

# LE DROIT PUBLIC COMPARÉ AU XXI<sup>e</sup> SIÈCLE: OBJET, FINALITÉS ET MÉTHODES

Rapport établi par l'équipe scientifique  
du Centre de droit public comparé (CDPC)<sup>1</sup>

\*\*\*\*\*

Tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, le droit public comparé n'a joui que d'une considération polie au sein de la grande famille internationale des comparatistes. Le droit comparé était la discipline des privatistes, lesquels l'emportaient tant par le nombre des spécialistes que par l'abondance de leurs publications; le droit public comparé faisait figure de petit Poucet à côté, on n'oserait pas dire, d'ogres, mais en tout cas de géants. La fin de la guerre froide, la chute du mur de Berlin, l'accélération de l'intégration européenne avec le traité de Maastricht et la marche vers la globalisation de l'économie mondiale après la mise en place de l'OMC, ont fait bouger les choses. Tout d'un coup, à la charnière entre les deux siècles, le droit public comparé a explosé. Des auteurs ont commencé à publier en droits constitutionnel et administratif comparés sur tous les continents, en Europe bien sûr, à cause de la construction européenne (Grewe et Ruiz-Fabri, 1995 ; Auby et Dutheil de la Rochère, 2007), mais aussi et plus encore, aux États-Unis et dans le monde de la *common law*. Il existe aujourd'hui une quantité considérable de monographies et d'ouvrages collectifs en droit public comparé (Ginsburg & Dixon, 2011 ; Dorsen, Rosenfeld, Sajo & Baer, 2010 ; Pierré-Caps, 2010 ; Rose-Ackermann & Lindseth, 2010 ; Melleray, 2007 ; Jackson & Tushnet, 2006 ; Jackson & Tushnet, 2002 ; Alston, 1999 ; Kenney & Reisinger & Reitz, 1999 ; Cappelletti & Cohen, 1979).

La décision prise par le Département de droit public de l'Université Panthéon-Assas en 2012 de créer un « Centre de droit public comparé » est la conséquence de ces développements qui bouleversent tant le droit comparé que le droit public. Le présent rapport établi par l'équipe scientifique du CDPC expose l'état des lieux sur les relations entre les deux disciplines (I) et les raisons pour lesquelles, au XXI<sup>e</sup> siècle, le droit public comparé doit être tenu pour une discipline autonome, distincte du droit privé comparé (II).

## I – L'ÉTAT DES LIEUX

À l'inverse des relations entre droit comparé et droit privé qui passent pour naturelles, en particulier à cause des conflits de lois qui obligent les privatistes à s'intéresser aux lois étrangères et parfois à les appliquer, les relations entre droit comparé et droit public sont mal établies et tenues par certains pour artificielles. Pour y voir clair, il faut partir de ce qu'est le droit comparé.

Certes, d'un point de vue philosophique, en se plaçant sur le terrain de l'ontologie, il est possible de dire que le droit comparé est du droit, au motif que tout ce qui ressort de l'ordre de la pensée en droit fait partie du droit (Picard, 2009 : 215 ; Picard, 2012 : 5). Mais, d'un point de vue positiviste, le seul ici retenu, il faut bien reconnaître que le droit comparé n'est pas du droit. Il ne constitue pas un ordre juridique (Pfersmann, 2001 : 277) et il n'existe ni lois positives, ni jugements de droit comparé. En revanche, il existe des lois ou des jugements dont on peut affirmer que leurs auteurs ont utilisé le droit comparé pour les écrire soit parce qu'ils l'ont dit, soit parce qu'ils l'ont laissé transparaître. Le droit comparé est ainsi une

---

<sup>1</sup> Charlotte Denizeau, Aurélie Duffy-Meunier, Gilles J. Guglielmi et Élisabeth Zoller, assistés d'Aurore Cléquin.

méthode qui, quand elle est conduite avec rigueur dans la collection des sources et avec objectivité dans leur traitement, est une science.

La science du droit comparé consiste dans l'étude comparative de deux ou plusieurs droits émanant d'ordres juridiques différents (Cornu, 1996 : 299) en vue de fins qui peuvent être diverses et variées. À l'origine, quand le droit comparé émergea comme nouvelle discipline scientifique, sa finalité était claire. Selon les intentions des organisateurs du Congrès international de droit comparé qui se tint à Paris en 1900, « rendez-vous des savants du monde » qui marqua le point de départ de la discipline (Clark, 2001 : 875-76), il s'agissait de refaire l'unité du droit brisée par les codifications nationales du XIX<sup>e</sup> siècle en « amen[ant] insensiblement les législations ou les coutumes, à s'unifier, au moins partiellement, de façon à former, par-delà les diversités nationales, une sorte de droit commun de l'humanité civilisée » (Saleilles, 1900 : 231-32).

Au même moment où les privatistes appelaient à refaire l'unité du droit, les publicistes prenaient la direction opposée. À leurs yeux, dès lors que le droit public était centré sur l'État et que chaque État avait tracé son chemin sur la terre de son histoire nationale, le droit comparé pouvait, certes, fournir « des modèles, des aperçus, des conclusions à ceux qui ont la tâche de faire la constitution ou la loi » (Larnaude, 1902 : 7), mais il ne fallait pas trop en attendre, sauf à risquer de « grosses déceptions » (*ibid* : 11). Pis, pour les publicistes versés dans l'histoire du droit, le droit comparé avec son ambition de rapprocher les droits relevait d'une « entreprise vaine » (Deslandres, 1900 : 515). Ainsi, au départ, les publicistes se sont-ils exclus d'eux-mêmes du droit comparé en s'enfermant dans l'État national. Ce fut un tournant fondamental. En se retirant du droit comparé, les publicistes ont laissé le champ libre aux privatistes qui, aspirés par le vide, ont investi la nouvelle discipline et l'ont construite tout au long du XX<sup>e</sup> siècle. La recherche comparative en droit public n'a pu gagner du terrain que du jour où les publicistes abandonnèrent les préjugés qui les avaient conduits à 'sortir' du droit comparé, en d'autres termes, quand ils ont cessé de considérer l'État comme le seul sujet du droit public.

Le recentrage du droit public sur l'homme et ses droits naturels et imprescriptibles avait été initié avant la Première guerre mondiale par quelques grands juristes comme Adhémar Esmein en droit constitutionnel, Léon Duguit en droit administratif et, plus tard, Georges Scelle en droit international qui enseignaient que le seul sujet du droit public, comme du droit tout court, est l'individu, c'est-à-dire, l'homme et ses droits naturels. Mais, l'évolution n'a vraiment commencé qu'après la seconde Guerre mondiale quand la nouvelle pensée s'est inscrite dans les faits et a pris forme en droit positif. Au niveau universel, le nouveau paradigme du droit public s'est imposé en 1945 avec l'adoption de la Charte des Nations Unies – conclue non entre États, mais entre Peuples (« Nous, Peuples des Nations Unies ») – et il fut consacré, en 1948, par l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

En Europe, berceau et terre nourricière de l'État pendant si longtemps, le concept même d'État a changé de sens là où il avait pris naissance, en Allemagne, avec l'adoption de la Loi fondamentale en 1949 qui, à l'inverse de la Constitution de Weimar qui établissait d'abord le Reich et en déterminait la composition avant de garantir les droits fondamentaux, fut entièrement construite à partir des droits fondamentaux de la personne humaine et qui fut tenue, dès le départ, comme le support de normes de droit positif, directement applicables et invocables en justice (Hesse, 1995 : 16, § 41 et s. ; Autexier, 1997 : 89, § 80). En 1971, la nouvelle approche a gagné la France avec la décision historique du Conseil constitutionnel qui donna valeur de droit positif au préambule de la Constitution et, dans les années 1980, elle a trouvé consécration dans l'avènement de l'État de droit (Favoreu, 2013 : 24). Nonobstant les voix dissidentes qui tiennent toujours l'État pour seul et véritable sujet du droit public et qui persistent à faire découler ce dernier d'un droit constitutionnel conçu comme un « droit politique » façonné par divers facteurs historiques et politiques, plus que par le droit et ses juges, le basculement de l'histoire enregistré en 1945

s'est consolidé dans les esprits et il s'est établi dans la pratique des institutions. L'État de droit est devenu le « concept fondateur du droit public moderne » (Chevallier, 2010 : 143).

Progressivement, dès lors qu'ils se sont sentis unis (ou plutôt réunis) par des valeurs communes qui franchissaient les frontières, les publicistes sont revenus comme des enfants prodiges au foyer du droit comparé, mais ils n'y ont pas trouvé l'accueil espéré. Les privatistes occupaient le terrain depuis déjà trop longtemps pour qu'ils ne le considèrent pas comme définitivement conquis. De leur côté, tous les publicistes n'ont pas vu que leur discipline était passée sous un autre paradigme. Le résultat est que les études comparatives en droit public ont poussé comme des herbes folles, et que le droit public comparé manque de théorie. Il n'a jamais pris forme de véritable discipline scientifique, ni en droit comparé où il est rejeté (A), ni en droit public où il est tenu pour inutile (B).

## **A – Le droit public en droit comparé**

Les comparatistes qui, dans leur immense majorité, sont privatistes n'ont jamais attaché beaucoup d'intérêt à la présence du droit public dans le champ de leur discipline. Il n'est pas si loin le temps où René David pouvait écrire : « Poursuivons nos efforts pour l'élaboration et l'amélioration d'un droit public, mais soyons bien persuadés d'une chose : le droit public n'a pas, dans nos pays, le même degré de perfection et la même valeur que le droit privé ; le vrai droit demeure le droit privé ; une formation de juriste ne peut être assurée et le règne du droit préparé que par l'étude du droit civil » (David, 1973 : 84). On ne saurait donc s'étonner que les études de droit public aient tenu jusqu'ici une place négligeable dans les publications de droit comparé. Rien ne l'illustre mieux que l'absence d'un fascicule de droit public, si ce n'est une modeste contribution sur « *State and Economy* », dans la monumentale « *International Encyclopedia of Comparative Law* » en 17 volumes publiée dans le dernier quart du XX<sup>e</sup> siècle sous les auspices du Max Planck Institute.

En 1989, Guy Braibant, Président de la section du rapport et des études du Conseil d'État, ouvrait un colloque de droit administratif comparé en relevant que le droit comparé était « dans la plupart des pays, l'apanage des civilistes, des commercialistes et des pénalistes » (Braibant, 1989 : 849). Au même colloque, Jean Rivero prenait courageusement le parti de faire allusion aux propos de René David, si peu flatteurs pour le droit public, et confiait qu'il avait dit à l'auteur « qu'il était bien sévère pour les pauvres administrativistes chassés hors du Temple ». Et il poursuivait : « [M]on ami René a réfléchi un moment, et puis il m'a dit : 'D'accord'. Et la phrase a disparu, comme promis, de l'édition de 1978 » (Rivero, 1989 : 923). La difficulté est que la seule suppression de la phrase assassine n'a pas suffi à rehausser le prestige du droit public auprès des privatistes.

Certes, les propos mortifères de René David ne se trouvent plus dans les éditions postérieures de son Précis sur *Les grands systèmes de droit contemporains* et, dans les années 1980, l'édition anglaise de ce grand classique faisait encore toute sa place au droit public reconnu comme une branche de droit qui donne son caractère spécifique à la « famille des droits romano-germaniques » (David & Brierly, 1985 : 85). Mais, dans les dernières éditions du Précis du regretté maître, le droit public a été, une fois encore, 'sorti' du droit comparé tel que l'entendent les privatistes. Dans la dernière édition de l'ouvrage, le droit public n'a plus droit de cité dans le droit comparé; il est même en train de perdre la modeste place qu'il y avait car « ces dernières années, une volonté réciproque de rapprochement du droit public et du droit privé, se manifeste » (David et Jauffret-Spinozi, 2002 : 69). Certains vont encore plus loin. Pour eux, le rapprochement est achevé dans la mesure où ils présentent le modèle français en gommant le principe de dualité des juridictions administrative et judiciaire pour l'englober dans une « pluralité des juridictions » qui regroupe pêle-mêle toutes les juridictions, qu'elles soient judiciaires, administratives et même consulaires (Gambarro, Sacco et Vogel, 2011 : 251). Une fois de plus, le droit public est chassé du droit comparé.

Décidément, les privatistes ne savent que faire du droit public. Mais, réciproquement, bien des publicistes ne savent que faire du droit comparé.

## **B – Le droit comparé en droit public**

La méthode comparative est peu pratiquée et, par voie de conséquence, mal établie en droit public. Certes, il existe des comparatistes publicistes qui s'intéressent aux droits publics des pays étrangers, droits législatifs et surtout jurisprudentiels. Mais rares sont ceux qui dépassent la juxtaposition et qui perçoivent les forces qui les travaillent et les poussent à se rapprocher. À quelques exceptions qu'on rencontre surtout parmi les juges qui dialoguent entre eux et mesurent leur interdépendance (Stirn, 2012 : 109-28), la plupart des publicistes n'ont pas d'autres horizons que celui de l'État. Pour eux, l'État est une réalité qui fixe la limite du droit public comparé et le condamne à n'être qu'une simple taxonomie parce que les institutions étatiques sont trop ancrées dans la profondeur historique pour pouvoir se comparer et, *a fortiori*, se rapprocher (Bell, 2002 : 240).

La difficulté est que la vocation du droit comparé est d'élever le juriste au niveau de l'universel pour rapprocher les peuples. Or, pour atteindre l'universel, il faut que les hommes s'unissent autour de valeurs qui le soient. Le droit public comparé est devenu un possible lorsque le droit public interne a basculé, autrement dit, lorsque le paradigme sous lequel se déclinaient ses concepts a muté, que les peuples ont senti le besoin de se rassembler autour d'autres valeurs que leur État façonné par leur histoire nationale et qu'ils se sont peu à peu unis autour d'une valeur universelle, celle de l'Homme, cimentée par l'idée commune du règne du droit (*rule of law*). Ce n'est pas un hasard si le droit public comparé a explosé après la fin de la guerre froide. La chute du mur de Berlin a signé la fin de l'État entendu comme un tout qui unissait pouvoir et société, libérant un droit public revisité et rajeuni qui a sitôt pris son envol.

Il en est résulté une formidable explosion d'études comparatives en droit public, notamment autour des droits de l'homme. L'Homme, avec ses droits et libertés, s'est projeté à l'avant-scène de l'étude comparative. Mais l'explosion s'est produite dans un désert scientifique, car le droit public comparé en tant que discipline n'était pas construit. En France, le droit public comparé est né à l'initiative des praticiens du droit bien plus que des universitaires. Ce sont, on l'a dit, les juges tant administratifs que constitutionnels qui spontanément ont eu recours au droit comparé pour trouver réponse à des problèmes qui ne trouvaient pas de solutions dans les règles nationales. Un exemple parmi d'autres est le problème posé par la pluralité des sources en droit constitutionnel français qui dérive de la succession dans le temps de plusieurs textes et que le Conseil constitutionnel a résolu par application d'un principe d'unité de la Constitution (Canivet, 2011 : 551), qui avait été lui-même déjà appliqué par des juridictions étrangères, notamment, par la Cour constitutionnelle allemande. Un autre exemple est celui du contrôle de proportionnalité qui, originaire d'Allemagne, a transité par le Tribunal administratif de l'OIT du temps qu'il était présidé par Maxime Letourneur et qui a été introduit en droit administratif par le Conseil d'État pour résoudre le déni de justice qui perçait sous son refus d'exercer le moindre contrôle sur la proportionnalité de la sanction à la faute (Braibant, 1974 : 297). Ces emprunts à des droits étrangers manquent d'explications scientifiques. On les tient pour des innovations ; mais on les explique rarement. Pourtant il serait intéressant de les replacer dans l'évolution des sociétés et d'expliquer pourquoi, à un certain moment, le juge administratif a pris conscience des insuffisances du contrôle de l'excès de pouvoir, pourtant si développé par d'autres aspects, et comment il a aligné le contrôle de l'excès de pouvoir en France sur celui pratiqué en Allemagne pour donner forme à un contrôle de l'excès de pouvoir qui fait aujourd'hui partie du droit européen (Fromont, 2006 : 257). Dégager les forces qui travaillent les droits nationaux pour les pousser à se rapprocher et à s'unir sera la grande tâche des publicistes dans les années à venir. Le devoir du CDPC est d'y contribuer, en dégageant dans un premier temps l'autonomie de la discipline.

## II – L'AUTONOMIE DU DROIT PUBLIC COMPARÉ

Le droit public comparé ne se réduit pas à une taxonomie des droits publics étrangers. Il s'agit d'une discipline scientifique qui a un objet, des finalités et des méthodes qui lui sont propres.

### A – L'objet du droit public comparé

Même s'il s'agit d'une évidence (mais il y a des évidences qui gagnent à être rappelées), le droit public comparé ne s'occupe que de droit, c'est-à-dire de règles de conduite juridiquement sanctionnées. Or, le droit n'existe que s'il est effectivement appliqué (Zweigert & Kötz, 1971 : 217). Il y a encore peu, cette condition n'était pas uniformément remplie pour toutes les règles de droit public. C'était le cas en droit public international pour d'évidentes raisons. Mais c'était aussi le cas en droit public interne. Dans ce dernier domaine, seules étaient juridiquement sanctionnées les règles de droit administratif ou fiscal; les autres ne l'étaient pas ou, pour dire les choses en termes plus exacts, plus justes, leur violation n'exposait les auteurs d'infractions qu'à des sanctions politiques ou morales (le bulletin de vote et la sanction des urnes en droit constitutionnel). Le droit constitutionnel était un « droit théorique », non un « droit appliqué » (Harding, 2006 : 103). Simultanément, la pression de l'esprit positiviste sur les universitaires ne faiblissait pas de sorte que, pour meubler de réalités ce fantôme de droit qu'était le droit constitutionnel, lequel n'existait pas, sinon sur le papier, faute de vraies sanctions juridiques, les enseignants étaient conduits à se replier sur des disciplines voisines comme la science politique, ou l'histoire, voire la sociologie, pour éviter d'en parler comme s'il s'était agi du droit naturel, d'un idéal à atteindre hors de toute considération pratique.

À la faveur de ce laisser-aller académique, encouragé par le dénigrement pour le droit qu'avaient engendré le marxisme (le droit n'était plus que la superstructure oppressive du prolétariat) et un climat politique délétère (« Politique d'abord ! », sous-entendu, la politique l'emporte sur tout, l'économie, le droit, la moralité même), le droit constitutionnel a cessé, dans les années 1930, d'être du droit ; il a perdu toute juridicité du jour où il a été enseigné principalement à l'aide d'éléments tirés soit de la science politique (étude des partis politiques ou des élections) ou de l'histoire (succession des régimes politiques de la France à travers l'étude des constitutions françaises). C'est que, pour qu'il y ait droit, droit véritable, il faut qu'il y ait sanction, sanction juridique, et pour qu'il y ait sanction juridique, il faut qu'il y ait juge. Or, le juge a mis deux siècles pour se rétablir en droit public français (Krynen, 2012). Sa résurrection, qui fut accomplie à la faveur du contrôle juridictionnel de constitutionnalité des actes administratifs, puis (avec des effets encore plus importants) des lois, a radicalement changé le cours du droit public. Les juges, le Conseil d'État d'abord, puis le Conseil constitutionnel, en ont fait un vrai droit.

Au fur et à mesure que le juge est devenu une figure centrale dans la dernière des branches du droit public qui lui était fermée, le droit constitutionnel, le droit public s'est métamorphosé. Il a pu enfin se défaire de l'opprobre de « droit politique » qu'il avait si longtemps porté ; il a pu enfin ne s'intéresser qu'au droit et rendre à César ce qui appartient à César. Concrètement, il a pu laisser à la science politique et à l'histoire ce qui leur revient, et abandonner les institutions à ceux qui ont vocation à les étudier dans le cadre des sciences politiques et administratives. Aujourd'hui, il peut, et il doit, ne s'occuper que de « droit » public, du droit qui est dit par les juges de droit public. Mais il doit s'occuper de tout le droit public, y compris celui qui est à l'interface des droits international et interne, comme le constitutionnalisme global qui s'exprime dans un droit constitutionnel qui ne s'identifie ni à un régime politique, ni à un pays (Teitel, 2004 : 2577), ou le droit administratif global qui s'applique aux régimes internationaux qui se sont multipliés dans le domaine du droit des ressources naturelles ou du droit de l'environnement et qui constituent de petits ordres administratifs sans fondement constitutionnel (Cassese, 2005 : 687).

S'il est, de par sa nature, une véritable discipline juridique, au même titre que le droit privé comparé, le droit public comparé n'a toutefois pas le même objet. Certes, les deux disciplines ont pour objet la liberté

politique, c'est-à-dire « le pouvoir de faire ce que l'on doit vouloir et de n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir » (Montesquieu, 1951 : 395), mais ce pouvoir ne se rapporte pas au même objet. La liberté des privatistes est celle du citoyen dans ses rapports avec les autres citoyens ; la liberté des publicistes est celle du citoyen dans ses rapports avec les gouvernants. Or, dans leurs rapports avec les gouvernés, les gouvernants sont porteurs d'une responsabilité dont les citoyens sont dispensés dans leurs rapports *inter se* ; ils ont la charge de la chose publique, la *res publica* ; à ce titre, ils doivent défendre l'intérêt général. Cette charge leur donne des pouvoirs, des « prérogatives de puissance publique », que les autres citoyens n'ont pas et qui sont régis par le droit public. La division « droit public – droit privé », point de départ de l'étude du droit pour les juristes formés à la pensée de droit continental, s'étend ainsi nécessairement au droit comparé. Même des comparatistes privatistes ont reconnu que celui-ci souffrait d'un manque de prise en considération du droit public (Muir-Watt, 2006 : 590).

Toutefois, le souci de la dimension publiciste ne fait pas l'unanimité. Certains comparatistes formés dans la tradition britannique de la *common law* soutiennent qu'il n'existerait pas de principe clair ou pertinent qui permettrait de tracer la ligne de division entre droit public et droit privé de sorte qu'en droit comparé, on passerait de l'un à l'autre, confortablement et sans difficulté (Harding, 2000 : 104). L'observation du travail judiciaire conduit à des conclusions plus nuancées. Dans tous les pays, à des degrés divers, les affaires de droit public et de droit privé n'obéissent pas toujours aux mêmes règles (même dans les pays de *common law*) et, surtout, ne font pas toujours l'objet des mêmes actions en justice (Woolf, 1986 : 221). Il n'y a qu'une raison qui explique ces différences : le droit public est, *bis repetita placent*, le droit de la chose publique ; il protège les biens, droits et intérêts communs d'un peuple formant une « association politique ». Tous les pays font une place à cette valeur que, chacun à sa manière, a institutionnalisée dans l'État. L'un des objets du droit public comparé est de mesurer ces différences et de les réduire, autant que faire se peut, pour rapprocher les peuples.

## **B – Les finalités du droit public comparé**

Nul n'a mieux énoncé les finalités du droit comparé (qu'il a par ailleurs contribué à créer) que R. von Jhering quand, dans son *Geist des römischen Rechts*, il relève : « La science [juridique] s'est dégradée en devenant une science du droit national et lorsque, dans la discipline du droit, les frontières scientifiques sont venues coïncider avec les frontières politiques. Forme humiliante et dépourvue de dignité pour une science ! Mais il ne dépend que d'elle que de s'affranchir de ces limites et de s'assurer pour les temps à venir le caractère d'universalité qui si longtemps a été le sien, en le faisant sous une autre forme, celle de la science juridique comparative » (Jhering, cité par Ancel, 2004 : 18). Revenir au caractère d'universalité qui a si longtemps marqué le droit, là est la vraie finalité du droit comparé. C'est en ce sens que le droit comparé est un droit de la paix, comme le droit international, mais pour d'autres raisons et c'est pourquoi, ils sont si souvent associés notamment dans les pays de *common law*. La paix entre les peuples, telle était aussi la finalité qu'assignait Saleilles à la nouvelle discipline quand il la portait sur les fonts baptismaux au Congrès de Paris en 1900 ; il y voyait le moyen de contribuer à la « formation d'un droit commun de l'humanité civilisée » (Saleilles, 1900 : 397) par rapprochement et, mieux encore, unification des droits.

Aujourd'hui, ces ambitions initiales ne sont plus à l'ordre du jour. Certes, les droits nationaux se sont rapprochés et même unifiés sur bien des points (Ancel, 2004 : 56). Mais des différences subsistent. Certains les jugent même « irréductibles », notamment entre *common law* et droit codifié. À les en croire, elles condamneraient les deux systèmes à ne jamais pouvoir converger (Legrand, 1996 : 64). Toutefois, pour irréductibles qu'elles soient, ces différences n'ont pas empêché le Royaume-Uni de se rapprocher du continent, en droit public justement, pour régler les problèmes de la dévolution des pouvoirs du Parlement britannique à l'Écosse et au Pays de Galles, au point qu'un juge anglais a pu évoquer « une ressemblance, sans pour autant qu'il y ait identité, entre les pouvoirs exercés par la Commission judiciaire en matière de décentralisation et quelques-uns que vous exercez au sein du Conseil constitutionnel » (Lord

Slynn of Hadley, 1999 : 175). La convergence des droits est en marche, mais à un rythme lent, avec des effets inégaux et des succès contrastés.

Le résultat est que le droit comparé semble à beaucoup de comparatistes être une mosaïque où on ne voit plus que les petites pièces sans idée de la figure qu'elles représentent. Le découragement gagnant les esprits, les ambitions rétrécissent. Aujourd'hui, le droit comparé est conçu comme une « discipline scientifique cherchant à connaître et [...] à comprendre les droits étrangers [...] Le droit comparé est [...] un savoir sur ces droits » (Picard, 1999 : 887). On le disait déjà au Congrès de Paris en 1900 : « On compare pour mieux comprendre » (Esmein, 1900 : 373). De ce point de vue utilitaire, le droit comparé a servi à une meilleure connaissance du droit interne (Bell, 1989 : 888 ; Gaudemet, 1989 : 904).

Mais d'autres finalités sont apparues, parce que le droit comparé s'est intégré dans l'œuvre judiciaire (Glenn, 1999 : 844), particulièrement en droit public. Aujourd'hui, la place du droit comparé dans le travail du juge constitutionnel (Badinter & Breyer, 2004) et du juge administratif (Stirn, Fairgrieve & Guyomar, 2006) doit être tenue pour l'un des développements les plus importants du droit public au cours des vingt dernières années. Le mouvement, né du « dialogue des juges », s'est généralisé à toutes les démocraties libérales, et a fait naître dans son sillage un « dialogue des droits ». Le droit comparé pèse aujourd'hui lourdement sur les droits internes, privé et public, car du « dialogue des droits » jaillissent des valeurs communes qui pénètrent d'autant plus profondément le droit interne qu'elles se situent au niveau constitutionnel, c'est-à-dire au sommet de l'ordre juridique dans un État de droit et qu'elles irriguent l'ensemble du système juridique par le jeu du principe de la hiérarchie des normes. Il en résulte des modes de rapprochement et d'unification des droits très différents de ceux du droit privé. Alors que les droits privés se rapprochent avant tout grâce à l'action des États (conventions internationales), les droits publics tendent, eux, à se rejoindre principalement par le biais de l'action des juges. Les techniques utilisées pour le rapprochement des droits sont donc différentes. Le droit privé privilégie une approche qui va de haut en bas ou *top down* : l'unification vient de l'État et le droit uniformisé est appliqué par les juges. À l'inverse, le droit public adopte une approche qui va de bas en haut ou *bottom up* : l'unification vient des juges et le droit prétorien uniformisé irrigue ensuite les « hautes sphères » de l'État de valeurs communes préalablement identifiées. Ce mouvement se vérifie spécialement en droit administratif (Saunders, 2006 : 436).

De ces échanges émerge une culture juridique commune faite de respect des droits de l'homme et d'attachement à la démocratie. Cette culture juridique commune entraîne plusieurs conséquences. En premier lieu, elle donne une nouvelle finalité à une discipline qui en manquait. Jusqu'ici, grâce au travail minutieux des privatistes, le droit comparé avait produit une « énorme accumulation de savoirs », mais cette masse tournait à vide car elle était impuissante à sécréter un vrai projet de nature à structurer la discipline en une véritable « entreprise intellectuelle » (Reisman, 2002 : 679). Et, de fait, aujourd'hui, le droit comparé qui est uniquement centré, focalisé, sur le droit privé sert d'abord et principalement à 'faire de bonnes affaires'. Pareille perspective utilitariste n'est pas un projet, c'est un agenda qui conduit à une « banalisation du droit comparé » (Bermann, 2011 : 940). C'est là où le droit public comparé, chargé de valeurs, entre en jeu et change le cours du fleuve. Ses spectaculaires développements au cours de vingt dernières années conduisent à se demander si le droit comparé n'a pas enfin trouvé son projet qui, à bien y regarder, n'est pas si différent de la grande ambition des organisateurs du Congrès de Paris en 1900.

En second lieu, l'apparition de cette culture juridique commune donne un sens aux similitudes et aux différences dans le contexte global. Elle est la boussole qui peut orienter le choix entre les deux axes qui donnent leur direction à la recherche comparative : la comparaison intégrative, d'une part, et la comparaison différentielle, d'autre part (Ponthoreau, 2010 : 103). Il y a quelque trente ans, arbitrer entre les deux méthodes relevait d'un exercice délicat (Frankenberg, 1985 : 428). Mais après la chute du mur de Berlin, le paysage s'est éclairci. Aujourd'hui, la démocratie et le respect des droits de l'homme sont

devenus ce dénominateur commun aux objets comparés, ce *tertium comparationis* qui est la condition du succès de toute méthode comparative (Langrod, 1957 : 365). Ces valeurs qui doivent aujourd'hui éclairer tout ce qu'entreprend l'État permettent de comprendre pourquoi, au siècle dernier, de grands noms du droit comparé, formés à l'école allemande, avaient été visionnaires en présentant le droit public comparé comme comprenant sept matières : le droit constitutionnel comparé, le droit administratif comparé, le droit et la procédure pénale comparés, la procédure civile comparée, le droit comparé du travail et de la sécurité sociale, le droit fiscal comparé et le droit comparé de la concurrence (Riesenfeld & Casper, 1968 : 187).

### **C – Les méthodes du droit public comparé**

Des développements qui précèdent, il ressort que les méthodes du droit comparé n'ont pas pris en droit public les mêmes chemins qu'en droit privé. L'unification des droits s'est faite, et continue de se faire, par les juges, bien plus que par les États et leurs conventions internationales. Certes, les États ont donné le coup d'envoi par le traité international (par ex., Convention européenne des droits de l'homme). Mais ce sont les juges qui ont pris le relais et conduit l'évolution. Il n'est pas douteux que ce processus apporte de l'eau au moulin de ceux qui mettent en garde contre « la subjectivité de la comparaison » (Legrand, 1999 : 56) et que les exigences de la démocratie, à terme, condamnent le procédé à n'être qu'une étape transitoire dans l'unification du droit public. L'œuvre juridictionnelle ne sera durable que si elle est relayée par l'action des États. Il en résulte qu'en Europe, le rapprochement, *a fortiori*, l'unification des droits passe par la constitution d'un noyau dur (« *common core* ») de principes communs de droit public (Ziller, 2012 : 750). À cet égard, l'adoption, en 2000, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, devenue contraignante et donc justiciable avec le traité de Lisbonne, est une étape majeure dans la constitution de ce noyau dur. Autrement dit, en Europe, le droit public comparé mène nécessairement au fédéralisme, méthode de rapprochement et d'unification des droits qui est éminemment de droit public.

La deuxième spécificité méthodologique du droit public comparé est que la classification des droits en « familles » qui est opérée soit à raison de leurs « structures » (David, 1973 : 79), soit à raison de leurs « styles » (Zweigert & Kötz, 1992 : 63), et qui tient une si grande place en droit privé comparé, ne s'articule pas en droit public sur les mêmes critères. Ce sont moins les structures ou les styles de familles juridiques qui comptent en droit public que les moyens par lesquels il va vers la fin qui est la sienne depuis l'entrée dans la modernité à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle avec les révolutions américaine et française et qui est « la recherche du bonheur » (Déclaration d'Indépendance des États-Unis, 1776), ou « le bonheur de tous » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 1789). Les droits publics se répartissent entre eux selon la manière dont ils conçoivent cette fin et organisent les moyens d'y parvenir (une *res publica* est-elle nécessaire et quelle doit être sa densité ?), autrement dit, selon la manière dont ils réconcilient l'ordre et la liberté, l'État et le marché, la loi et le contrat. L'articulation entre ces variables reçoit différentes réponses selon les « systèmes de droit public » au sein desquels elle est soulevée. Car il existe des systèmes de droit public qui, selon les matières qu'ils couvrent (éducation, environnement, santé) exercent de profondes influences sur la vie quotidienne des citoyens (Larsen, 1998 : 850). Où ces systèmes placent-ils le curseur de la *res publica* ? Comment répartissent-ils entre les responsabilités de l'État et celles du marché ? Que mettent-ils sous le concept d'intérêt général ? Quels moyens mobilisent-ils pour le satisfaire ? Voilà les questions centrales du droit public comparé. Elles intéressent la *res publica*, la chose publique, et c'est le rôle des publicistes que d'y répondre. C'est là que gît la spécificité du droit public comparé.

## **Bibliographie**

- Alston (P.) [Dir.], *Promoting Human Rights Through Bills of Rights : Comparative perspectives*, Oxford University Press, Oxford/New York, 1999, 569 p.
- Ancel (B.), *Théorie générale du droit comparé*, Cours photocopié, DEA de droit comparé (2004-2005)
- Auby (J.-B.) et Dutheil de la Rochère (J.) [Dir.], *Droit Administratif Européen*, Bruylant, 2007
- Autexier (C.), *Introduction au droit public allemand*, Coll. Droit fondamental, PUF, 1997
- Badinter (R.) & Breyer (S.) [Eds.], *Judges in Contemporary Democracy, An International Conversation*, New York University Press, 2004
- Bell (J.), « Comparing Public Law », *Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century* (Andrew Harding and Esin Orücü, Eds), Kluwer, 2002, p. 235 et s.
- Bell (J.), « Le droit administratif comparé au Royaume-Uni », *RIDC* 4-1989, p. 887 et s.
- Bermann (G. A.), “Comparative Law: Problems and Prospects”, *American University International Law Review*, vol. 26 (2011), p. 935 et s.
- Braibant (G.), « Introduction », *RIDC*, n° 4 (1989), p. 849 et s.
- Braibant (G.), « Le principe de proportionnalité », *Mélanges Waline*, 1974, Tome II, p. 297 et s.
- Canivet (G.), « Débat autour du livre de Stephen Breyer, La Cour suprême, l’Amérique et son histoire », *RIDC* 3-2011, p. 547 et s.
- Cappelletti (M.) et Cohen (W.), *Comparative Constitutional Law*, The Bobbs-Merrill Company, Indianapolis/New York, 1979, 628 p.
- Cassese (S.), “Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation”, *New York University Journal of International Law & Politics*, vol. 37 (2005), p. 663 et s.
- Chevallier (J.), *L’Etat de droit*, 5<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Coll. Clefs, 2010.
- Clark (D. S.), “Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today”, *Tulane Law Review*, vol. 75 (2001), p. 871 et s.
- Cornu (G.), *Dictionnaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 1996.
- David (R.) & Brierly (J.E.C.), *Major Legal Systems in the World Today*, 3<sup>rd</sup> ed., Stevens, 1985.
- David (R.) et Jauffret-Spinosi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> ed. Précis Dalloz, 2002.
- David (R.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, 5<sup>e</sup> ed., Précis Dalloz, 1973
- Deslandres (M.), « Observations sur la fonction de la science du Droit comparé par rapport au Droit public », *Bulletin de la société de législation comparée*, vol. 29 (1900), p. 507 et s.
- Dorsen (N.), Rosenfeld (M.), Sajo (A.) & Baer (S.) [Eds.], *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, St. Paul, Minn: West Group, 2nd. ed. 2010, 1609 p.
- Esmein (A.), « Le droit comparé et l’enseignement du droit », Rapport présenté au Congrès international de droit comparé, *Bulletin de la société de législation comparée*, vol. 29 (1900, n° 4), p. 373 et s.

- Favoreu (L.), Gaïa (P.), Ghevontian (R.), Mestre (J.-L.), Pfersmann (O.), Roux (A.), Scoffoni (G.), *Droit constitutionnel*, 15<sup>e</sup> ed., Précis Dalloz, 2013
- Frankenberg (G.), "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal*, vol. 26 (1985), p. 411 et s.
- Fromont (M.), *Droit administratif des Etats européens*, Coll. Thémis, PUF, 2006.
- Gambarro (A.), Sacco (R.), Vogel (L.), *Traité de droit comparé, Le droit de l'Occident et d'ailleurs*, LGDJ, 2011.
- Gaudemet (Y.), « Le droit administratif en France », *RIDC* 4-1989, p. 899 et s.
- Ginsburg (T.) et Dixon (R.) [Eds.], *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar Publ. (2011)
- Glenn (P.), « Vers un droit comparé intégré? », *RIDC* 4-1999, p. 841 et s.
- Grewe (C.) et Ruiz-Fabri (H.), *Droits constitutionnels européens*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1995.
- Harding (A.), "Comparative Public Law: A Neglected Discipline?" in *Comparative Law in Global Perspective, Essays in celebration of the fiftieth anniversary of the founding of the SOAS Law Department* (Ian Edge, Ed.), Transnational Publ., 2000, p. 101 et s.
- Hesse (K.), *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20<sup>e</sup> ed., C.F. Müller, 1995
- Jackson (V. C.) et Tushnet (M.), *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 2006, 2<sup>nd</sup> ed., 1776 p.
- Jackson (V. C.) et Tushnet (M.), *Defining the Field of Comparative Constitutional Law*, Praeger, Westport (Conn.), London, 2002, 260 p.
- Kenney (S. J.), Reisinger (W. M.) et Reitz (J. C.), *Constitutional Dialogue in Comparative Perspective*, Macmillan Press Ltd, New York, 1999, 254 p.
- Krynen (J.), *L'État de justice. France, XIIIe-XXe siècle. Tome II. L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Éditions Gallimard, Collection Bibliothèque des histoires, Paris, 2012.
- Langrod (G.), « Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique », *RIDC* 2-1957, p. 353 et s.
- Larnaude (F.), « Droit comparé et droit public », *RDP*, tome XVII (1902), p. 5 et s.
- Larsen (C.), "The Future of Comparative Public Law: Public Legal Systems", *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 21 (1998), p. 847 et s.
- Legrand (P.), « European legal systems are not converging », *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 45 (1996), p. 52 et s.
- Legrand (P.), *Le droit comparé*, PUF, Que sais-je? n° 3478, 1999.
- Melleray (F) [Dir.], *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, 374 p.
- Montesquieu, *Œuvres complètes*, Tome II, Coll. La Pléiade, Gallimard, 1951.
- Muir-Watt (H.), "Globalization and Comparative Law", *The Oxford Handbook of Comparative Law*, (Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, Eds.), Oxford University Press, 2006, p. 579.

- Pfersmann (O.), « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, n°3 (2001), p. 275 et s.
- Picard (É.), « Entretien », *La Lettre du CFDC*, Lettre 67, Octobre 2012, p. 4 et s.
- Picard (É.), « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *RIDC* 4-1999, p. 886 et s.
- Picard (É.), « Le droit comparé est-il du droit ? », *Annuaire de l'Institut Villey*, 2009, vol. 1, p. 173 et s.
- Pierré-Caps (S.), *Droits constitutionnels étrangers*, PUF, 2010, 251 p.
- Ponthoreau (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Coll. Corpus Droit Public, Economica, 2010.
- Reisman (M.), « The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century », *American Journal of Comparative Law*, vol. 50 (2002), p. 671 et s.
- Riesenfeld (S. A.) & Casper (G.), « Comparative Public Law », *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 1968, p. 183 et s.
- Rivero (J.), « Le droit administratif en droit comparé : Rapport final », *RIDC*, n°4 (1989), p. 929 et s.
- Rose-Ackerman (S.) et Lindseth (P. L.) [Eds.], *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publ. (2010).
- Saieilles (R.), « Conception et objet de la science du droit comparé », Rapport présenté au Congrès international de droit comparé, *Bulletin de la société de législation comparée*, vol. 29 (1900, n° 4), p. 383 et s.
- Saieilles (R.), Rapport présenté à la commission d'organisation sur l'utilité, le but et le programme du Congrès, *Bulletin de la société de législation comparée*, vol. 29 (1900, n° 3), p. 228 et s.
- Saunders (C.), « Apples, Oranges and Comparative Administrative Law », *Acta Juridica*, 2006, p. 423 et s.
- Slynn of Hadley (Lord), Adresse au Conseil constitutionnel, *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, LGDJ, 1999, p. 166 et s.
- Stirn (B.), Fairgrieve (D.), Guyomar (M.), *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, 2006.
- Stirn (B.), *Vers un droit public européen*, Montchrestien, Coll. Clefs, 2012.
- Teitel (R.), « Comparative Constitutional Law in A Global Age », Book review of *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó & Susanne Baer (Eds.), St. Paul, Minn: West Group, 2003, *Harvard Law Review*, vol. 117 (2004), p. 2570 et s.
- Woolf (H.), « Public law - private law: why the divide? - a personal view », *Public Law* 1986, p. 220 et s.
- Ziller (J.), « Public Law », *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* [Jan M. Smits (Ed.)], 2<sup>nd</sup> Ed., 2012, p. 744 et s.
- Zweigert (K.) & Kötz (H.), *An Introduction to Comparative Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Translated by Tony Weir, Clarendon Paperbacks, Oxford University Press, 1992.
- Zweigert (K.) & Siehr (K.), « Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method », *American Journal of Comparative Law*, vol. 19 (1971), p. 215 et s.