

# RÉACTIONS AU MANIFESTE DU CDPC

## Matinée fondatrice du 8 février 2013

### Sommaire :

Propos introductifs des membres du CDPC	2
Réactions des participants	7

# Propos introductifs des membres du CDPC

## **Élisabeth ZOLLER**

*Professeur de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas*

Bonjour à tous. Au nom de l'équipe scientifique du Centre de droit public comparé, je vous souhaite la bienvenue à sa réunion fondatrice.

Nous sommes heureux de vous voir si nombreux. Votre forte présence nous honore. Elle prouve que l'approche comparative du droit public s'impose aujourd'hui comme une priorité.

C'est notre conviction à tous les quatre et elle se fonde sur une raison simple : tous les changements enregistrés dans notre droit public ces dernières années tiennent à des facteurs exogènes.

C'est vrai en droit constitutionnel avec l'introduction de la QPC, la prise de conscience des conflits d'intérêts ou l'exigence de moralité publique ; c'est vrai en droit administratif avec le renforcement des pouvoirs du juge, le procès équitable ou la distinction entre l'autorité administrative indépendante et l'agence.

Les droits voyagent. Les droits voyagent parce que le droit est la visibilité du social et que le social aujourd'hui déborde les frontières. À l'échelle universelle, nul n'échappe à la globalisation du droit. À l'échelle continentale, l'avenir de l'Union européenne passe par l'europanisation du droit.

Il n'est pas dans nos intentions, à nous au CDPC de rester passifs devant ces phénomènes comme des canards assis ; nous voulons comprendre ce qui se passe et anticiper ce qui va se passer. C'est pour cela que nous sommes réunis aujourd'hui, pour développer nous-mêmes avec tous les publicistes qui le souhaitent, le droit public comparé en tant que discipline scientifique.

Nous avons proposé un Manifeste. Il est ouvert à la discussion. Nous attachons un grand prix à ce que ce Manifeste ne soit pas affiché, seul, sur la page web du Centre comme une vérité révélée. Nous croyons indispensable que les remarques, observations ou critiques qu'il peut susciter, soient accessibles au plus grand nombre. C'est pourquoi, comme nous vous l'avons indiqué par mail, ceux d'entre vous qui le veulent pourront nous adresser un texte d'une longueur librement fixée par chacun qui résume ses observations, réactions ou critiques après notre réunion. Nous éditerons et collationnerons tous les textes reçus en un document unique qui sera mis en ligne à côté de notre Manifeste.

Et maintenant, place à la libre circulation des idées et des opinions. Je passe la parole à mes collègues de l'équipe qui vont lancer les débats.

## **Aurélien DUFFY-MEUNIER**

*Maître de Conférences en droit public, Université Paris II Panthéon-Assas*

Quelques mots pour illustrer le rapport que nous vous avons présenté dans une perspective constitutionnelle. En droit constitutionnel, les axes prioritaires de notre centre vont essentiellement s'articuler autour des déclinaisons du constitutionnalisme dans le monde et de ses valeurs que sont les droits de l'homme et la démocratie. Au sein de ces thèmes, certains axes de recherche illustrent parfaitement les objets, les finalités et les méthodes du droit public comparé que nous avons identi-

fiés. Parmi ces différents axes, un exemple en témoigne particulièrement : la question du travail judiciaire d'interprétation des lois à travers notamment le recours au principe de l'interprétation conforme à la Constitution. L'étude du système britannique a été l'occasion de redécouvrir cette technique et de voir qu'elle permettrait de vérifier les objets, les finalités et les méthodes du droit public comparé présentés dans le rapport du CDPC.

S'agissant des objets, on peut tout d'abord constater que les techniques de sauvetage fondées sur une présomption de validité de la loi ne sont pas le seul apanage du Conseil constitutionnel qui a formulé des réserves d'interprétation dès sa deuxième décision DC portant sur le *Règlement de l'Assemblée nationale* le 24 juin 1959, dans la décision sur la *Fouille des véhicules* du 12 janvier 1977 ou plus récemment dans la décision sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public du 7 octobre 2010. De nombreux juges ont recours à des techniques de sauvetage de la loi. Elles sont particulièrement répandues et diversifiées. Développées dans les années 30 aux Etats-Unis dans la décision *Jones & Laughlin*, elles sont apparues, sous d'autres formes, en Allemagne où l'on a recours à la méthode de « l'interprétation conforme », en Italie avec les sentences dites « manipulatives », en Espagne avec les « sentences interprétatives », en Belgique où l'on parle « d'interprétation conciliante » et même au Royaume-Uni avec la technique de l'interprétation conforme des lois aux droits de la CEDH basée sur le *Human Rights Act 1998*. L'affaire *Ghaidan v. Godin Mendoza* de 2004, qui trouve un écho dans l'actualité française et britannique en témoigne. La Chambre des Lords a interprété très audacieusement les termes « vivant comme maris et femmes » du *Rent Act 1977*. Cette disposition s'appliquait originellement aux couples hétérosexuels mariés ou vivant en concubinage. Les Lords ont étendu cette loi aux couples homosexuels. Ils ont ainsi permis au conjoint d'un couple de même sexe d'hériter du bail de leur conjoint décédé. Bref, cette énumération démontre que bien des juges issus de traditions juridiques différentes sont, au quotidien, confrontés à cette technique.

Le fait qu'ils soient des acteurs privilégiés du recours à cette technique montre que les juges, leur dialogue ou leurs inspirations réciproques sont devenus des figures déterminantes du développement du droit constitutionnel et du droit public comparé.

Les droits et libertés constituent, ensuite, un terrain privilégié pour cette technique, ce qui vérifie l'une des finalités du droit public comparé. Les réserves d'interprétation connaissent aujourd'hui en France avec la question prioritaire de constitutionnalité un regain d'intérêt. Leur importance est renouvelée pour les juges judiciaires et administratifs qui bénéficieraient de la connaissance des expériences d'autres systèmes. Par ailleurs, c'est lorsqu'ils ont choisi d'adopter des Déclarations de droits et qu'ils ont préféré éviter d'aller jusqu'à l'adoption d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois en raison de leur attachement au principe de souveraineté du Parlement que la Nouvelle-Zélande, Honk Hong et à leur suite le Royaume-Uni ont choisi d'avoir recours à une telle technique. Elle leur permet d'assurer la garantie des droits et libertés à l'encontre du législateur sans pour autant à avoir à priver d'effet une loi.

Ces exemples démontrent que la protection des droits et libertés trouve un écho particulier dans le recours à cette technique. De façon plus générale, les droits de l'homme et plus largement la démocratie constituent très souvent un dénominateur commun aux objets d'étude de droit public et constitutionnel comparé.

S'agissant, enfin, des méthodes, les problématiques soulevées par cette technique sont communes aux systèmes de *civil law* et de *common law*. Cette technique peut, en outre, aussi bien être utilisée dans des systèmes où la justice constitutionnelle est aboutie que dans des systèmes encore attachés au principe de souveraineté du Parlement. Cet exemple montre que la méthode de classification des droits en famille notamment n'a pas toujours en droit public comparé une si grande place qu'en droit privé comparé.

L'étude du travail judiciaire d'interprétation des lois en droit constitutionnel fait, en quelque sorte, tomber les frontières. Cet exemple, pris parmi d'autres, démontre l'intérêt de la démarche de droit constitutionnel et public comparé dont nous vous proposons de discuter ce matin.

## **Gilles J. GUGLIELMI**

*Professeur de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas*

Il y a de vastes champs de réflexion en droit administratif comparé :

- Si l'on cherche à soumettre la *fonction administrative* au droit, encore faut-il s'entendre sur le sens à donner à ces termes, qui diverge selon les pays.
- La diffusion du droit administratif américain mériterait d'être étudiée. Son influence est importante (même si les Français n'aiment pas le reconnaître).

De nouveaux concepts émergent par ailleurs : le droit administratif européen ou le droit administratif global. Le droit comparé n'y est pas étranger.

Il ne semble pas y avoir de méthode différente pour aborder la comparaison en droit administratif ou en droit constitutionnel. Cette frontière droit administratif/droit constitutionnel perd d'ailleurs son sens dans le cadre d'une comparaison avec la Colombie.

La comparaison différentielle ne doit pas être exclue. Pensons à la laïcité !

Être un bon comparatiste suppose une très bonne connaissance de la langue. Mais ce n'est pas suffisant, il faut aller dans le pays, y vivre, et développer au maximum les contacts scientifiques avec les collègues.

## **Charlotte DENIZEAU**

*Maître de Conférences en droit public, Université Paris II Panthéon-Assas*

### **Quelques idées et interrogations candides pour ouvrir la discussion.**

#### **Vision d'une européenne**

L'objet de cette matinée étant d'ouvrir la discussion et le débat avec l'auditoire, je poserai une série de questions candides, voire naïves, qui sont celles d'une européenne, qui a fait pendant des années du droit comparé (horizontal et vertical) sans le savoir et qui a le sentiment d'avoir enfin trouvé sa paroisse.

#### 1<sup>ère</sup> question : le droit public comparé est-il du droit ?

Le droit public comparé (mais la question vaut autant pour le droit privé comparé) est-il du droit ? Il s'agit certes bien de comparer les droits, de ne s'occuper que de « droit », de confronter, dans une démarche universaliste, les systèmes juridiques de garanties des droits fondamentaux et de la démocratie ; mais en tant que tel, le droit comparé n'est pas un droit opposable et invocable. S'il va permettre la production de normes il ne produit pas de règles de conduites juridiquement sanctionnées, on chercherait en vain un modèle systématisé ; dès lors n'est-il pas plus une science ? A cet égard, lorsque l'on parcourt les ouvrages consacrés au droit comparé, on rencontre surtout les expressions de comparaison des droits, de méthode comparative, d'approche comparée, d'études comparatives.

Si l'on cherche à en faire la synthèse, on peut dire que le droit public comparé est une discipline scientifique et juridique - récente - dont l'objet est d'étudier, de confronter, de comparer les libertés du citoyen dans ses rapports avec les Gouvernants, au sein des divers ordres juridiques.

Sans doute l'appellation, la qualification de « droit comparé » pour désigner cette science et le champ de son objet et de ses fins, donne une vision quelque peu tronquée de ce qu'est cette

discipline scientifique et juridique, qu'on ne peut appréhender et comprendre qu'en étant tout à fait clair et précis sur la question de la méthode, de la méthodologie qui sont l'objet des deuxième et troisième questions.

### 2<sup>ème</sup> question : Que comparer ? Quoi comparer ?

La comparaison des droits fait toujours (et encore) l'objet de controverses en particulier s'agissant de sa méthodologie (mais aussi encore de son rôle). Ceci s'explique par le fait qu'il n'existe pas de standard de vérification, qui servirait à contrôler et démontrer l'exactitude de la comparaison. Aucune théorie générale de la comparaison, ni aucune systématisation méthodologique n'ont été établis, de manière définitive, les conditions de validité de la comparaison en droit. Ceci suscite deux questions.

Tout dépend tout d'abord de la question de savoir selon quel critère, on peut considérer que deux choses sont comparables, en vertu de quel degré minimum de similitude peut-on envisager une comparaison. Nous pourrions nous interroger sur ce degré minimum de similitude : la *res publica*, la chose publique est-elle cet axe ? Ou bien s'agit-il des libertés et droits de l'homme ? De l'Etat de droit ?

Ensuite, nous pouvons nous interroger que le parti pris s'agissant du choix des systèmes et des États choisis pour la comparaison. En effet, les résultats de la comparaison dépendent très largement de ce choix initial. La comparaison n'est-elle pas parfois instrumentalisée au service de cette fin ?

### 3<sup>ème</sup> question : comment comparer ? Quelle méthode adopter ?

Il existe deux voies pour comparer : la comparaison intégrative et la comparaison différentielle.

Par la comparaison intégrative, l'analyse comparée va mettre en évidence les convergences, les points communs, les insuffisances communes.

La comparaison différentielle vise à désigner les divergences entre les systèmes pour ensuite déterminer les voies de l'intégration. Elle permet de mettre en évidence les insuffisances d'une législation par rapport à une autre et indique les voies à suivre pour combler ces vides. Les convergences permettent des synthèses et des hybridations.

Faut-il privilégier une des ses voies ? Faut-il systématiquement utiliser ses deux voies ? Y en a-t-il d'autres ?

### 4<sup>ème</sup> question : pourquoi comparer ? A quelles fins ?

La nécessité de comparer s'est faite sentir à mesure de la pénétration, de l'intégration des droits extra-nationaux dans l'ordre interne, soit par leur effet direct – la primauté-, soit par capillarité. De cette nécessité, découle la légitimité du droit comparé. Dans ce contexte, il semble poursuivre deux finalités.

Selon la première, il s'agit de connaître et comprendre. Les juges et le législateur peuvent trouver dans le droit étranger une source pour mieux comprendre leur droit. Il offre des clés pour résoudre une difficulté liée à un problème juridique nouveau ou controversé. En cela, le droit comparé fait avancer la pensée juridique, il nourrit la connaissance juridique car il permet d'avoir un regard critique sur notre propre système juridique.

Mais au delà, la vocation et la finalité ultime du droit comparé ne sont-elles pas le rapprochement, voire l'unification des droits universels de l'homme ?

Le respect des droits de l'homme et des valeurs de la démocratie sont un dénominateur commun du droit public des États européens. Ils sont les conditions d'appartenance à l'Union et au Conseil de l'Europe, mais les systèmes de garanties, l'effectivité de la protection sont variables et modulés. La science du droit public comparé vise, par confrontation, à renforcer cette protection. Est-ce le but ultime ?

5<sup>ème</sup> question : est-ce l'unique voie de progression des droits fondamentaux ?

La méthode comparative est-elle l'unique voie de progression des droits et de la démocratie ? Certainement non. La comparaison des droits s'est imposée comme un outil puissant pour aider les juristes à penser les processus de globalisation, d'internationalisation et d'eupéanisation des droits. Ces processus ont rendu nécessaire et légitime le droit comparé. Mais celui-ci ne peut fournir toutes les réponses. Il reste un procédé intellectuel parmi d'autres (V. MC Ponthoreau, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in *Comparer les droits résolument*, (dir) P. Legrand, 2009, p. 535). Il reste une méthode d'interprétation comme une autre.

*« Que le droit comparé soit invoqué au secours de la supra-constitutionnalité ne doit pas ébranler la conviction qui jusqu'ici a été celle du Conseil constitutionnel pour qui le législateur ne peut être approuvé ou censuré en droit que par référence à une disposition constitutionnelle écrite. Il faut se défaire de l'idée que telle ou telle théorie, telle ou telle pratique adoptée par une Cour constitutionnelle étrangère dans une démocratie parfois juvénile s'impose comme le dernier cri de la mode féminine lancé dans les collections de printemps » (G. Vedel, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 96).*

6<sup>ème</sup> question : qui compare ? Le législateur, le juge, la doctrine.

Quel est le rôle de la doctrine dans la construction d'un droit public comparé ? Quel est son rôle auprès du juge et du pouvoir normatif ? Quel est le statut du comparatiste ? Plus qu'ailleurs, la doctrine n'a-t-elle par un rôle fondateur, en ce qu'elle va orienter, par ses recherches et ses travaux, ceux du juge et du législateur ?

Comment le juge constitutionnel, qui n'est pas le constituant, peut-il emprunter aux droits étrangers, sans porter atteinte à la constitution nationale, sans faire l'objet de critiques en ce sens ?

Quelle est enfin l'attitude de législateur français à l'égard du droit public comparé ? Le droit comparé n'est-il pas trop souvent utilisé comme un argument d'autorité ? Le choix des pays étudiés ne relève-t-il par d'un parti pris : les États référents et comparés seraient présélectionnés à dessein, pour servir et justifier la fin à laquelle veut parvenir le législateur.

# Réactions des participants

**Julien BOUDON**

*Professeur de droit public, Université de Reims*

## Quelques réflexions sur le Manifeste du CDPC

### 1. De la difficulté propre au droit comparé

Une évidence mérite d'être rappelée : il est nettement plus simple, au plan intellectuel, de s'adonner à l'étude d'un droit étranger qu'à celle du droit comparé. C'est un truisme que l'on pardonnera peut-être (mais que le « comparatiste » n'oublie jamais) : le droit comparé suppose la connaissance d'au moins deux systèmes juridiques, parfois la maîtrise de deux langues. Le mot « connaissance » ne doit pas tromper : il ne s'agit pas de connaître *en gros* tel ou tel système, mais d'être familier de ses ressorts intimes. La comparaison utile, intelligente, méritante résulte d'une vue à la fois générale et précise de plusieurs ordres juridiques, ce qui suppose un apprentissage long et difficile. D'ailleurs, le droit comparé n'est pas seulement tourné vers l'extérieur : il sert également à mieux appréhender son propre droit interne. Combien de fois tel mécanisme du droit national apparaît-il en toute clarté à l'observateur – qui n'est ni Persan, ni Huron – par le détour de la comparaison ? Le droit comparé est donc une invitation à la prudence et à la modestie : outre les difficultés liées, le cas échéant, à la maîtrise d'une langue étrangère (afin d'éviter les contresens), il faut identifier les correspondances entre le droit interne et le droit étranger (voire entre le droit interne et plusieurs droits étrangers, voire entre deux ou plusieurs droits étrangers). Plus que les correspondances – obsession de la doctrine juridique en 1900 – il convient cependant de traquer les différences : l'intérêt profond du droit comparé n'est pas tant de savoir si l'institution du mariage ou l'exception d'inconstitutionnalité est la même en France et en Allemagne, mais de savoir pourquoi elles ne sont jamais strictement identiques. Plus loin, il s'agit de comprendre pourquoi tel système donne une solution juridique différente à une situation semblable. Comment expliquer la naissance tardive de la question prioritaire de constitutionnalité en France ? Ou le refus britannique d'accorder le droit de vote aux détenus ? Autrement dit, ce qui enrichit notre compréhension du droit tient à la fois de ce qui se ressemble et de ce qui se sépare.

On en arrive ainsi au but du droit comparé. La question, ancienne, prend tout son relief avec la construction européenne, ainsi que l'expose le Manifeste du CDPC. Le droit comparé peut se mettre au service d'une cause noble, celle de la fusion (au moins partielle) des ordres juridiques européens : le mot « fédéralisme » est sans doute trop connoté pour décrire la formidable originalité de l'Union européenne (et du Conseil de l'Europe). Mais le droit comparé a, en toute hypothèse, un intérêt *per se* : établissant une sorte de grille des ressemblances et des différences, il cultive l'intelligence qu'a le juriste des divers systèmes juridiques auxquels il est confronté. Le droit comparé est une source inépuisable d'innovations, il fertilise cette faculté de l'âme si précieuse – et si délaissée par les juristes : l'imagination. C'est dire que le droit comparé permet d'améliorer l'existant : le droit national, le droit européen, le droit international public. Formidable invitation à la curiosité, il abolit les frontières et repousse toute pensée étriquée.

### 2. Le droit comparé, chose des privatistes

L'affirmation est incontestable aujourd'hui. Tel n'était pas le cas hier, notamment au moment du Congrès international de 1900 dont le Manifeste du CDPC rappelle l'importance. Deux raisons à cela. D'une part la frontière entre privatistes et publicistes n'était pas aussi nette autrefois : au XIX<sup>e</sup> siècle, tous les docteurs en droit soutenaient deux thèses, dont une en droit romain ; jusqu'en

1896, tous les professeurs de droit étaient agrégés à l'issue d'un concours unique (le dernier major du concours unique fut Édouard Lambert). D'autre part l'obsession des juristes de l'époque, toutes tendances ou disciplines confondues, était d'ordre méthodologique. Dans quelle mesure la méthode d'observation devait-elle supplanter celle dite de l'exégèse ? On sait que les deux méthodes n'étaient pas aussi opposées qu'on l'a cru, qu'un Adhémar Esmein par exemple a tenté de réconcilier les deux approches – il reste que « privatistes », « publicistes » et « historiens du droit » ont été absorbés pendant de longues décennies par la querelle des méthodes. Il suffit de rappeler ici, sans prétention à l'exhaustivité, les travaux de Jean-Louis Halpérin, Nader Hakim, Christophe Jamin, etc.

Il est troublant de constater que le désintéressement des publicistes, avéré après la Seconde guerre mondiale sans doute, n'a pas affecté le goût pour les typologies. L'esprit français – dont on tient ici une originalité évidente – est avide de classifications en tous genres. Or la taxinomie va de pair avec la comparaison dans le temps et l'espace ; elle recourt aux instruments du droit comparé, mais pas toujours à bon escient. Un exemple suffira, celui de la typologie des régimes politiques/constitutionnels. Il n'y en qu'en France que les étudiants apprennent sagement que le régime d'assemblée ou conventionnel, qui inclut parfois le régime directorial suisse, se distingue du régime parlementaire, lequel est aux antipodes du régime présidentiel. Nulle part à l'étranger on ne trouve une telle manie taxinomique : les Suisses sont très étonnés que l'on considère leur régime comme un régime d'assemblée, ils y voient plutôt un régime *sui generis* ; les Américains ont bien des raisons de croire que leur régime n'est pas présidentiel quand ils s'aperçoivent que l'administration fédérale est contrainte à la fermeture (*shutdown*) lorsque le Congrès refuse de voter le budget ou quand ils se rappellent qu'un de leurs anciens présidents (Wilson) a pu vitupérer le *Congressional Government*. Peut-être que les uns et les autres s'illusionnent dans la compréhension de leur propre système ; il est plus probable que la doctrine française plaque sur les régimes étrangers une interprétation datée et tendancieuse qui remonte à la III<sup>e</sup> République au moins. Le droit comparé est ici un paravent commode qui camoufle une connaissance superficielle des systèmes étrangers, source d'erreurs lorsqu'il s'agit de bâtir une typologie.

Bref, il est temps de restaurer le droit public comparé dans notre pays. Tel est l'objet du CDPC, il faut l'encourager et le conforter énergiquement dans cette voie.

### 3. Le droit comparé érigé en science

De façon récurrente, le Manifeste érige le droit comparé en science et lui accorde ainsi le caractère « scientifique ». Il y a bien des raisons de douter que le droit puisse être considéré comme une science : le terme semble indissociable des lois mathématiques, physiques ou naturelles. Et il n'est pas nécessaire dans le monde du droit : la rigueur que le juriste attache à ses réflexions n'a pas besoin du label « scientifique ». Dans le sillage de Kelsen, d'Eisenmann et de Michel Troper (on sait que la filiation intellectuelle est directe), la doctrine juridique française se laisse tenter par un mirage, celui d'un modèle authentiquement scientifique qui ne peut lui correspondre et donc lui servir. « Rigueur » et « science » ne sont pas des synonymes : si la science est toujours une école de rigueur, la rigueur n'est pas toujours « scientifique ». Le droit est trop flexible pour être une science, ce qui ne le prive pas pour autant de rigueur.

De surcroît, le droit comparé ne saurait acquérir le caractère scientifique dès lors que le Manifeste lui assigne des objectifs qui sont proprement (et noblement) politiques. Si le droit public comparé doit servir une cause – celle de la convergence des systèmes nationaux au sein de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe – il perd aussitôt toute prétention « scientifique ». Le droit comparé est alors un outil ou un instrument pour mieux comprendre mais aussi pour mieux éclairer et mieux faire : le but n'est plus exclusivement celui de la connaissance, mais celui de l'action politique. Le terme « science » n'a plus sa place ici, s'il l'a jamais eue. Cela n'a aucune importance : le droit se dispense aisément du label scientifique. La question des objectifs est d'un autre ordre ; elle mérite d'être discutée par tous les juristes attachés à la construction d'une Union européenne « plus



parfaite ». En tout état de cause, il reste que le droit comparé aura donné ses premiers fruits : il aura provoqué cette jubilation intellectuelle qui, nécessaire à tout roseau pensant, est le prodrome d'une compréhension plus fine des systèmes juridiques rapprochés par le biais de la comparaison. Il sera alors temps de moissonner. La moisson sera sans aucun doute abondante : le droit public comparé a des perspectives immenses devant lui.

## **Rhita BOUSTA**

*Maître de Conférences en droit public, Université Lille 2*

Dans le manifeste, la seule finalité envisagée pour le droit public comparé semble être d'œuvrer à une unification des droits. Or, le droit (public) comparé peut poursuivre de multiples finalités (comparaison "intégrative", comparaison différentielle, définition de notions juridiques, réflexion sur la théorie du droit, etc.). Cet objectif d'unification est-il donc exclusif pour le CDPC ? Dans ce cas, ce choix ne risque-t-il pas d'influencer la méthode de la comparaison qui "gommerait" les différences y compris au sein de l'Union européenne ?

Le CDPC semble adopter une conception formelle du Droit qui exclut la manière de le penser. Certes, le droit comparé n'est pas un « ordre juridique » ou un ensemble de règles formellement sanctionnées. Mais il est un moyen – parmi d'autres – de comprendre et d'expliquer différentes interprétations, elles-mêmes à l'origine de la signification et de l'autorité des normes juridiques. Ainsi, quelle place le CDPC va-t-il conférer aux différentes conceptions du droit et de l'idée de contrainte selon les ordres juridiques ? S'intéressera-t-il, à titre d'exemple, au « droit souple » (*soft law*), qui prend de plus en plus de place en droit administratif comparé ?

Un point sensible : le CDPC souhaite faire du droit *public* comparé son domaine spécifique de recherches. Cela semble répondre à un besoin de "visibilité" des chercheurs publicistes français adoptant une approche comparative. De plus, les classifications des ordres juridiques en « familles » gagneraient à intégrer davantage des éléments de droit public (même si celles-ci le font un peu déjà sans le savoir...ou sans le vouloir !). Toutefois, la distinction traditionnelle française droit public/droit privé est justement remise en question par le droit comparé et par les évolutions récentes du droit français. À notre sens, il ne s'agit pas de discuter de la pertinence politique, idéologique ou encore économique de cette distinction, mais de constater des différences conceptuelles entre ordre juridique. Autrement dit, le droit comparé ne nous révèle-t-il pas que le droit public existe ailleurs sous différentes formes ? Ne nous amène-t-il pas, grâce au constat de ces différences, à réfléchir sur le concept même de droit public ?

En raison de la relativité de la distinction droit public/droit privé, la spécificité méthodologique du droit *public* comparé, si elle existe, reste à notre sens encore à être démontrée. Peut-être s'agit-il de prendre davantage en considération la structure étatique ou la conception de l'intérêt général comme contexte de la comparaison (bien que celle-ci soit importante pour toute comparaison, y compris en droit privé) ? Il nous semble que certains conseils généraux sont valables pour toute étude comparative, quel que soit le domaine (ne pas tirer de conclusions hâtives, faire la différence entre concepts et termes, ne pas partir des connaissances ou conceptions de son système pour aborder un système étranger, maîtriser la langue, s'aider du contexte culturel, etc.). Ensuite, certains conseils méthodologiques plus spécifiques peuvent être dégagés selon les ordres juridiques choisis et l'objet précis de recherche, qui peut être à cheval entre le droit public et le droit privé, tels qu'entendu en France...

## **Laure CLÉMENT-WILZ**

*Maître de Conférences en droit public, Université Toulouse I Capitole*

Il convient de s'interroger sur la méthode du droit comparé. Elle est très exigeante car elle impose de s'imprégner en profondeur d'une culture juridique, et même d'une culture tout court. Les juristes sont-ils outillés pour cela ? Doivent-ils parfois se résigner à être incomplets, à avoir une connaissance du système étranger tronquée ? Quelle est la manière la plus pertinente de faire du droit comparé ?

## **Carlo IANNELLO**

*Professeur de droit public, Université de Naples*

Je voudrais dire quelque chose en faveur du choix de proposer un Centre de droit « public » comparé et pas seulement de « droit » comparé ainsi que sur ce qui concerne la validité et l'importance de la distinction entre droit public et droit privé.

Je suis complètement d'accord avec la plupart des choses qui ont été dites et qui sont écrites dans le manifeste du Centre. En Italie, je soutiens depuis longtemps qu'il y a une subordination culturelle des sciences publicistes aux études des privatistes et qu'il faut réagir en affirmant l'autonomie du droit public. D'ailleurs, en Italie mon école a fondé en 2002 la Revue de droit public européen (« *Rivista di diritto pubblico europeo* ») sur la base de considérations similaires.

À propos de l'importance de la distinction entre droit public et droit privé, il y a une tendance de plus en plus suivie, qui considère cette distinction dépassée. En Italie, par exemple, il y a des juristes qui visent au démantèlement de cette dichotomie notamment en matière de biens publics : ils proposent de substituer la notion de « biens publics » avec la (très incertaine) catégorie des « biens communs », qui seraient des biens ni publics ni privés. Toutefois, à mon avis, les effets de cette théorie, loin de garantir une meilleure protection des valeurs sociales, sont très dangereux car elle risque d'aider les processus de privatisation des biens publics poursuivis pendant les dernières années et qui visent, maintenant, à la privatisation même du domaine public naturel. Donc ces processus peuvent trouver un intérêt dans la disparition de la catégorie du domaine public et de son régime juridique (ce qui a été proposé en Italie, tant au niveau parlementaire que de la doctrine) et son remplacement avec la plus souple catégorie des « biens communs ».

D'ailleurs, et en général, je pense que le démantèlement de cette dichotomie ne répond ni à un besoin ni à une nécessité, mais qu'il s'agit d'un produit de la culture néo-libérale, car les acteurs de l'économie globalisée trouvent encore des obstacles dans les droits publics nationaux, ou au moins dans certains droits publics nationaux. Il est clair que les acteurs de l'économie globalisée visent à créer eux-mêmes le droit ; mais s'ils sont effectivement capables de créer directement la *lex mercatoria*, un droit (privé) global produit par les mêmes entreprises, ils ne pas encore capables d'échapper (entièrement) aux réglementations étatiques de droit public.

Enfin, je pense que la distinction entre droit public et droit privé est encore actuelle parce qu'elle répond à une nécessité dans n'importe quelle société humaine : cette distinction, à mon avis, correspond à une « loi universelle ». Dans chaque société humaine, il y a toujours un conflit entre l'individuel et le social et, en termes de droit, ce conflit se reflète dans la distinction entre le droit public - qui prend en compte les intérêts généraux et sociaux (donc l'espace de la vie collective) - et le droit privé - qui prend en compte les intérêts individuels. Normalement on est poussé à identifier le droit public avec la puissance publique, mais ce faisant on oublie que le droit public est aussi, et peut-être principalement, un droit « social » qui s'occupe des besoins « sociaux », de la fourniture de biens et de services (publics) aux citoyens.

## Alexis LE QUINIO

*Maître de Conférences en droit public, Université du Sud – Toulon - Var*

Le manifeste du CDPC n'aborde pas la question – pourtant importante – de l'instrumentalisation possible, et fréquente, du droit comparé par ses utilisateurs. Ce constat, particulièrement prégnant chez les juges, l'est également – dans une moindre mesure – chez les universitaires.

Nombre de grands manuels classiques de droit comparé mettaient l'accent, par le choix de la classification des « familles » de droit, sur le système d'origine de leur auteur, notamment dans le choix des critères justifiant la classification retenue (voir par exemple les ouvrages d'Arminjon, Nolde et Wolff, de David ou de Zweigert).

Si cet aspect est aujourd'hui moins prononcé, il suffit néanmoins d'observer les réactions doctrinales aux rapports *Doing Business* pour se convaincre que la démarche comparative peut ne pas être dénuée d'arrière-pensées « diplomatiques ».

Le recours au droit comparé peut être une manière de dire : « regardez-nous », une façon de mettre en avant son propre système juridique. Une Cour qui montre un intérêt marqué pour le droit comparé et s'affiche comme telle, envoie un signal fort à ses homologues qui participent au concert mondial des juridictions.

L'intensité du recours à la comparaison juridique peut également varier à travers le temps. Alors que les juges des États-Unis citaient volontiers des référents étrangers au XVIII<sup>e</sup> siècle (Pothier et Emerigon notamment en matière commerciale), cette pratique s'est par la suite atténuée pour quasiment disparaître vers le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle.

Au contraire, la situation s'est en partie inversée et les juristes américains ont davantage perçu leur système comme un modèle à suivre, la Constitution des États-Unis devenant l'un de ses tous premiers produits d'exportation.

Si le *Chief Justice* Rehnquist a affirmé que les États-Unis devraient être fiers de leur progéniture constitutionnelle, ce n'est que très rarement le cas en pratique. La citation de matériaux étrangers par les juges a d'ailleurs été l'un des grands débats récents au sein de la Cour suprême, très largement cristallisé autour de l'opposition entre Breyer et Scalia et relayé par la doctrine constitutionnaliste et dans les milieux politiques.

De la même façon, les juridictions constitutionnelles des « jeunes démocraties » utilisent davantage le droit comparé avant de s'émanciper progressivement. Cela a notamment été le cas de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud qui a, en vertu de l'habilitation de l'article 39 de la Constitution, très largement, mentionné des matériaux étrangers durant ses premières années de jurisprudence avant de restreindre progressivement cette pratique. Un tel constat peut également être effectué par l'étude de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle polonaise.

Les juristes français sont dans une situation similaire à celle de leurs homologues américains. Comme dans la majorité des pays qui ont connu d'importantes périodes d'influence, ils sont moins enclins à être influencés par des éléments externes et davantage prompts à mettre en avant les exemples d'exportation (voir notamment les très nombreuses études relatives au prestige du Conseil d'État ou du Code civil) plutôt que les exemples étrangers susceptibles d'inspirer leur propre système juridique.

Ce mouvement tend toutefois à s'atténuer dans la doctrine administrativiste française. Si le droit comparé y était traditionnellement utilisé pour mettre en avant le modèle français et son rayonnement, il est peut-être davantage perçu aujourd'hui comme un moyen potentiel d'amélioration de nos institutions. Chez les constitutionnalistes, le constat est sensiblement le même, mais dans une moindre mesure.

Enfin, concernant l'opposition entre la comparaison intégrative et la comparaison différentielle qui a été largement abordée durant la matinée inaugurale, il serait peut-être utile de regarder les précédents dans d'autres disciplines, notamment l'ethnologie, particulièrement autour des pensées de Claude Lévi-Strauss sur les finalités de la comparaison.

## **Myriam Salcedo CASTRO**

*Docteur en droit de l'Université Paris II, Avocate au barreau de Colombie*

La *summa divisio* droit public comparé/droit privé comparé doit être relativisée. Ce sont deux disciplines qui interagissent et communiquent entre elles. Partir sur l'idée de ne faire *que* du droit public comparé *par opposition* au droit privé comparé est une approche trop réductrice. En effet, le droit public se nourrit, notamment en ce qui concerne le droit des contrats publics, de droit privé.

Le droit comparé est un instrument dont l'objet est le droit considéré dans un contexte. La prise en compte des cultures juridiques est importante. Le comparatiste doit s'intéresser à l'histoire, à la sociologie, à la politique, à la religion ou à l'économie, lorsque ces disciplines ont influencé le développement du concept ou de la structure juridique étudiée.

Le droit public comparé est une source d'inspiration pour les juges, certes, mais pas uniquement. Le législateur et le pouvoir constituant utilisent également les ressources du droit public comparé. À titre d'exemple, en Colombie, le droit français a été une source d'inspiration (notamment la double fonction consultative et contentieuse du Conseil d'État), le droit américain également (en droit constitutionnel). Ces influences ont eu lieu au XIX<sup>e</sup> siècle. Le comparatisme était, à l'époque, pragmatique. Certaines institutions juridiques ont ainsi été empruntées à des droits étrangers.

Mais cette tendance n'a pas cessé, les droits continuent à s'influencer entre eux. Le droit constitutionnel espagnol a été fortement influencé par le droit allemand de l'après-guerre. Le droit français du service public a imprégné les droits grec et portugais. Le droit de la régulation économique anglo-saxon a quant à lui influencé la constitution des Autorités administratives indépendantes ou des Commissions de régulation en France et en Europe. Le droit public comparé n'est donc pas « nouveau ». Sa reconnaissance par la doctrine comme une discipline à part entière est par contre plus récente.

## **Didier TRUCHET**

*Professeur de droit public, Université Paris II Panthéon Assas*

En tant que directeur de l'École doctorale Georges Vedel, je me réjouis du rattachement du CDPC à cette école et du sang neuf qu'il lui apportera. Elle donnera aux doctorants inscrits au Centre tout le concours nécessaire, dans la mesure de ses moyens.

L'an dernier, le jury d'agrégation de droit public a observé chez les candidats un renouveau des travaux de droit comparé (et aussi des études sur les droits étrangers). Il reste insuffisant et porte davantage sur les droits germaniques que sur les pays de *common law*, mais il est le signe d'une évolution très positive qu'il faut stimuler.

Le jury a observé aussi que la dimension comparative était présente dans les thèses de droit international public. Celui-ci m'a semblé être la discipline de droit public la plus dynamique et la plus imaginative actuellement, notamment dans des champs nouveaux ou récents tels que le droit des investissements, de l'environnement ou de l'enseignement supérieur. Mais il se pose un problème d'articulation entre les disciplines : le droit comparé s'intéresse surtout aux solutions nationales alors que les recherches de droit international comme de droit européen restent confinées à leur système juridique propre sans poursuivre l'analyse jusqu'aux ordres juridiques internes. C'est un peu frustrant car évidemment, c'est dans ces derniers que les règles issues des ordres supranationaux prennent leur pleine effectivité. L'idéal serait sans doute d'établir un meilleur "chaînage" entre ces droits et le droit comparé ou en quelque sorte, de mieux lier l'étude des sources et celle des règles. Mais c'est une tâche immense et difficile.