pédagogique, en ce qu'il ne ferait qu'accumuler de manière stérile des informations

---

[1] S. PIERRÉ-CAPS, *Droits constitutionnels étrangers*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2015 ; M.-C. PONTHOREAU, *Droits constitutionnels comparés*, Economica, coll. Corpus droit public, 2010.

[2] R. DRAGO, « Droit comparé », in D. ALLAND, S. RIALS, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 454.

[3] Par exemple, É. LE ROY, *Les africains et l'institution de la justice*, Dalloz, 2004 ; R. SACCO, *Le droit africain – Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009 ; J. VANDERLINDEN, « À propos des familles de droit en droit civil comparé », in *Mélanges René Dekkers*, Bruylant (Bruxelles), 1982, p. 359 s.

[4] Par exemple, U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press (Ann Arbor), 1997.

éparses et non systématisées, de valeur tout au plus anecdotique pour les diverses branches du droit positif qu'elles peuvent concerner[1]. Lorsqu'il consiste à identifier les grandes familles de droit, il amène ses spécialistes à se demander si cette tâche ne serait pas en définitive vaine, parce que la définition des critères est toujours abstraite et arbitraire, toujours discutable et donc imparfaite, et parce que beaucoup d'ordres juridiques empruntent leurs caractéristiques non à une mais à plusieurs familles de droit[2]. Il semble que le comparatisme juridique oblige à opérer des simplifications qui, au mieux, le rendent inutile et, au pire, le rendent dangereux. Le système juridique américain n'est-il pas très différent du système juridique anglais, si bien que l'un et l'autre devraient toujours être étudiés séparément ? Se pose alors la question de savoir s'il ne faudrait pas, sous l'angle du droit comparé, se borner à mettre en parallèle quelques droits étatiques sans jamais chercher à associer certains d'entre eux afin de composer des familles inéluctablement artificielles.

Et une interrogation revient avec de plus en plus d'insistance : à l'heure du droit global, du droit mondial, du droit international, le droit comparé n'est-il pas voué à petit à petit péricliter[3] ? Pour l'heure, en tout cas, il devrait surtout être utile afin d'uniformiser le droit au niveau régional et au niveau international en permettant d'identifier les règles primaires et secondaires, matérielles et formelles les plus légitimes et acceptables[4]. Mais le droit comparé, trop abstrait, trop divisé et trop dilué, paraît remplir difficilement cette mission[5].

Après la science du droit positif, l'histoire du droit et le droit comparé, une autre science du droit, qui est une branche de plus en plus cardinale au sein de la recherche juridique, réside en la sociologie du droit. Si le droit comparé, l'histoire du droit et la science du droit positif comptent parmi les branches de la recherche juridique les plus scientifiques, la sociologie du droit en est une autre. Et, si l'étendue du champ de la science du droit positif, du champ de l'histoire du droit et du champ du droit comparé dépend très directement de la définition du droit que retient la théorie du droit, il en va à l'identique de l'étendue du champ de la sociologie du droit. La théorie du droit est définitivement le premier des niveaux de

---

[1] H. MUIR WATT, « Droit comparé », [en ligne] <universalis.fr>. L'auteur explique que « c'est la pratique même de la comparaison qui contribue parfois à ternir l'image de cette discipline, se confondant trop souvent avec la simple juxtaposition d'études ponctuelles consacrées à tel ou tel système, voire à telle ou telle règle étrangère, et négligeant les exigences d'ordre épistémologique qui confèrent à cette matière toute sa légitimité scientifique ».

[2] G. CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains – Introduction au droit comparé*, 3e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2015, p. 26.

[3] *Cf.*, notamment, *Arch. phil. droit* 2000, « L'américanisation du droit ».

[4] J.-L. HALPÉRIN, *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009 ; J. -B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2e éd., LGDJ, coll. Systèmes, 2010.

[5] *Cf.* B. MARKESINIS, *Juges et universitaires face au droit comparé – Histoire des trente-cinq dernières années*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2006. L'auteur critique en particulier « l'attitude de la France, pays trop obsédé par lui-même, son passé et son présent, et qui peine à s'adapter à un monde en mutation ».

la recherche juridique, tant qualitativement que temporellement, en ce qu'elle délimite le périmètre du continent juridique à l'intérieur du monde social et, de la sorte, précise aux scientifiques du droit quelles sont les dimensions et les limites de leur objet d'étude.

En revanche, la sociologie du droit se distingue sur un point important de la science du droit positif, de l'histoire du droit et du droit comparé : les scientifiques du droit positif, les historiens du droit et les *jus*-comparatistes sont pratiquement tous des juristes de formation quand les sociologues du droit sont pour beaucoup des sociologues de formation et sont tous au moins des sociologues par destination. Autrement dit, les uns font du droit spécialisé quand les autres font de la sociologie spécialisée dans ce pan spécifique de l'organisation sociale qu'est le droit.

Orientations et illustrations bibliographiques

ANCEL B., « Familles de droits (classification) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 701 s.
Arch. phil. droit 1986, « Le système juridique »
Arch. phil. droit 2001, « L'américanisation du droit »
ARMINJON M., NOLDE B., WOLFF P., *Traité de droit comparé*, Paris, 1950
Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question – À propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale*, Société de législation comparée, 2006
BARANGER D., « Angleterre (culture juridique) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
BEAUTÉ J., « La théorie anglaise de la Couronne », *Droits* 1992, n° 15, p. 113 s.
BELL J., « Que représente la souveraineté pour un britannique ? », *Pouvoirs* 1993, n° 67, p. 107 s.
BENNETT T. W., *Customary Law in South Africa*, Juta (Cape Town), 2004
BLANC F.-P., *Le droit musulman*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1995
BLANC F.-P., MILLIOT L., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001
BLANC-JOUVAN X., *Le droit anglais*, 7e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2008
BLEUCHOT H., *Droit musulman – t. I : Histoire*, PUAM (Aix-en-Provence), 2000
BLEUCHOT H., *Droit musulman – t. II : Fondements, cultes, droit public et mixte*, PUAM (Aix-en-Provence), 2002
BOËTSCH G., FERRIÉ J.-N., dir., *Droit et société dans le monde arabe – Perspectives socio-anthropologiques*, PUAM (Aix-en-Provence), 1997
BONNAN J.-C., « Inde (culture juridique) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
BOTIVEAU B., *Loi islamique et droit dans les pays arabes*, PUAM (Aix-en-Provence), 1993
BOURGON J., « Chine (culture juridique) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
BOUTMY E., *Études de droit constitutionnel : France, Angleterre, États-Unis*, 3e éd., Plon, 1885
BREEN E., « Quelques perspectives de recherches comparatives sur la justice », in AGUILA Y. et *alii*, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 312 s.
BULLIER A., *Le Common law*, 3e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2012
CABRILLAC R., *Droit européen comparé des contrats*, LGDJ, coll. Systèmes droit, 2012
CAPELLER W., « Présentation – Globalisation des échanges et espaces juridiques », *Dr. et société* 1997, p. 9 s.
CAPELLER W., KITAMURA T., *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales : autour de Masaji Chiba*, Bruylant (Bruxelles), 1998
CARBONNIER J., « L'apport du droit comparé à la sociologie juridique », in *Le livre du Centenaire de la Société de Législation comparée*, t. I, LGDJ, 1969, p. 75 s.
CHIBA M., *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokai University Press (Tokyo), 1989
COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, 2e éd., Puf, coll. Quadrige - Essais débats, 2007
COHEN-TANUGI L., « L'américanisation du droit français », *Arch. phil. droit* 2001
CONSTANT F., LOPEZ Ch., *Le droit chinois*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2013
COULSON N. J., *Histoire du droit islamique*, Puf, 1995
CUNIBERTI G., *Grands systèmes de droit contemporains – Introduction au droit comparé*, 3e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2015
CUNIBERTI G., « La classification des systèmes juridiques – Taxinomie, enseignement et avancée de la connaissance », *Annuario di diritto comparato et di studi legislativi* 2013, p. 71 s.

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

DAVID R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, LGDJ, 1950
DAVID R., *Le droit comparé*, Economica, 1982
DAVID R., « Le dépassement du droit et les systèmes juridiques contemporains », *Arch. phil. droit* 1963, p. 19 s.
DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd., Dalloz, coll. Précis, 2002
DELMAS-MARTY M., « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.* 2006, p. 951 s.
DELMAS-MARTY M., « Réflexions sur le rôle du droit comparé dans le contexte de l'internationalisation pénale », in AGUILA Y. et *alii*, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 205 s.
DONNET-KAMEL D., « Les expériences étrangères d'évaluation participative, des démarches imaginatives », in VALLEMONT S., dir., *Débat public : une réforme dans l'État*, LGDJ, coll. Systèmes droit, 2001, p. 119 s.
Droit et société 1997/35, « Globalisation des échanges et espaces juridiques »
EISENMANN Ch., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ, 1928
ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1909), Éditions Panthéon-Assas, 2001
DERRETT J. D. M., *Religion, Law and the State in India*, Oxford University Press, 1999
DRAGO R., « Droit comparé », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 453 s.
DUGUIT L., « La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État », *RDP* 1919, p. 161 s.
DUTOIT B., *Le droit russe*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2008
FERRAND F., *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997
FROMONT M., *Grands systèmes de droit étrangers*, 7e éd., Dalloz, coll. Les mémentos, 2013
FROMONT M., « La Cour constitutionnelle fédérale et le droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 119 s.
GALANTER M., *Law and Society in Modern India*, Oxford University Press, 1989
GAMBARO A., SACCO R., VOGEL L., *Traité de droit comparé – Le droit de l'occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011
GAY (L.), « L'exigence d'efficacité de la norme, facteur d'un nouvel âge d'or du comparatisme dans la production juridique », in FATIN-ROUGE STÉFANINI (M.), GAY (L.) et al. (Dir.), L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 107
GLENN P., *Legal Traditions of the World*, 2e éd., Oxford University Press, 2010
HALPÉRIN J.-L., *Profils des mondialisations du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009
HALPÉRIN J.-L., KANAYAMA N., *Droit japonais et français au miroir de la modernité*, Dalloz, 2007
HEUSCHLING L., *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Dalloz, 2002
HUMMEL J., « Allemagne (doctrines allemandes de l'État et du droit de Hegel et Jellinek) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
JOLOWICZ J. A., *Droit anglais*, Dalloz, 1992
KALUZYNSKI M., « Globalisation des échanges et espaces juridiques », *Dr. et Société* 1997
KELSEN H., « Le contrôle de constitutionnalité des lois – Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *RFD const.* 1990, p. 17 s.
KINDER-GEST P., *Les institutions britanniques*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1999
KIRAT T., « Les théories de la jurisprudence de François Gény et Édouard Lambert et la *Common Law* : remarques sur la position de la *case law method* par rapport à l'œuvre des deux juristes français », in JESTAZ Ph., THOMASSET C., VANDERLINDEN J., dir., *François Gény, mythes et réalités – 1899-1999 : centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit positif – Essai critique*, Dalloz-Bruylant-Yvon Blais (Paris-Bruxelles-Montréal), 2000, p. 321 s.
KÖTZ H., ZWEIGERT K., *An Introduction to Comparative Law*, 3e éd., Oxford University Press, 1998
LAMBERT É., *Études de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, Paris, 1903
LAMBERT É. et *alii*, *Introduction à l'étude du droit comparé – Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Sirey, 1938
LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative – Étude sur les codes civils français et allemand*, LGDJ, 2002
LAU M., *The Role of Islam in the Legal System of Pakistan*, Martinus Nijhoff (Leyde), 2005
LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains – Approche comparative*, 2e éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2008
LEGRAND P., *Le droit comparé*, 5e éd., Puf, coll. Que sais-je ?, 2015
LEGRAND P., « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *RID comp.* 1999
LE ROY É., *Les africains et l'institution de la justice*, Dalloz, 2004
LEVASSEUR A., *Le droit américain*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2004
LI-KOTOVTCHIKHINE X. Y., dir., *Les sources du droit et la réforme juridique en Chine*, Litec, 2004
LINANT DE BELLEFONDS X., *Traité de droit musulman comparé*, 3 vol., Mouton, 1965-1973
LINGAT R., *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Paris, 1967
LOMBARDI C. B., *State Law as Islamic Law in Modern Egypt*, Brill (Leyde), 2006
MACLOUF P., « Crise de la Common Law », *Arch. phil. droit* 2000, p. 333 s.
MARCOU G., « Régulation et service public : les enseignements du droit comparé », in MARCOU G., MODERNE F., dir., *Droit de la régulation, service public et intégration régionale – t. I : Comparaisons et commentaires*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005
MARKESINIS B., *Juges et universitaires face au droit comparé – Histoire des trente-cinq dernières années*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2006

MATSUKAWA T., *La famille et le droit au Japon*, Economica, 1991
MATTEI U., *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press (Ann Arbor), 1997
MATTEI U., « Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World Legal Systems », *American Journal of Comparative Law* 1997, n° 45, p. 10 s.
MAUS D., « Pour le droit comparé », in AGUILA Y. et *alii*, *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Puf, coll. Droit et justice, 2007, p. 286 s.
MAYER O., *Droit administratif allemand*, Giard et Brière, 1903
MELLERAY F., dir., *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant (Bruxelles), 2007
MENSKI W., *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, Oxford University Press, 2003
MICHAUT F., « États-Unis (grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
MITCHEL DE S.-O., « La MacDonald-isation du discours judiciaire français », *Arch. phil. droit* 2001, p. 137 s.
MOITRY J.-H., « Japon (culture juridique) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
MONTESQUIEU Ch.-L., *De l'esprit des lois* (1748), Flammarion, 1995
MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RID comp.* 2000
MUIR WATT H., « Droit comparé », [en ligne] <universalis.fr>
NODA Y., *Introduction au droit japonais*, Dalloz, 1966
NOGUELLOU R., STELKENS U., dir., *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant (Bruxelles), coll. Droit administratif, 2010
PÉDAMON M., *Le droit allemand*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1985
PERRAKI P., *La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015
PFERSMANN O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RID comp.* 2001, p. 275 s.
PICARD É., « *Common law* », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
PIERRÉ-CAPS S., *Droits constitutionnels étrangers*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2015
PIQUET H., *La Chine au carrefour des traditions juridiques*, Bruylant (Bruxelles), 2005
PONTHOREAU M.-C., *Droits constitutionnels comparés*, Economica, coll. Corpus droit public, 2010
PRADEL J., *Droit pénal comparé*, 3e éd., Dalloz, coll. Précis, 2008
QUARITSCH H., « La situation actuelle de la théorie générale de l'État en Allemagne », *Droits* 1992, n° 15, p. 65 s.
RABEL E., *The Conflict of Laws – A Comparative Study*, 1945
RAMBAUD Th., *Introduction au droit comparé – Les grandes traditions juridiques dans le monde*, Puf, coll. Quadrige manuels, 2014
RICCI R., « L'ordonnancement d'un système juridique par la recherche de la cohérence : l'apport des études comparatives de jurisprudence », in DOAT M., LE GOFF J., PÉDROT P., dir., *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 195 s.
SACCO R., *Le droit africain – Anthropologie et droit positif*, Dalloz, 2009
SAVIGNY C. F. von, *System des heutigen ràmischen Rechts*, 1848
SCHACHT J., *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve, 1993
SCHAPERA I., *A Handbook of Tswana Law and Custom*, James Currey (Martlesham), 1938
SCHAPERA I., *Tribal Innovators – Tswana Chiefs and Social Change – 1775-1940*, Humanities Press (New York), 1970
SEIZELET E., *Justice et magistrature au Japon*, Puf, 2002
SÉROUSSI R., *Introduction au droit comparé*, 3e éd., Dunod, 2008
SHI J., *La codification du droit civil chinois au regard de l'expérience française*, LGDJ, 2006
STERN N., « La mondialisation du droit », *Projet* 2000, n° 262
STRÖMHOLM S., *Comparative Legal Science – Risks and Possibilities*, Turku Law Scholl, 1994
TAO J., *Le droit chinois contemporain*, Puf, coll. Que sais-je ?, 1991
THIREAU J.-L., « Droit français », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
TIMSIT G., « Système juridique », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003
USUNIER L., « Le rapport *Doing Business* 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats », *RDC* 2012, p. 575 s.
VAN DE KERCHOVE M., « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », in BERGEL J.-L., dir., *Le plurijuridisme*, PUAM (Aix-en-Provence), 2005, p. 37 s.
VANDERLINDEN J., « À propos des familles de droit en droit civil comparé », in *Mélanges René Dekkers*, Bruylant (Bruxelles), 1982, p. 359 s.
VIANDIER A., *Recherche légistique comparée*, Spinger-Verlag (Berlin), 1988
VOGEL F., *Islamic Law and Legal System – Studies of Saudi Arabia*, Brill (Leyde), 2000
WITZ C., *Le droit allemand*, 2e éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2013
ZOLLER E., *Le droit des États-Unis*, Puf, coll. Que sais-je ?, 2001

Aix*Marseille université

HAL SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIÉTÉ

ZOLLER É., « États-Unis (culture juridique) », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

ZOLLER É., « *Rule of law* », in ALLAND D., RIALS S., dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige dicos poche, 2003

ZOLLER É., « Américanisation », in CADIET L., dir., *Dictionnaire de la justice*, Puf, 2004