Dessiner la société par le droit

Mapping Society Through Law

Sous la direction de
Ysolde Gendreau
Editor

Les Éditions Thémis

CRDP
Université de Montréal

L'ENSEIGNEMENT DU DROIT COMPARÉ À L'ÈRE DE LA MONDIALISATION : LES YEUX PLUS GRANDS QUE LA PANSE?

Catherine VALCKE*

INTRODUCTION 171

I. REMARQUES PRÉLIMINAIRES 176
A. Les objectifs pédagogiques 176
B. «Droit comparé» 177
C. «Enseignement du droit comparé» et «enseignement comparatif du droit» 178

II. DROIT, DROIT COMPARÉ, ET ENSEIGNEMENT DU DROIT COMPARÉ 179
A. Une conception idéaliste du droit et du droit comparé 181
1) Le droit est public 182
2) Le droit est normatif 183
3) Le droit est systémique 183
B. Enseignement du droit comparé 186
1) La méthode d'enseignement 186
2) Chronologie 187
3) Nombre de systèmes juridiques 189

CONCLUSION 189

* Professeure, Faculté de droit, Université de Toronto.

Les pages qui suivent font état d'une réflexion sur l'enseignement du droit comparé dans le contexte actuel de la diminution de l'importance des frontières géopolitiques, ce contexte de la « mondialisation » qui, depuis quelque temps déjà, semble déterminé à surgir au détour de toutes les conversations. On en sait qu'il résulte de l'érosion graduelle des barrières économiques nationales, du progrès technologique dans les domaines des transports et de la communication, de l'intensification du discours des droits de l'homme sur la scène internationale, etc. Je vous épargne les détails : le phénomène n'est que trop bien connu. L'enseignement du droit comparé, donc, dans un contexte... « mondialisé ».

Mais avant d'embarquer dans le vif de notre réflexion, quelques mots sur ses origines. Au cours d'une étude préalable sur l'état de l'enseignement du droit comparé au Canada anglais[1], nous avons constaté que trois modèles peuvent être distillés de la multitude des approches adoptées par les principales facultés de droit nord-américaines et européennes en ce qui concerne l'enseignement du droit comparé. Ces modèles, nous nous permettons de les intituler « le successif », « l'intégré » et « le bric-à-brac ».

L'avertissement d'usage s'impose ici. Dans la réalité, les diverses facultés de droit étudiées participaient de deux, ou même, dans certains cas, de trois de ces modèles à des degrés variés. Ceci n'est en rien surprenant : c'est l'avatar des modèles qu'ils ne sauraient se retrouver à l'état pur dans la réalité. Évidemment, ceci n'est pas pour diminuer leur valeur heuristique. Sans modèle, on ne peut espérer voir clair à travers le fouillis.

Trois modèles, donc, « le successif », « l'intégré », et « le bric-à-brac ».

Le « successif » est le modèle plus traditionnel, selon lequel des systèmes juridiques différents (d'habitude au nombre de deux) sont étudiés en succession. On pense ici au programme national de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa ou à l'ancien programme national de la Faculté de droit de l'Université McGill, qui permet ou permettait aux étudiants d'obtenir le diplôme de droit civil et celui de common law en complétant d'abord trois années d'études dans l'un ou l'autre de ces deux systèmes

---

1 Catherine VALCKE, « Teaching Comparative Law and Comparative Law Teaching in Canadian Schools of Common Law », dans Gabriel MOENS (dir.), *Teaching Comparative Law and Comparative Law Teaching*, à paraître.

juridiques, pour ensuite compléter un an d'études dans l'autre système[2]. Des programmes similaires existent en Europe[3], notamment, entre l'Université de Paris I et le King's College de l'Université de Londres qui permettent à leurs étudiants d'obtenir les deux diplômes en complétant deux ans de cours dans l'une, puis dans l'autre de ces institutions[4]. Le programme de maîtrise en common law offert par la Faculté de droit de l'Université de Montréal est la dernière recrue au rang des programmes successifs. Enfin, toute faculté de droit qui réserve ses cours de droit comparé aux cycles supérieures, que cela soit en 2e et 3e année, à la maîtrise ou au doctorat, se conforme dans une certaine mesure au modèle successif.

Le modèle « intégré » est plus nouveau et peut-être aussi plus ambitieux, puisqu'il vise l'apprentissage de systèmes juridiques différents de façon simultanée ou à tout le moins parallèle, c'est-à-dire qu'il expose les étudiants à ces systèmes juridiques différents au cours d'une même année académique, d'un même trimestre, voire même à l'intérieur de mêmes cours. Dans le cadre d'un cours sur les obligations contractuelles, par exemple, l'on étudierait, par voie de comparaison systématique, les contrats de common law et le droit civil français des obligations contractuelles. On pense tout de suite au nouveau programme national que McGill a adopté il y a maintenant quatre ans[5]. Il semble que ce modèle ait aussi été adopté dans certaines facultés de droit suisses[6], lesquelles sont, on s'en doute, aux prises avec la mission difficile d'inculquer à leurs étudiants les rudiments de droits cantonaux différents.

---

2 Roderick A. MACDONALD, « The National Law Programme at McGill : Origins, Establishment, Prospects », (1990) 13 *Dalhousie L. J.* 211.

3 Nathalie COHN et Amandine GARDE, « L'interaction des cultures juridiques française et anglaise à l'université », (1993) 3 *Eur. Rev. of Private L.* 381.

4 André TUNC, « L'enseignement du droit comparé – Présentation », (1988) 4 *R.I.D.C.* 703, 706.

5 H. Patrick GLENN, « Vers un droit comparé intégré? », (1999) 3 *R.I.D.C.* 841, 851; Yves-Marie MORISSETTE, « Transsystemic Law Teaching and McGill's Integrated Civil and Common Law Programme », (2002) 52 *J. of Leg. Ed.* 12; Julie BÉDARD, « Transsystemic Teaching of Law at McGill : "Radical Changes, Old and New Hats" », (2001) 27 *Queen's L. J.* 237; Daniel JUTRAS, « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », (2000) 52 *R.I.D.C.* 781, 792 et 793.

6 Walter STOFFEL, « L'enseignement du droit comparé en Suisse », (1988) 4 *R.I.D.C.* 729.

Finalement, le modèle du « bric-à-brac » aspire au pluralisme juridique, au « multijuridisme », plutôt qu'au simple « bijuridisme ». Plus concrètement, ce dernier modèle vise la formation, non pas de juristes locaux ou même nationaux, mais bien de juristes « citoyens du monde », de juristes cosmopolites. Les moyens mis de l'avant pour en arriver là sont relativement simples. Un curriculum international et comparé étendu, le plus diversifié possible, et en majeure partie constitué de cours optionnels, donc un curriculum flexible. Des enseignants tout aussi divers, tant par leur formation que par leur origine ethnique et géographique, et inévitablement professeurs invités, donc temporaires, pour la plupart. Une foule d'options parascolaires à saveur internationale ou étrangère (échanges étudiants avec des institutions étrangères, stages au sein d'organismes internationaux, journaux étudiants, tribunaux-écoles consacrés à des thèmes internationaux ou étrangers, etc.) Parmi les quelques cours obligatoires restant (pour la plupart des cours de première année), on peut très bien retrouver le droit international public et privé, et l'introduction au droit comparé. Enfin, les cours de droit domestique sont souvent eux-mêmes enseignés dans une perspective comparative.

Le meilleur exemple d'une faculté de droit appartenant à cette catégorie est la Faculté de droit de l'Université de New York (NYU) – laquelle se surnomme elle-même *The Global Law School* – mais beaucoup d'autres facultés de droit américaines s'en rapprochent, surtout parmi la crème du Ivy League[7]. Les calendriers des cours de ces facultés annoncent en effet des cours aussi variés que « Droit corporatif japonais », « Droit musulman de la famille », « Procédure civile comparée », « Droit des autochtones australiens », « Droit de la Communauté européenne », « Droit constitutionnel russe », pour n'en mentionner que quelques-uns. Au Canada, certains symptômes du modèle bric-à-brac sont décelables dans les programmes offerts par les facultés de droit de l'Université de Toronto, de l'Université York, de l'Université Queen et de l'Université de la Colombie-Britannique[8]. La Faculté de droit de l'Université de Toronto, par exemple, en est venue à consacrer un tiers des années académiques supérieures à des cours intensifs donnés par des professeurs invités et pour la plupart étrangers.

---

7 John E. SEXTON, « The Global Law School Program at New York University », (1996) 46 *J. Leg. Ed.* 329; W. Michael REISMAN, « Designing Law Curricula for a Transnational Industrial and Science-Based Civilization », (1996) 46 *J. Leg. Ed.* 322.

8 Catherine VALCKE, « Teaching Comparative Law and Comparative Law Teaching in Canadian Schools of Common Law », dans G. MOENS (dir.), *op. cit.*, note 1.

En somme, la différence principale entre les modèles successif et intégré est chronologique. Mais il semble que ces modèles diffèrent aussi, par implication, sur la technique pédagogique, du moins en partie. En effet, il y a lieu de croire que l'apprentissage simultané de systèmes juridiques différents implique un plus grand recours à la méthode didactique, et donc un moins grand recours à la méthode socratique ou dialectique. Ceci, parce que l'apprentissage simultané requiert davantage d'explications directes de la part du professeur, si ce n'est pour délimiter les territoires juridiques en présence. Or, la méthode socratique veut que de telles explications soient réduites au minimum, puisqu'elle vise à ce que les étudiants découvrent d'eux-mêmes la substance, l'origine, et l'organisation générale des règles de droit.

Le modèle du bric-à-brac, quant à lui, se distingue des modèles successif et intégré sous trois aspects principaux. D'abord, il privilégie l'augmentation du nombre de systèmes juridiques auxquels les étudiants sont exposés, alors que les modèles successif et intégré présupposent au contraire un nombre restreint de systèmes juridiques sous étude (les exemples donnés ci-dessus n'en mettent en cause que deux). Naturellement, il s'ensuit que les modèles successif et intégré favorisent l'approfondissement de la connaissance juridique aux dépens de son étendue, et l'inverse est vrai pour le modèle bric-à-brac.

Ensuite, contrairement aux modèles successif et intégré, qui ont germé de motifs principalement politiques ou géographiques (la cohabitation des traditions civiliste et de common law au Canada; le système cantonal suisse), le modèle bric-à-brac a été mis sur pied afin de répondre, en milieu pédagogique, à l'intensification des forces « mondialisatrices » en milieux politiques, socio-économiques, et culturels[9].

Enfin, le modèle du bric-à-brac diffère des modèles successifs et intégrés en ce que l'on retrouve beaucoup moins de doctrine consacrée à sa justification pédagogique. En ce qui concerne le modèle successif, cette différence est aisément expliquée : la grande quantité de doctrine à son sujet est en partie attribuable au fait que ce modèle ne date pas d'hier. On a donc eu le temps d'en dire à peu près tout ce qu'on avait à en dire. Mais on ne peut en dire autant du modèle intégré, qui est non seulement plus rare, mais aussi beaucoup plus jeune. Néanmoins, une quantité non négli-

9 *Id.*

geable de doctrine est consacrée à ce modèle[10]. Comment expliquer, dès lors, l'absence quasi totale de doctrine concernant le modèle bric-à-brac?

Entendons-nous. L'impact de la mondialisation sur le marché des services juridiques en général a fait couler énormément d'encre[11]. On a aussi beaucoup écrit sur la nécessité de revoir les études de droit en conséquence[12]. Certains ont en effet soutenu qu'il fallait désormais produire des juristes capables de transiger à un niveau transnational, de fonctionner sur la scène internationale, de manoeuvrer dans le monde juridique global. D'autres, moins carriéristes, ont souligné plutôt l'importance d'élargir les horizons juridiques, même culturels et éthiques, de nos étudiants, de court-circuiter leurs instincts presse-bouton, de les déstabiliser dans leur esprit de clocher[13]. Bref, on a beaucoup écrit sur les objectifs de l'enseignement du droit à l'ère de la mondialisation.

Mais la question des moyens à prendre pour réaliser ces objectifs semble avoir été ignorée. À tout le moins, on semble avoir présumé, de concert avec les fondateurs du modèle bric-à-brac, que ce modèle conduirait directement à la réalisation de tous ces objectifs. On semble avoir présumé, en d'autres mots, qu'il suffit d'augmenter le nombre des cours de droit comparé offerts aux étudiants, de leur faciliter le contact avec un maximum de systèmes juridiques différents, pour qu'ils deviennent des juristes ouverts

---

10 A. TUNC, *loc. cit.*, note 4, 706.

11 Anthony O'DONNELL et Richard JOHNSTONE, *Developing a Cross-cultural Law Curriculum*, Sydney, Cavendish Publishing, 1997; Fiona COWNIE (dir.), *The Law School – Global Issues, Local Questions*, Aldershot/Brookfield, Ashgate/Dartmouth, 1999; Gloria M. SANCHEZ, « A Paradigm Shift in Legal Education : Preparing Law Students for the Twenty-First Century : Teaching Foreign Law, Culture, and Legal Language of the Major U.S. American Trading Partners », (1997) 34 *San Diego L. Rev.* 635; Alberto BERNABE-RIEFKOHL, « Tomorrow's Law Schools : Globalization and Legal Education », (1995) 32 *San Diego L. Rev.* 137.

12 Mary C. DALY, « The Ethical Implications of the Globalization of the Legal Profession : A Challenge to the Teaching of Professional Responsibility in the Twenty-First Century », (1998) 21 *Fordham Int'l L. J.* 1239, 1243-45; Adelle BLACKETT, « Globalization and Its Ambiguities : Implications for Law School Curricular Reform », (1998) 37 *Colum. J. Trans. L.* 57; A. BERNABE-RIEFKOHL, *loc. cit.*, note 11.

13 D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 5, 793; Günter FRANKENBERG, « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », (1985) 26 *Harv. Int'l L. J.* 411; Mark VAN HOECKE et Mark WARRINGTON, « Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », (1998) 47 *Int'l & Comp. L. Q.* 495.

d'esprit et professionnellement compétents au-delà des frontières nationales.

C'est cette présomption que nous nous proposons de remettre en question dans ce qui suit.

I. Remarques préliminaires

D'abord, trois remarques afin de préciser ce dont nous ne traiterons pas.

A. Les objectifs pédagogiques

Comme ce sont les moyens, non les objectifs pédagogiques qui nous intéressent ici, nous supposerons, sans le défendre, que l'objectif de l'enseignement du droit (national ou comparé) est de rendre nos étudiants capables de penser, de raisonner comme un juriste (national ou étranger). Selon l'expression anglaise : *to learn how to think like a lawyer.*

D'une part, il semble que cet objectif fasse l'objet d'un consensus relativement solide parmi ceux qui se sont intéressés à la question[14], y compris les partisans du modèle bric-à-brac[15]. En effet, comment le juriste de demain pourrait-il transiger, négocier, faire équipe avec les juristes du monde entier sans comprendre leur façon de penser, sans être capable de penser comme eux? Certes, des doutes ont été soulevés quant à la suffisance de cet objectif. On a suggéré, par exemple, que les études en droit devraient également viser le développement éthique et moral des étudiants[16]. On a aussi émis des doutes quant la possibilité de réaliser cet objectif[17]. Mais il ne semble pas que l'opportunité de cet objectif, sa valeur intrinsèque, ait jamais été remise en question.

---

14 Harry W. ARTHURS, *Report to the Social Science and Humanities Research Council by the Consultative Group on Research and Education in Law*, 1983.

15 J. SEXTON, *loc.cit.*, note 7; M. REISMAN, *loc. cit.*, note 7.

16 A. O'DONNELL et R. JOHNSTONE, *op. cit.*, note 11, p. 20; Jamie CASSELS, « Legal Education in British Columbia : Trends and Issues », (2001) 59 *The Advocate* 367, 372.

17 Par exemple, Pierre Legrand considère insurmontable l'obstacle perspectiviste qui accompagne l'altérité culturelle, Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, P.U.F., 1999. Pour un argument nuancé et convaincant dans le sens contraire, voir : D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 5, 789 et suiv. Dans le même sens : Geert H. HOFSTEDE, *Culture's Consequences*, Beverly Hills, Sage Publications,1980, p. 5.

En outre, cet objectif, ainsi formulé, a, selon nous, le grand avantage de nous éviter le détour dans les méandres du débat qui oppose les partisans d'une formation professionnelle pratique, principalement axée sur le marché du travail, à ceux qui voient les études en droit davantage comme une formation purement universitaire, donc large, sans but précis, et axée sur le développement des facultés intellectuelles et de la culture générale. Dans la mesure où cette formulation fait ressortir le caractère intellectuel de l'objectif des études en droit – la capacité de *penser*, de *raisonner* – elle ne saurait déplaire aux partisans de la formation purement universitaire. En même temps, le raisonnement visé étant proprement juridique – la capacité de penser *comme un juriste* – les partisans de la formation pratique devraient en être également satisfaits : on ne saurait nier que la maîtrise du raisonnement juridique constitue un avantage certain en pratique[18]!

Nous supposerons donc que l'objectif de l'enseignement du droit national est de rendre les étudiants capables de penser comme un juriste national, et que celui de l'enseignement du droit comparé est de les rendre capables de penser comme un juriste étranger.

Mais – et ceci m'amène à ma deuxième remarque préliminaire – encore faut-il savoir ce que l'on entend par « droit comparé ».

B. « Droit comparé »

Il faut tout d'abord distinguer « droit comparé » et « droit international ». Aussi évidente que puisse paraître cette distinction sur le plan conceptuel (le droit international traite principalement des relations entre les États; le droit comparé, quant à lui, est formé des droits internes des juridictions étrangères), elle semble avoir souvent été ignorée dans les faits, à tous le moins dans le cadre du modèle bric-à-brac. En effet, l'idée directrice de ce modèle est le dépassement des frontières nationales. Que ce dépassement amène au droit international ou au droit étranger importe peu. L'international et le comparé ont de fait cohabité dans les curriculums au hasard des possibilités (disponibilités des professeurs, présence de ressources financières, coordination des horaires, etc.), apparemment confondus sous le couvert du « mondial », sans qu'on ne se soit vraiment demandé si cette cohabitation était opportune ou même possible, s'il n'y aurait pas

---

18 Nicholas KASIRER, « Bijuralism in Law's Empire and in Law's Cosmos », (2002) 1 *J. Leg. Ed.* 29, 40.

lieu de respecter une certaine chronologie dans l'enseignement de l'international et du comparé, s'il ne vaudrait pas mieux miser davantage sur l'un ou l'autre[19]. Dans la mesure où l'international et le comparé pourraient être fondus dans le « mondial », dès lors, il importerait ici de les démêler et de ne retenir que le dernier.

« Droit comparé » n'est cependant pas différent de « droit étranger », à notre avis. Comme l'a déjà expliqué le professeur Adrian Popovici[20], toute étude d'un droit étranger est nécessairement comparative, sinon de façon explicite, à tout le moins implicitement. En effet, la notion de droit « étranger » fait référence à un droit « autre », un qualificatif qui signale la comparaison.

Par « droit comparé », nous entendons donc l'étude des droits internes étrangers.

C. *« Enseignement du droit comparé » et « enseignement comparatif du droit »*

Enfin, il est absolument essentiel, aux fins de la présente discussion, de distinguer l'enseignement du droit comparé de l'enseignement comparatif du droit. L'un comme l'autre met en jeu le droit étranger, mais à des fins différentes. L'enseignement du droit comparé vise l'apprentissage du droit étranger. L'enseignement comparatif du droit, quant à lui, utilise le droit étranger à des fins instrumentales, notamment celle d'approfondir l'apprentissage du droit national local.

Par exemple, il n'est pas rare d'examiner les structures constitutionnelles de pays étrangers dans le cadre d'un cours de droit constitutionnel canadien. Un tel exercice vise à ce que les étudiants prennent conscience

---

19 De fait, l'on pourrait soutenir que le droit international et le droit comparé répondent à des forces socio-politiques opposées. Dans la mesure où les frontières étatiques continueraient à s'effriter, il y aurait lieu de miser davantage sur le droit international. En effet, plus les États sont forts, plus il y a de droits internes robustes et différents à comparer, plus le droit comparé devient intéressant et nécessaire. Mais si l'État de droit tel que nous le connaissons venait à disparaître, il n'y aurait plus rien à comparer, il n'y aurait plus qu'à faire du droit international, qu'il y aurait alors lieu d'appeler droit « mondial ».

20 Adrian POPOVICI, « Un aperçu de l'enseignement du droit comparé et de l'enseignement comparatif du droit dans la province de Québec », (2002) 36 *R.J.T.* 803.

de l'éventail des possibilités, comprennent en quoi la Constitution canadienne diffère des constitutions étrangères, et peut-être même puissent expliquer les raisons qui militent en faveur de l'adoption de l'une ou l'autre de ces constitutions. Dans la mesure où l'objectif de cette comparaison est d'approfondir leur compréhension du système canadien, ce cours participe de l'enseignement comparatif du droit. Mais si l'objectif de la comparaison est de leur inculquer des rudiments de droit étranger, ce cours appartiendrait à l'enseignement du droit comparé[21].

En d'autres termes, alors que l'objectif de l'enseignement du droit comparé est de rendre les étudiants capables de penser comme un juriste étranger, l'objectif de l'enseignement comparatif du droit (national) est de rendre les étudiants capables de penser comme un (meilleur) juriste (national).

Il nous semble indiscutable que l'un comme l'autre de ces usages du droit étranger est opportun, même souhaitable. Néanmoins, c'est d'enseignement du droit comparé, non d'enseignement comparatif du droit, qu'il s'agit ici.

II. Droit, droit compare, et enseignement du droit comparé

On ne saurait parler d'enseignement du droit comparé sans parler d'abord de ... droit comparé : *Que fait-on* lorsque l'on fait du droit comparé? *Pourquoi fait-on* du droit comparé? *Comment procède-t-on* lorsque l'on fait du droit comparé?

La doctrine sur ces questions est on ne peut plus abondante. Mais les réponses n'en demeurent pas moins décevantes. De tous temps, les comparatistes se sont appliqués à vanter les bienfaits du droit comparé, à en souligner l'importance. Ils ont aussi produit une quantité phénoménale de

---

21 On peut se permettre de penser que, plus le nombre de systèmes étrangers consultés dans le cadre d'un même cours est élevé, plus il est probable que ce cours appartienne à l'enseignement comparatif du droit, et, inversement, plus le nombre de systèmes étrangers est restreint, plus il est probable que ce cours en soit un de droit comparé. En effet, un cours de droit constitutionnel qui procéderait d'une comparaison soutenue entre les systèmes canadien et sud-africain, par exemple, viserait vraisemblablement à ce que les étudiants acquièrent une certaine maîtrise de ces deux systèmes constitutionnels. Mais la comparaison occasionnelle avec cinq ou six systèmes étrangers vise probablement davantage l'approfondissement de la connaissance du système canadien que la connaissance des cinq ou six systèmes en question.

doctrine comparative. Mais ils ont toujours eu beaucoup de mal à expliciter la nature et la raison d'être de leurs activités.

Après plusieurs tentatives infructueuses, beaucoup d'entre eux sont venus à la conclusion que le droit comparé n'est qu'accessoire, qu'il est dépourvu de fin propre[22]. Le droit comparé, nous dit-on, est un instrument de développement du droit national : le législateur, le juge s'en inspirent dans la rédaction d'une loi nouvelle, d'un jugement sur un point de droit nouveau[23]. Le droit comparé est aussi un accessoire au service des autres sciences sociales : il offre au philosophe, à l'économiste, à l'anthropologue un réservoir quasi inépuisable de données juridiques utiles à l'élaboration de telle ou telle thèse philosophique, économique, anthropologique sur la nature du droit en général[24]. Dans cette perspective, faire du droit comparé ne différerait en rien de faire du droit (en général), de la philosophie, de l'économie, ou de l'anthropologie, selon le cas. Le champ des règles, des institutions à considérer est considérablement élargi, mais c'est

---

22 Arthur Taylor VON MEHREN, « An Academic Tradition for Comparative Law? », (1971) 19 *Am. J. Comp. L.* 624; J. MAYDA, « Some Critical Reflections on Contemporary Comparative Law », dans Konrad ZWEIGERT et Hans-Jürgen PUTTFARKEN (dir.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, p. 361; G. FRANKENBERG, *loc. cit.*, note 13; Basil MARKESINIS, « Comparative Law – A Subject in Search of an Audience », (1990) 53 *Mod. L. Rev.* 1; Alan WATSON, *Legal Transplants : An Approach to Comparative Law*, 2e éd., Athens, University of Georgia Press, 1993, p. 10-16; Mattias REIMANN, « The End of Comparative Law as an Autonomous Subject », (1996) 11 *Tul. Eur. & Civ. L. F.* 49. On a baptisé cette prise de conscience des comparativistes le « malaise » ou la « crise d'identité » du droit comparé : William EWALD, « Comparative Jurisprudence (I) : What Was It Like to Try a Rat? », (1994-95) 143 *U. Pa. L. Rev.* 1898, 1961 et suiv.

23 H. P. GLENN, *loc. cit.*, note 5, p. 843-48.

24 Jonathan HILL, « Comparative Law, Law Reform and Legal Theory », (1989) 9 *Oxford Journal of Legal Studies* 101. James Gordley, par exemple, admet candidement que, lorsqu'il étudie le droit étranger, il le fait à des fins philosophiques, son but ultime étant de démontrer que tous les systèmes juridiques nationaux sont fondés sur une seule et même brochette de principes juridiques universels, que l'on peut donc légitimement qualifier de « droit naturel » (James GORDLEY, « Is Comparative Law a Distinct Discipline? », (1998) 46 *Am. J. of Comp. L.* 607. Voir aussi : Étienne PICARD, « L'état du droit comparé en France en 1999 », (1999) 4 *R.I.D.C.* 885, 911.). William Twinning tente de démontrer, au contraire, que la grande diversité juridique de notre planète indique que le droit est intimement relié à la culture et donc ultimement relatif (William TWINING, « Globalization and Comparative Law », (1999) 6 *Maastricht Journal* 217).

la seule différence. Le droit comparé serait dépourvu de raison d'être indépendante, de méthodologie propre, de catalogue de connaissance distinct. Il ne saurait donc constituer une discipline académique autonome.

Le problème, en ce qui nous concerne, est que, si cette conception exclusivement accessoire du droit comparé s'avérait juste, seul l'enseignement comparatif du droit serait possible. L'enseignement du droit comparé, en tant que tel, ne le serait pas. Or, nous avons affirmé dans nos remarques préliminaires nous préoccuper ici d'enseignement du droit comparé et non pas d'enseignement comparatif du droit. Heureusement pour nous, cette conception exclusivement accessoire ne rallie pas tous les comparatistes.

A. Une conception idéaliste du droit et du droit comparé

Dans « What Was It Like to Try a Rat? »[25], le professeur William Ewald dénonce la conception exclusivement accessoire du droit comparé. Il soutient, à notre avis de façon fort convaincante, que le droit comparé a une fin propre, notamment celle de comparer la façon dont les acteurs en présence dans les différents systèmes juridiques (les juges, les avocats, les législateurs, les citoyens face à la loi, etc.) pensent, raisonnent, utilisent le droit, le conçoivent. Il s'agit donc d'une comparaison de la pensée, de la mentalité juridique qui anime les différents systèmes. Pour y parvenir, explique Ewald, il faut bien sûr analyser les règles et les institutions de droit de ces systèmes. Il faut aussi, bien évidemment, découvrir la façon dont ces règles sont appliquées en pratique, la façon dont ces institutions fonctionnent dans les faits. Mais il faut creuser encore plus loin. Il faut chercher à comprendre les idées sous-jacentes, les fondations intellectuelles, les principes autour desquels les règles, les institutions sont organisées. Ces idées, ces principes, nous pouvons les découvrir par contact immédiat avec ces règles et ces institutions – à force de fonctionner, d'œuvrer, de vivre ce droit. De façon moins directe, on peut avoir recours à ce que l'histoire, la philosophie, la sociologie ont révélé à leur sujet.

Bien sûr, c'est une conception du droit en général, non pas seulement du droit comparé, qu'Ewald avance ici. C'est une conception idéaliste du droit, par opposition à une conception qui serait strictement matérialiste. Une conception matérialiste serait une conception selon laquelle le droit peut être défini par référence exclusive à ses règles, à ses solutions, à ses

---

25 W. EWALD, *loc. cit.*, note 22.

institutions – aux faits du droit. La conception idéaliste du droit, quant à elle, insiste sur les idées qui sous-tendent ces faits, ce qu'Ewald appelle « le droit dans l'esprit » (*law in minds*).

Aux fins du présent article, l'aspect le plus important de cette conception idéaliste du droit est son caractère interne. Une conception matérialiste du droit est une conception externe, en ce qu'elle dépeint le droit comme pouvant être entièrement découvert par des moyens empiriques (la consultation des recueils législatifs et jurisprudentiels, l'examen de la façon dont les tribunaux sont organisés, etc.) – le point de vue de « l'observateur expert »[26]. Selon une conception interne, par contraste, on ne peut réellement comprendre le droit qu'en saisissant ce qui se passe dans la tête des acteurs en présence, en découvrant les idées qui sont en jeu – le point de vue du « participant »[27].

Prenons le mariage en exemple. Supposons que des sociologues ou des économistes très habiles – des « observateurs experts » – parviennent à prédire avec beaucoup d'exactitude la façon dont les gens se comportent face au mariage : à quel âge ils se marient, avec qui, pour combien de temps, etc. Il va sans dire que les données qu'ils amasseraient ainsi contribueraient grandement à notre compréhension de l'institution du mariage. Néanmoins, il nous semble que nous ne pourrions prétendre avoir réellement compris cette institution sans s'être enquis des raisons, des motivations, des intérêts de ceux qui y ont participé. Ce n'est que lorsque l'on est en mesure de se mettre dans la peau d'un individu marié – d'un « participant » – que l'on peut affirmer réellement comprendre le mariage.

Trois points sont à souligner en ce qui concerne cette conception interne du droit :

1) Le droit est public

Il ne faut pas confondre le point de vue interne avec un point de vue privé. Le droit n'est pas privé. Il n'est pas une affaire d'opinion personnelle variant d'un individu à l'autre. Bien au contraire, le droit est éminemment public : les textes de loi, le raisonnement des juges, les commentaires

---

26 Clifford GEERTZ, *Local Knowledge : Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York, Basic Books, 1983, p. 57, cité dans D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 5, 788 et 789.

27 *Id.*

d'arrêts sont publiés. Le droit est exprimé : il est l'expression des valeurs, des aspirations d'une collectivité. La conception interne du droit n'implique pas que le droit soit privé.

2) Le droit est normatif

La conception interne du droit étant une conception idéaliste, non empirique, elle est nécessairement normative. C'est dire qu'elle implique la possibilité de critique. De critique interne, non pas externe, mais de critique néanmoins. En effet, dans tout système juridique quel qu'il soit, il y a lieu de distinguer les « bons » des « mauvais » arguments, les « bons » des « mauvais » jugements, les « bonnes » des « mauvaises » lois, dans la mesure où ces arguments, ces jugements, et ces lois cadrent ou ne cadrent pas avec la structure intellectuelle, les principes sous-jacents, les autres éléments du système. Une critique qui s'attaquerait à la structure intellectuelle du système dans son ensemble serait, quant à elle, une critique externe, qui appartiendrait de ce fait au débat philosophique, plutôt qu'au débat juridique à proprement parler.

Supposons, à titre d'illustration, un système juridique qui serait entièrement fondé sur le principe de l'efficacité économique. Appelons ce pays étrange la Posnérie. En Posnérie, une critique selon laquelle telle ou telle loi est « mauvaise » parce qu'inefficace serait une critique interne, que l'on pourrait donc qualifier de « juridique »[28]. Mais une critique selon laquelle le système juridique posnérien dans son ensemble est immoral, serait une critique externe, donc non juridique, mais bien philosophique. (Notons que la possibilité de deux formes de critiques distinctes – l'interne et l'externe – confirme l'autonomie du droit, général ou comparé, face, ici, à la philosophie).

3) Le droit est systémique

Enfin, la conception interne du droit implique que le droit forme un « système ». Par « système », on entend ici, de façon très large, un ensemble

[28] Cette critique serait aussi économique, mais elle n'en serait pas moins juridique, puisque l'économique aurait ici été décrété juridique.

d'éléments reliés plus ou moins directement les uns aux autres[29]. (Notons que rien dans cette définition n'implique qu'un système doive être statique. De fait, la plupart des systèmes, en particulier les systèmes juridiques, sont dynamiques, mouvants[30].) N'est donc pas un système un ensemble d'éléments n'ayant aucun rapport les uns avec les autres. Comme ce sont les idées qui relient les faits juridiques, qui les organisent, la conception interne, qui met en évidence les idées du droit, permet de décrire le droit comme formant un système.

Alors que cette notion de système n'est qu'intéressante ou utile lorsqu'il s'agit de décrire le droit en général, elle devient essentielle lorsque l'on passe au droit comparé. En effet, le système constitue l'unité de comparaison du droit comparé. C'est parce que l'ensemble des faits du droit peut être divisé en systèmes distincts, parce que ces faits peuvent être regroupés autour de structures intellectuelles indépendantes que le droit comparé est possible. Sans systèmes juridiques distincts, le droit comparé est impossible.

La conception interne du droit avancée ici se distingue en ce sens d'une conception universaliste du droit, selon laquelle les diverses règles de droit en vigueur de par le monde ne seraient que les incarnations variées d'un seul et même socle philosophique, d'un fonds commun d'idées juridiques universelles. Alors que la comparaison de ces incarnations variées – la comparaison des règles de droit – est certes possible sous cette conception universaliste, la comparaison des « droits » au sens de « systèmes juridiques » – le droit comparé en tant que tel – ne l'est pas[31].

De frappants parallèles existent entre le langage et le droit considéré sous l'angle idéaliste que nous venons de décrire. Comme le droit, le lan-

---

29 « Ensemble d'éléments en relation entre eux. [...] Ensemble de notions, de principes, d'hypothèses, coordonnés et enchaînés de façon à former un tout cohérent. », Pierre GIOAN (dir.), *Dictionnaire usuel*, Paris, Quillet-Flammarion, 1973, p. 1496. Cette conception du système juridique est, selon nous, assez large pour inclure la notion de « legal tradition » avancée par Patrick Glenn (H. Patrick GLENN, « Legal Systems and Legal Traditions », texte présenté au Legal Theory Workshop de la Faculté de droit de l'Université de Toronto, le 23 novembre 2001).

30 Michel VAN DE KERCHOVE et François OST, *Legal System Between Order and Disorder*, Oxford, Clarendon Pess, 1993, p. 5 et 6.

31 Voir Catherine VALCKE « Comparative Law as Comparative Jurisprudence—The Comparability of Legal Systems » (2004) *American Journal of Comparative Law* (à paraître)

gage est éminemment public. Comme le droit également, le langage est normatif, dans la mesure où les usages linguistiques que l'on considère « corrects » peuvent être distingués de ceux que l'on considère « incorrects ». Enfin, toujours comme le droit, l'ensemble des faits linguistiques se divise en systèmes distincts – les langues du monde : le français, l'espagnol, le tagal, le swahili, etc. Chaque système juridique possède sa structure intellectuelle propre, de la même façon que chaque système linguistique possède sa structure grammaticale propre. Le juriste est au droit ce que le grammarien est à la langue; et le comparatiste est au droit comparé ce que le linguiste est à la linguistique. Finalement, de la même façon que les grands principes du droit ont été, non pas imposés de l'extérieur, mais bien distillés de l'ensemble des faits juridiques, et ne constituent donc qu'une représentation explicite d'une structure intellectuelle implicitement présente dans les faits, les règles de grammaire n'ont pas été imposées de l'extérieur aux utilisateurs d'une certaine langue, mais ont plutôt émergé en tant que représentation d'une structure immanente.

Voilà donc la conception idéaliste du droit. Cette conception du droit, nous l'adoptons ici, d'abord parce que nous la considérons exacte, mais aussi parce qu'elle présente deux avantages non négligeables aux fins de la présente discussion.

Le premier est que, tel qu'expliqué ci-dessus, cette conception rend possible le droit comparé en tant que discipline académique autonome, et nous permet du même coup de parler d'enseignement du droit comparé distinct de l'enseignement comparatif du droit.

Le second avantage de cette conception idéaliste du droit est qu'elle cadre à merveille avec l'objectif ultime des études en droit énoncé ci-dessus, soit celui de rendre nos étudiants capables de penser comme un juriste. En effet, si le droit est conçu comme une forme de mentalité, comme une façon de penser, le but de l'enseignement du droit doit vraisemblablement être d'apprendre aux étudiants à penser (en droit), et non pas, par exemple, de les faire emmagasiner un maximum d'information juridique de façon encyclopédique. C'est donc dire que l'objectif de rendre nos étudiants capables de penser comme un juriste reflète une conception idéaliste de l'enseignement du droit. Et l'objectif de les rendre capables de raisonner comme un juriste étranger – de leur procurer « une identité juridique plurielle »[32] –

32 D. JUTRAS, *loc. cit.*, note 5, 787.

correspondrait à une conception idéaliste de l'enseignement du droit comparé.

B. Enseignement du droit comparé

Quelles sont, dès lors, les implications de la conception idéaliste du droit pour l'enseignement du droit comparé? Nous en notons trois principales. La première a trait à la méthode d'enseignement. La seconde concerne la chronologie à suivre. La troisième se rapporte au nombre des systèmes juridiques auxquels nos étudiants doivent être exposés.

1) La méthode d'enseignement

Il faut creuser très loin dans un système étranger avant d'être en mesure de reconstituer la façon dont pensent les juristes dans ce système. Et le moyen pédagogique le plus efficace en ce sens est sans doute l'immersion, de la même façon que le meilleur moyen d'apprendre l'espagnol est de se plonger dans un milieu espagnol le plus longtemps possible. Des bons points, donc, pour tout ce qui est échanges étudiants, stages professionnels ou études supérieures en milieu étranger, etc. Malheureusement, les contraintes pratiques de temps et d'argent font que ces moyens ne sont pas ouverts à tout le monde. Il faut dès lors rechercher des substituts.

On peut tenter de reproduire l'expérience de l'immersion par l'intermédiaire de tribunaux-écoles, par exemple. Mais encore une fois, quoique ce genre d'expérience pédagogique soit extrêmement valable, il n'est pas ouvert à tous.

Dans l'alternative, on peut tenter de reproduire l'expérience de l'immersion à l'intérieur de la salle de classe, et cette fois rejoindre tous les étudiants. C'est le but de la méthode socratique. Les étudiants sont encouragés (obligés?) à adopter le processus mental d'un juriste soumis aux mêmes questions, en l'occurrence un juriste étranger. Un peu comme c'est le cas pour un cours de conversation espagnole dans le cadre duquel le professeur ne s'adresserait aux étudiants qu'en espagnol.

Le désavantage principal de la méthode socratique, on le sait, c'est qu'elle demande beaucoup de temps. Ce qui fait que même ses plus ardents disciples se sont trouvés forcés, de temps à autres, de recourir à l'enseignement magistral. Plutôt que de pousser les étudiants à raisonner eux-mêmes on se contente dès lors de leur décrire le raisonnement qui convient dans

les circonstances : le droit n'est alors pas découvert (par les étudiants), il est révélé (par le professeur). De la même façon qu'un cours de conversation espagnole serait avantageusement complété par des explications grammaticales explicites de la part du professeur, quitte même à ce que ces explications soient données, non pas dans la langue d'apprentissage, mais dans une langue connue des étudiants.

2) Chronologie

Dans une conception universaliste du droit, rien ne s'oppose à ce que les étudiants soient amenés à découvrir les idées juridiques communes par le biais d'une étude multi-juridictionnelle des règles de droit existantes. L'objectif ultime étant de découvrir ce fonds commun, il importe peu que les règles étudiées proviennent de telle ou telle autre juridiction.

Mais tel n'est pas le cas en ce qui concerne la conception interne du droit adoptée ici. En effet, si le droit est une pluralité de systèmes juridiques distincts, arborant chacun une mentalité propre, il est difficile de voir comment l'on pourrait entreprendre l'exploration de plus d'un de ces systèmes juridiques à la fois. Dans les facultés de common law, le mot d'ordre veut que ce ne soit qu'après la première année que les étudiants commencent à avoir une idée de la façon dont raisonnent les juges. Entamer l'exploration d'un second système juridique avant même d'avoir acquis une connaissance, même rudimentaire, du premier nous semble donc excessivement ambitieux. De même, un individu qui désirerait apprendre l'espagnol et l'allemand se ferait sûrement conseiller d'apprendre d'abord l'un et puis l'autre, ou à tout le moins de suivre des cours séparés, mais sûrement pas de suivre un seul cours de conversation simultanément espagnole et allemande. Babel n'y a pas survécu.

On pourrait, il est vrai, concevoir un cours de linguistique dont l'objet serait de comparer les règles de grammaire espagnoles et allemandes, de la même façon que l'on pourrait concevoir un cours de droit comparé qui viserait à comparer les grands principes du droit civil français et de la common law britannique. Cependant, trois remarques s'imposent en ce qui concerne un tel cours. D'abord, ce cours serait vraisemblablement plus efficace si ses participants maîtrisaient au départ au moins l'une des deux langues sous étude, l'un des deux systèmes juridiques en présence. Ensuite, la méthode d'enseignement utilisée serait nécessairement didactique plutôt que socratique, puisqu'une conversation d'espagnol et d'allemand mélangés n'aurait pour seul effet que de tout embrouiller; de même d'une méthode

socratique qui oscillerait constamment entre le droit civil français et la common law britannique. Or, tel que nous venons de l'expliquer, la méthode socratique est à notre avis supérieure à la méthode didactique lorsqu'il s'agit d'enseigner une façon de penser parce qu'elle se rapproche davantage de l'immersion directe. Enfin, il faut bien noter que l'analogie avec le langage utilisée ici est en fait trop généreuse. Un individu qui s'apprêterait à apprendre une ou même deux langues étrangères sait déjà parler, alors que l'étudiant qui arrive en première année de droit, non seulement ne connaît ni le droit civil français, ni la common law britannique, mais il n'a aucune idée de ce qu'est le droit : il ne sait même pas encore parler!

Mais, pourrait-on rétorquer, qu'en est-il alors de l'enseignement comparatif du droit, que nous avons apparemment prôné dès la première année[33]? Il convient ici de souligner que, contrairement à l'enseignement du droit comparé, l'enseignement comparatif du droit ne vise pas l'apprentissage des systèmes étrangers évoqués dans le cadre d'un cours de droit national. Son objet ultime demeure l'apprentissage (approfondi) du droit national. Ceci permet de supposer que, dans le cadre du cours de droit constitutionnel canadien mentionné ci-dessus, les contours de la structure constitutionnelle canadienne auront été clairement dessinés par le professeur, de façon à ce que la distinction entre la constitution principale et les constitutions accessoires, pédagogiquement parlant, demeure toujours évidente dans l'esprit des étudiants. Dans la mesure où cette distinction demeure bien établie, il n'y a pas lieu de craindre que la référence aux constitutions étrangères nuise à l'apprentissage de la Constitution canadienne, bien au contraire.

Mais il est vrai que l'établissement de la distinction entre le principal et l'accessoire ne pourra se faire que didactiquement, soit, à l'aide d'explications directes de la part du professeur. Pour cette raison, notre remarque ci-dessus[34] s'applique ici : afin de maximiser le recours à la méthode socratique, il convient peut-être de respecter une certaine forme de chronologie, c'est-à-dire de se concentrer d'abord sur les rudiments du système juridique principal, et de n'introduire que plus tard la référence aux systèmes accessoires.

---

33 Voir l'exemple du cours de droit constitutionnel canadien ci-dessus.

34 Section III (B) (1), p. 21.

3) Nombre de systèmes juridiques

L'implication de la conception idéaliste du droit est ici évidente. Étant donné la profondeur de l'incursion dans un système juridique étranger qui est nécessaire pour en arriver à comprendre ce système de l'intérieur, il serait irréaliste d'espérer atteindre un tel niveau de compréhension de plus qu'un nombre très limité de systèmes différents (deux?), à tout le moins dans le cadre des trois ou quatre ans d'études du diplôme canadien ou québécois actuel.

Une fois encore, on peut se satisfaire d'un niveau de compréhension plus superficiel de systèmes juridiques étrangers plus nombreux. Mais on se retrouve alors dans l'enseignement comparatif du droit, non pas dans l'enseignement du droit comparé. Dans la mesure où l'objectif visé est d'apprendre à penser comme un juriste étranger, de développer une « identité juridique plurielle », le nombre de systèmes juridiques sous étude se doit de demeurer extrêmement restreint.

CONCLUSION

Nous en arrivons enfin au score final de nos trois modèles du départ.

Mis à part les échanges étudiants et les moyens d'immersion directe qui ne sont pas ouverts à tout le monde, et qui, pour les raisons énoncées ci-dessus, gagneraient eux aussi à intervenir plus tard dans le programme d'études, le modèle successif de l'enseignement du droit comparé semble le plus prometteur. D'abord, sa chronologie est juste. Ensuite il permet, toutes autres choses étant égales, une plus grande utilisation de la méthode socratique. Enfin, il expose les étudiants à un nombre très restreint de systèmes juridiques différents, ce qui permet leur apprentissage en profondeur. Par le même raisonnement, le modèle intégré se classe bon deuxième, et très loin derrière, le modèle du bric-à-brac arrive en clopinant.

En somme, il semble qu'un modèle bric-à-brac de l'enseignement du droit comparé ne peut espérer accomplir davantage que de fournir aux étudiants un échantillonnage d'informations juridiques diverses, sans leur procurer une connaissance véritable de l'un ou l'autre des systèmes en présence. Ni plus ni moins qu'une dégustation continuelle de mets exotiques, sans aucune pause digestion.

En conclusion, contrairement à ce que semble croire la grande majorité de ceux qui se sont penchés sur l'enseignement du droit comparé à l'ère

de la mondialisation, y compris les partisans du modèle bric-à-brac, ce dernier est loin de constituer le meilleur moyen de rendre nos étudiants capables de penser comme un juriste étranger. Le modèle successif et même le modèle intégré lui sont, de ce point de vue, bien supérieurs.

Également parus dans la même collection
Also published in the same collection

Sous la direction de Ejan Mackaay Editor

Les incertitudes du droit – Uncertainty and the Law, 1999

Les certitudes du droit – Certainty and the Law, 2000

Sous la direction de Ysolde Gendreau Editor

Les fictions du droit – Fictions in the Law, 2001

Communauté de droits, droit des communautés – Community of Rights, Rights of Community, 2003

Le lisible et l'illisible - The Legible and the Illegible, 2003