

B. MARKESINIS with J. FEDTKE, *Engaging with foreign law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart, 2009, 452 p.

Comment aborder, comprendre et utiliser au mieux le droit étranger dans la pratique juridique et le monde des affaires? Comment l'université peut-elle répondre aux besoins des praticiens «aux prises» avec le droit étranger? Voilà des questions auxquelles veut répondre cet ouvrage qui entend marquer l'importance pratique du droit comparé dans notre ère de mondialisation.

Ses auteurs, le professeur Markesinis et son collaborateur à cet ouvrage, le professeur Fedtke, sont bien connus des comparatistes. Il nous suffira de rappeler que Sir Basil Markesinis, QC, FBA, formé d'abord à l'université d'Athènes puis à celles de Cambridge et d'Oxford, a enseigné le droit comparé à Oxford, à Leiden, aux universités américaines de Cornell et de Michigan et qu'il est actuellement titulaire d'une chaire à l'université du Texas à Austin. On se souvient qu'il a occupé la chaire Francqui à l'université de Gand. A la tête d'une imposante bibliographie, «fellow» de la British Academy (FBA), membre étranger ou correspondant de plusieurs sociétés savantes en dehors du Royaume-Uni, notamment, de l'Académie Royale de Belgique et de l'Institut de France, il est aussi un éminent avocat au barreau de Londres. Le professeur Jörg Fedtke, issu de l'université de Hambourg, a occupé la chaire de droit comparé de l'université de Londres (University College London). Il enseigne actuellement le droit comparé à l'université de Tulane aux États-Unis.

L'ouvrage, ici en recension, se compose de onze essais qui forment autant de chapitres. Il se distingue de la plupart des traités de droit comparé en ce qu'il ne contient pas d'exposé ou de description théorique des différents systèmes de droit connus dans le monde. Axé sur la pratique,

L'ouvrage, ici en recension, se compose de onze essais qui forment autant de chapitres. Il se distingue de la plupart des traités de droit comparé en ce qu'il ne contient pas d'exposé ou de description théorique des différents systèmes de droit connus dans le monde. Axé sur la pratique, solidement étayée par la théorie, il propose une méthodologie comparative permettant d'analyser les idées et les concepts qui fondent les institutions du droit étranger concerné et, ensuite, de «conditionner» («*to package or re-package*», pour reprendre les termes de ses auteurs) le tout afin de le rendre utilisable dans l'environnement juridique de l'observateur.

Après avoir exposé la situation et l'évolution du droit comparé dans les principaux pays occidentaux, ainsi que l'état et l'influence (notamment

par des études statistiques universitaires) de la doctrine comparatiste dans ces pays, il décrit le droit comparé en action en montrant comment l'Afrique du Sud a reconstruit son système constitutionnel après la chute du régime de l'apartheid. Le chapitre relatant cette édification, inspiré des travaux du professeur Fedtke qui a consacré une thèse universitaire à cette question<sup>(1)</sup>, explique comment les juristes sud-africains, législateurs et juges, au défi d'organiser leur démocratie, ont «inventé» de nouvelles règles en usant d'une méthode comparative novatrice et pragmatique. Leurs constitutions successives, l'«interim» de 1993, puis la «définitive» de 1996, comportent, en effet, de nombreux emprunts à des droits étrangers. La loi fondamentale allemande de 1949, qui, elle aussi, a rompu avec le passé, fut une importante source d'inspiration. Mais le nouveau système constitutionnel sud-africain contient aussi des éléments venant des droits constitutionnels des États-Unis, du Canada, de l'Inde et de la Namibie. Le droit communautaire européen et la Convention européenne des droits de l'homme ont également contribué au caractère démocratique des nouvelles institutions sud-africaines. Les juges, chargés de l'interprétation et de l'application des nouvelles règles, ne manquent pas de recourir au matériau étranger et à la méthode comparative lorsqu'elle s'avère utile, comme l'attestent les jurisprudences décrites par les auteurs. Ce chapitre est particulièrement intéressant, car il illustre de manière concrète et détaillée la thèse de l'ouvrage.

D'après ses auteurs, en effet, le droit comparé a trop longtemps été considéré comme un exercice académique dont l'utilité est incertaine. Ils rejoignent ainsi les réflexions que le professeur Bullier a émises dans notre *Revue* à l'occasion de son centenaire<sup>(2)</sup>. Les effets de l'intégration européenne et de la mondialisation sur la pratique du droit, à l'œuvre désormais dans un grand marché juridique où se rencontrent et se pénètrent «les grands systèmes de droit contemporains» dont René David a donné une vision générale et théorique, justifient une révision radicale portant sur les fins, le contenu et la méthode de la discipline comparative. Nos auteurs plaident pour la reconnaissance du droit comparé comme discipline juridique à part entière, s'intégrant à toutes les branches du droit et servant ainsi la pratique, que ce soit en droit public ou en droit privé. Ils conseillent au juriste qui veut recourir au droit comparé pour mieux

(1) *Legal transplants in Constitutional Law*, thèse présentée à l'université de Hambourg, mais élaborée en grande partie à l'université de Pretoria, actuellement Tshwane; du même auteur: *Die Rezeption von Verfassungsrecht Südafrika 1993-1996* (Baden-Baden, 2000).

(2) A.J. BULLIER, «Le droit comparé est-il un passe temps inutile?», cette *Revue*, 2008, p. 163.

comprendre, interpréter, enrichir ou faire évoluer son propre droit, de centrer sa recherche sur le système juridique qui, à première vue, lui paraît propre à lui fournir le matériau «transplantable» et, dès lors, utile, — laissant les droits exotiques à l'étude désintéressée de leurs spécialistes. Surtout, disent-ils, ne vous bornez pas au texte de la loi étrangère, mais voyez la jurisprudence, si possible dans la langue qui est la sienne, car là est le droit vivant, celui qui s'applique. C'est la doctrine de la Cour de cassation de Belgique<sup>(3)</sup>. D'un point de vue pratique, les grands systèmes, développés et adaptés aux nécessités du monde moderne leur paraissent convenir le mieux à cet objectif. A l'appui de cette affirmation, ils relèvent que les démocraties, nées après la chute du communisme et de l'apartheid, ont construit leur nouveau droit au départ des systèmes les plus développés.

L'accent qu'ils mettent sur les besoins du commerce juridique international amène les auteurs à critiquer, de manière acerbe mais non sans humour, le mouvement connu aux États-Unis sous la dénomination de «*Critical Legal Studies*» qui entend associer le droit comparé à d'autres disciplines, comme l'anthropologie et la sociologie ou le teindre de post-modernisme ou de féminisme. Ce sont là, disent-ils, des choses étrangères au droit, une mode dont le comparatiste n'a que faire. Sans entrer dans cette dispute, il est permis de se demander si le droit comparé, que l'on veut utile, ne devrait pas, aussi, se préoccuper des incompatibilités qui existent entre les traditions occidentales et non occidentales, telle, par exemple, la tradition de la sharia, prise, elle aussi, dans le mouvement de la mondialisation?<sup>(4)</sup>

Il est certes exact que certaines mentalités nationales sont moins réceptives que d'autres aux concepts juridiques étrangers, ce qui se reflète dans leur conception du droit comparé et l'usage qu'elles en font. Un chapitre de l'ouvrage recensé est consacré à cette question, spécialement aux réticences manifestées à cet égard, pour des raisons opposées, en France et aux États-Unis. Il met en parallèle l'actuelle insularité américaine qu'il attribue à l'influence de la majorité conservatrice à la Cour suprême<sup>(5)</sup> et au complexe de supériorité d'une superpuissance qui croit se suffire à elle-

(3) Cass. 9 octobre 1980, *Pas.*, 1981, 159, avec les conclusions du procureur général KRINGS, alors avocat général.

(4) Voir à ce propos, A. WIJFFELS, «Le droit comparé à la recherche d'une nouvelle interface entre ordres juridiques», cette *Revue*, 2008, pp. 228 et s., spécialement pp. 242 et s.

(5) Sur cette question, voir A.A. LEVASSEUR, «Le droit comparé et la jurisprudence américaine», cette *Revue*, 2008, pp. 392 et s., spécialement pp. 403 et s.

même<sup>(6)</sup>, et la frilosité française qui serait due, notamment, au souci de préserver une tradition juridique que l'on estime menacée par les concepts de la *common law*, imposés par les jurisprudences européennes, spécialement celle de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>(7)</sup>. Il relève cependant que la Cour de cassation de France, sous l'impulsion du premier président Guy Canivet, passé depuis au Conseil constitutionnel, s'est ouverte au droit comparé. C'est ainsi que lors de l'examen d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux qui avait annulé un mariage entre homosexuels, le parquet de cassation a demandé à l'Institut de droit comparé de l'université de Lyon de lui fournir un rapport sur l'état de la question en droit comparé. Le pourvoi invoquait la violation des articles 75 du Code civil français, 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Bien que cela n'apparaisse pas dans son arrêt<sup>(8)</sup>, la Cour a rejeté le pourvoi en ayant connaissance des solutions données à la question par plusieurs droits étrangers, parmi lesquels ceux de quelques États nord-américains, de l'Angleterre, du Danemark, de la Suède, de l'Allemagne, des Pays-Bas, de la Belgique et de l'Espagne, ainsi que par une décision de la Cour suprême de l'Afrique du Sud.

Les chapitres suivants de notre ouvrage consistent en des applications de la méthode comparative, suivant les conceptions des auteurs. La comparaison approfondie des droits anglais et français en matière de responsabilité civile des pouvoirs publics du fait de leurs agents, faite à la lumière des jurisprudences de ces deux pays, leur permet d'exposer les règles qu'il convient de suivre pour mener à bien ce type de comparaison et de montrer le bénéfice que le juriste peut en tirer lorsqu'il rapproche les solutions divergentes de ces deux systèmes de celle adoptée par son propre droit. L'étude de la jurisprudence étrangère requiert, certes, des

(6) «*the belief that America is «a city on the hill», not only a paradigm to others but (...) morally bound to improve others who do not attain its own standards*», p. 204 de notre ouvrage.

(7) On sait que cette méfiance n'est pas propre à la France.

(8) Conformément à la tradition de la Cour de cassation de France, «*the belief that America is «a city on the hill», not only a paradigm to others but (...) morally bound to improve others who do not attain its own standards*», p. 204 de notre ouvrage.

(7) On sait que cette méfiance n'est pas propre à la France.

(8) Conformément à la tradition de la Cour de cassation de France, l'arrêt est concis : «*Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches*» (Cass. fr., première chambre civile, 13 mars 2007, n° 511, à consulter sur [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)). Sur la motivation de cet arrêt, voir M. ADAMS, «*De argumentatieve en motiveringspraktijk van hoogste rechters: rechtsvergelijkende beschouwingen*», *Rechtskundig Weekblad*, 2008-2009, p. 1498.

connaissances linguistiques approfondies. Mais elle préserve le juriste, novice en la matière, du conceptualisme parfois rebutant de la doctrine, les cas d'espèce étant similaires dans tous les pays.

Cette «leçon» se poursuit par l'examen *in concreto* des zones, dites «grises», où les règles de la responsabilité civile des pouvoirs publics dans les systèmes anglais et allemand recouvrent celles du droit administratif. Un chapitre suivant expose comment et pourquoi une décision de la *High Court* de Londres en matière de partage de responsabilités<sup>(9)</sup> s'est inspirée d'un arrêt de la Cour suprême allemande du 11 mai 1971<sup>(10)</sup>. On y voit comment des systèmes juridiques différents peuvent s'influencer. Si la *High Court* a eu recours à la jurisprudence allemande, c'est parce que celle-ci a été invoquée par une partie à la cause et qu'elle ne se fondait pas sur les concepts proprement germaniques que l'on trouve dans la doctrine traitant de la question et qui sont difficilement accessibles à qui n'est pas familiarisé avec la culture juridique allemande.

Un autre chapitre traite de manière approfondie du droit comparé en matière commerciale. La mondialisation amenant la distribution et la consommation des mêmes produits et services partout dans le monde, les litiges susceptibles de s'ensuivre obligent les juristes d'entreprise à recourir aux méthodes du droit comparé. Il importe, en effet, que les contrats obéissent aux règles de la loi applicable; que les produits distribués dans tel ou tel pays soient conformes aux normes locales de sécurité ou de santé publique; il importe aussi de rechercher la loi la plus favorable en cas de litige. Certains facteurs sont certes susceptibles de réduire, dans une certaine mesure, l'importance de la méthode comparative en ce domaine. Des conventions internationales, comme, par exemple, la Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, ratifiée actuellement par 70 pays, tendent à unifier les règles du commerce mondial. Mais l'analyse de cette convention et le fait qu'une nation marchande de l'importance du Royaume-Uni n'y adhère pas, autorisent nos auteurs à relativiser ses effets unificateurs. Il en va de même, selon eux, de l'Union européenne: ses procédures préjudicielles devant la Cour de justice de Luxembourg ne suffisent pas à effacer les différences nationales dans l'interprétation du droit européen; d'autre part, le dialogue judiciaire «horizontal» entre les juges nationaux est pratiquement inexistant. Enfin, la tendance vers l'harmonisation, induite par le développement international des principes généraux du droit des contrats et du

(9) *Greetorex v Greetorex* (2000), 1 *Weekly Law Report*, 1976.

(10) A consulter dans *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen*, 56, 163; *Neue Juristische Wochenschrift*, 1971, 1883; *Versicherungsrecht*, 1971, 905, 1140.

droit commercial, ainsi que l'adoption de concepts similaires par les systèmes nationaux ne suffisent pas à donner une assise adéquate au commerce international.

L'ouvrage se termine par des considérations sur l'avenir du droit comparé. La méthode comparative qu'il préconise requiert des connaissances linguistiques permettant au juriste de sortir, sans s'égarer, du domaine régi par sa propre langue; elle exige aussi un savoir juridique spécialisé, allant de pair avec une bonne culture juridique. Ce sont là des exigences susceptibles de limiter l'accès au droit comparé.

Voici donc un livre passionnant, tant par son contenu que par sa forme. D'une écriture élégante mais claire et ferme, d'une liberté de ton réjouissante, il offre au lecteur une méthode fondée sur l'expérience et un trésor d'informations qui le met au fait des derniers développements dans le domaine du droit comparé.