



HAL
open science

Le droit social comparé : Pourquoi et Comment ?

Jean-Pierre Laborde

► **To cite this version:**

Jean-Pierre Laborde. Le droit social comparé : Pourquoi et Comment ?. Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, 1994, pp.4-15. halshs-01224467

HAL Id: halshs-01224467

<https://shs.hal.science/halshs-01224467v1>

Submitted on 4 Nov 2015

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

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

Jean-Pierre LABORDE

Professeur à la Faculté de Droit de l'Université BORDEAUX I

Directeur du Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale

LE DROIT SOCIAL COMPARE: POURQUOI ET COMMENT ?

C'est une affaire entendue : comparer est d'abord un plaisir. Venu sans doute du plus profond de l'enfance, il se révèle, comme bien d'autres jeux, nécessaire à la construction de l'identité individuelle ; il permet en effet à chacun de ressentir, puis de reconnaître et enfin d'articuler des émotions diverses. Naturellement, le comparatiste - entendons ici le spécialiste de droit comparé - n'échappe aucunement à ce processus. Il le poursuit au contraire tout au long des trois positions qu'il est amené successivement à prendre.

La première est d'étonnement et spécialement d'étonnement devant la différence. Il n'y a pas de comparaison possible sans reconnaissance de l'altérité de l'étranger et, pour ce qui nous concerne, du système juridique étranger. Le droit social donne à cette étape préalable beaucoup d'intérêt, car aussi bien le droit du travail et des relations professionnelles que celui de la protection sociale peuvent s'organiser fort différemment d'un pays à l'autre et même d'un pays voisin à l'autre. C'est encore de cette première étape qu'il est surtout question chaque fois que le comparatiste voit dans sa discipline une école précieuse de tolérance, un moyen d'acquérir le sens du relatif, la source aussi d'une vraie connaissance de son propre droit, par la confrontation avec d'autres systèmes et l'éducation du regard que donne la distance.

Il serait cependant regrettable de céder à la fascination d'une diversité parfois plus apparente que réelle. Cette tentation doit être particulièrement combattue en droit du travail comme de la sécurité sociale. Cette branche du droit en effet est directement liée à un phénomène d'industrialisation qui, peu ou prou, a posé les mêmes problèmes et appelé des solutions en réalité voisines dans la plupart des pays développés. Ainsi le premiers temps du libéralisme individualiste le plus rigoureux ont conduit la France comme l'Angleterre à prohiber, au tournant des dix-huitième et dix-neuvième siècles, les groupements collectifs d'ouvriers de même que la montée de l'action collective a amené ces deux pays à revenir

progressivement sur cette interdiction puis à totalement la faire disparaître. Sans doute les règles de départ ont-elles pu être formulées différemment et l'évolution a-t-elle été plus ou moins rapide. La réalité pour autant plaide en faveur d'un assez net parallélisme. Quant à la protection sociale, elle offre des exemples encore plus marqués de telles convergences. Ainsi, dans la genèse de la réparation des accidents du travail, c'est moins l'inévitable diversité des solutions nationales qui compte que le surgissement du problème et l'articulation de solutions dans tous les grands pays d'Europe au cours de la deuxième moitié du dix-neuvième siècle et pendant les premières années du nôtre.

Il faut donc admettre que le deuxième mouvement du comparatiste le porte à discerner les ressemblances par delà des différences souvent superficielles. C'est l'étape que l'on pourrait dire de la désillusion ou du désenchantement, puisque la réalité impose des logiques que le plaisir d'opposer ne voulait point connaître. Mais c'est aussi un moment particulièrement positif et qui prédispose à l'action. Si en effet les différents systèmes sont beaucoup plus proches qu'il y paraît à première vue, il est alors possible de construire des règles susceptibles de s'imposer dans les divers pays et de mettre en oeuvre une législation universelle. N'est-ce pas au fond le but ultime et la vocation de l'Organisation Internationale du Travail ? Il est cependant tout à fait clair que cette deuxième étape risque à son tour de devenir stérile si la fascination de l'identité succède à celle de la différence. Du reste il ne serait guère sérieux de prétendre que tout est semblable sous le soleil. Le comparatiste doit alors engager le troisième mouvement, en reconnaissant que les différents ordres juridiques ne sont ni radicalement différents ni véritablement semblables. Osons le dire, c'est à partir seulement de ce troisième mouvement que commence le véritable travail de droit comparé, qui est de mesure des écarts. Mais c'est aussi à ce moment que surgissent des difficultés redoutables, touchant aussi bien les raisons d'être de la discipline que ses méthodes.

Pourquoi en effet faire du droit comparé ou, plus largement, y avoir recours ? Si l'on se place sur le terrain non plus du plaisir mais de l'utilité, il est une réponse, assez souvent donnée, qui consiste à faire valoir que, dans notre époque de mobilité et de développement des relations internationales, il est du plus grand intérêt, quand ce n'est pas purement et simplement nécessaire, de connaître les droits étrangers. Ainsi l'entreprise désireuse de s'installer à l'étranger prendra-t-elle bien soin de se renseigner sur la législation sociale du pays en cause. Cette position, assurément sensée, présente cependant, pour ce qui est de notre propos, au moins deux faiblesses. D'une part elle laisse au seul hasard de la pratique et non à un souci de logique scientifique le soin de déterminer les droits qu'il s'agira d'étudier. D'autre part et surtout elle oublie que l'étude d'un droit étranger n'est pas en elle-même constitutive d'une recherche de droit comparé. Et si sans doute il n'est pas possible de se plonger dans la législation d'un autre pays sans au moins inconsciemment penser à la

sienne, il est clair qu'une pareille démarche reste trop intuitive ou trop désordonnée pour mériter le nom de démarche comparative.

Le droit étranger peut aussi être invoqué, cette fois-ci en rigueur de termes, dans la réflexion sur le droit français, spécialement quand il s'agit de le réformer. Ainsi est-il fréquent que le rapport parlementaire sur un projet ou une proposition de loi confronte certaines solutions étrangères au texte proposé au vote. Assurément nous sommes bien ici en présence d'un processus véritablement comparatif mais dont les fondements sont assez souvent incertains. Ainsi fait-on valoir qu'il est opportun de s'inspirer de ce qui a réussi chez nos voisins et d'écarter ce qui a manifestement échoué. Le droit comparé permettrait donc de juger sur pièces et sur références. Certes il n'est pas question de reprocher au législateur de procéder de la sorte, dans une démarche d'ouverture et de prudence. En revanche il est permis de se demander si la réalité correspond bien à ce modèle idéal. Il faut en effet se garder d'oublier qu'il n'est pas possible de comparer avec les droits du monde entier, et qu'il n'y a jamais de comparaison neutre, indépendante du but poursuivi par celui qui l'invoque. Croit-on sérieusement que tel partisan d'une nouvelle règle donnera aux exemples étrangers contraires la place qui devrait normalement leur revenir ou que les différentes législations du monde peuvent vraiment peser du même poids dans une discussion?

Il faut donc prendre conscience de cette réalité au fond assez simple que, loin d'être des entités isolées et indépendantes, les différents systèmes juridiques sont pris dans des réseaux de relations réciproques mais inégales qui les façonnent au moins autant que leurs sources déclarées. Il en est ainsi du droit social plus peut-être encore que de toutes les autres branches du droit, tant il est lié à tous les rapports de force qui traversent notre monde. Quel législateur pourrait en ce domaine se croire libre de décider tout ce qui lui convient ? Cette observation n'est du reste aucunement nouvelle. René RODIERE déjà, dans des pages lumineuses, montrait tout ce que l'élaboration de certaines règles voire la construction d'ordres juridiques tout entiers doit au phénomène de l'imitation d'exemples étrangers¹. Or le processus d'imitation a sa logique propre et notamment il n'est envisageable que si le modèle pris en référence jouit d'une autorité particulière.

C'est dire en d'autres termes que tout système juridique est dans un rapport d'influence avec d'autres, soit pour les dominer, soit pour subir leur domination. Dès lors la nouvelle tâche du comparatiste, proche de celle du géopoliticien, est de repérer ces rapports d'influence et de tenter de les analyser. Il s'agira moins de les condamner que de prendre

¹ Transposant en la matière et au singulier le titre d'un ouvrage fameux de TARDE, René RODIERE parlait même de loi d'imitation- Introduction au droit comparé, Dalloz, Précis, Paris, 1979, n. 6 et sv., pp. 11 et sv.

leur exacte mesure pour laisser à la liberté de chaque souverain tout l'espace qu'elle peut raisonnablement réclamer. Du reste ce travail ne vaut pas seulement quand l'objectif de comparaison, de systèmes juridiques ou de normes de différents pays, est strictement scientifique. Il vaut aussi, à une échelle en général beaucoup plus réduite et de toute façon assez peu explorée, lorsque le droit comparé est appelé en renfort d'une argumentation particulière. On s'aperçoit en effet sur ce terrain aussi que les phénomènes d'autorité et d'influence jouent à plein. Qu'il intervienne donc au titre de la confrontation des systèmes ou des normes (I) ou comme technique d'argumentation (II), le droit comparé ne peut être mis au service de la liberté que s'il passe par une appréciation rigoureuse de l'influence de l'extérieur, de l'Autre, dans l'ordre du droit.

I - LE DROIT COMPARE COMME CONFRONTATION DE SYSTEMES ET DE NORMES

Le droit comparé apparaît ici sous sa physionomie la mieux connue car la confrontation de systèmes juridiques tout entiers ou, à l'intérieur de ces systèmes, de normes isolées ou regroupées, est bien l'objet qu'il s'assigne d'habitude. Pour autant le repérage des rapports ou des jeux d'influences impose naturellement une méthode spécifique (B) mais aussi, et en premier lieu, le choix mûri de l'espace de comparaison (A).

A - Le choix de l'espace de comparaison

Dans une visée purement intellectuelle, voire ludique, du droit comparé, la définition des termes de la comparaison n'a au fond pas grande importance. Le choix dépendra alors seulement des préférences, des compétences, voire des voyages de l'auteur. Il est clair, au contraire, qu'il ne peut en être ainsi dès lors qu'il s'agit de dévoiler ou de mesurer un rapport d'influence. Ceux-ci risquent en effet de ne se rencontrer que dans des espaces particuliers, qui se prêtent à leur jeu. La considération de tels espaces sera donc singulièrement indiquée (1). Restera ensuite à se demander si, par opposition à des choix particulièrement opportuns ou à tout le moins justifiés en logique, il est des comparaisons inutiles, qu'il conviendrait d'éviter (2).

1) S'agissant spécialement du droit social, l'hypothèse peut être raisonnablement posée que les rapports d'influence d'un pays à l'autre sont d'autant plus étroits que les Etats en cause

ont été engagés ou s'engagent dans des processus de domination, d'intégration ou de coordination.

C'est dire en premier lieu que la décolonisation et ses suites offrent un premier terrain de choix au comparatiste de l'influence.

Certes la comparaison avec les droits africains est aujourd'hui parfois décriée et, en tout cas, elle a rarement bonne presse. Il est vrai que de nombreuses législations concernées paraissent se satisfaire d'une imitation très étroite des modèles des pays développés, que le recueil des sources, spécialement de jurisprudence, est particulièrement difficile, que la connaissance en profondeur des sociétés traditionnelles paraît hors de portée, enfin que le continent tout entier ploie sous des difficultés immenses. Replacée pourtant à la lumière d'une étude des influences, la matière ne manque pas d'intérêt, pour peu que l'on veuille bien partir de prémisses nouvelles.

Ainsi faut-il sans doute dépasser la problématique traditionnelle mais au fond désespérante de l'ineffectivité du droit social dans les pays développés. Place doit être faite plutôt à l'analyse au plus près des règles légales, sous l'angle de leur énonciation au moins tout autant que sous celui de leur application. L'influence de l'ancien colonisateur est en effet aussi manifeste dans la langue que dans les solutions de fond. Il faut donc s'appliquer à confronter dans le détail les différentes figures que peuvent prendre, dans une même matière, les règles retenues chez nous et celles qui sont énoncées dans les pays qui ont été sous notre autorité et qui restent en partie sous notre influence. C'est bien cette voie qui nous paraît la plus prometteuse sur le thème par exemple des droits fondamentaux des salariés en France et dans tel ou tel pays d'Afrique francophone. Encore faut-il garder présent à l'esprit que ce n'est pas la ressemblance, encore moins l'identité, qui sont ici pertinentes, mais au contraire les distances, parfois seulement implicites ou latentes, que le droit des nouveaux Etats tend à prendre avec celui de l'ancienne puissance de tutelle, quitte d'ailleurs à ce que ce soit sous l'emprise de nouveaux modèles ou de pays désormais plus écoutés que le colonisateur d'autrefois.

A l'inverse, la comparaison, qui s'impose, du droit social dans les pays de l'Union européenne, se place au contraire sous le signe du rapprochement de solutions jusqu'alors au moins relativement éloignées. Un pareil processus d'harmonisation est en effet dans la logique de la construction communautaire. Pour autant le comparatiste de l'influence se gardera ici d'accorder trop de crédit à une analyse simpliste, qui se contenterait de recenser les rapprochements progressifs. Il s'attachera plutôt à repérer les résistances à l'harmonisation, particulièrement nettes en matière de protection sociale, et à tenter d'en

dégager les raisons. Là où cependant un alignement semble effectivement s'être mis en branle, il en recherchera le sens, la direction et surtout l'inspiration dominante. Celle-ci peut venir en effet autant d'États "locomotives" dans le processus d'union que d'exemples extérieurs. En d'autres termes le droit comparé dans le cadre européen ne peut en rien se cantonner dans l'examen d'un processus de ressemblance grandissante. Il doit bien plutôt mesurer les limites de ce phénomène comme repérer ses véritables centres de gravité.

2) Est-ce à dire qu'il faille limiter la comparaison à des ensembles déjà relativement organisés de pays ? Une telle position, déjà trop rigoureuse, serait à coup sûr intenable si elle devait conduire, contre tout réalisme, à exclure toute confrontation de notre législation sociale avec des droits aussi importants pour le monde actuel ou celui qui est à venir que l'américain ou le japonais. Outre en effet que la tendance à organiser le commerce international fait que de tels pays ont évidemment des liens très étroits avec les nôtres, l'influence est ici suffisamment directe et manifeste pour mériter toute l'attention souhaitable.

Le problème peut en revanche se poser à plus juste titre quand la comparaison met aux prises des droits fort éloignés l'un de l'autre et qui ne paraissent relever d'aucune mouvance commune repérable. Le risque est alors que la démarche comparatiste devienne purement gratuite, c'est-à-dire inutile, voire trompeuse. Nous avouons toutefois regimber devant l'idée, tout de même bien étroite, qu'il y aurait des études à ne pas faire. Mieux vaudrait à notre sens s'armer alors de quelques règles spécifiques, en s'efforçant par exemple de déterminer au départ un ou plusieurs tiers-droits, susceptibles de faire en quelque sorte pont entre deux législations en apparence sans aucun rapport l'une avec l'autre. C'est déjà entrer dans la méthode de la comparaison.

B - Le jeu d'une méthode de comparaison

Pas plus qu'il ne peut être gratuit, le droit comparé ne peut faire l'économie d'une méthode. Celle-ci est cependant susceptible de changer beaucoup avec la discipline qui fait l'objet de la comparaison comme avec l'esprit qui anime la démarche comparatiste. C'est ainsi que le droit social comparé ne pourra pas faire davantage abstraction d'une analyse de l'environnement économique et social que le droit interne du travail ou de la sécurité sociale. C'est ainsi encore, et surtout, que la recherche et la mesure de l'influence vont imposer nécessairement leurs lois propres, à la fois sur le terrain des hypothèses de départ (1) et sur celui des indices de repérage des phénomènes de domination ou d'emprise (2).

1) A qui veut se déprendre, dans le droit social comparé, de la simple investigation des ressemblances et des différences, il convient, dès le début de la route, de poser une hypothèse spécifique de jeu d'influence.

Celle-ci sera parfois aisée à avancer. Ainsi n'est-il pas illégitime de penser, au moins en début de recherche, que la législation sociale d'un Etat issu de la décolonisation est en principe inspirée de celle du pays qui, dans le passé, a exercé sa domination. Assurément il n'y a là qui rien qui soit strictement démontré. L'impression peut même prévaloir qu'il s'agit d'une simple conjecture, fondée sur une opinion commune, banale et peut-être fausse. Il faut cependant accepter ce risque car il n'est en réalité pas possible de faire autrement. Encore naturellement faudra-t-il appuyer l'estimation de départ sur de solides connaissances de l'évolution du pays et du droit concernés tant il est vrai qu'il n'est pas de droit comparé possible si l'on ne prend point le recul de l'histoire. Surtout, il conviendra, dans un deuxième temps, d'instruire le dossier en quelque sorte à charge, en donnant tout leur poids aux éléments qui viendraient s'inscrire en faux contre le postulat premier comme à ceux, vraisemblablement plus nombreux, qui tendraient à montrer qu'il s'est usé avec le temps. L'analyse d'un système sous influence est en effet aussi celle de son émancipation progressive, au moins relative, et de toute façon des distorsions que le modèle est naturellement appelé à subir. Ce mouvement d'éloignement a du reste des chances d'être d'autant plus net que l'Etat un moment dominé n'en a pas moins toujours gardé une marge d'autonomie. Ainsi le droit social turc, s'il doit beaucoup à l'exemple germanique, n'en a pas moins gardé, tout comme la Turquie elle-même, des caractères très spécifiques.

Dans d'autres cas la détermination des positions de départ sera plus malaisée. Ainsi les comparaisons entre pays de l'Union européenne peuvent-elle mettre aux prises, au moins en apparence, des Etats ou des systèmes au moins relativement autonomes les uns par rapport aux autres. La difficulté est du reste aggravée par le processus d'harmonisation, qui se réclame d'intérêts supérieurs à celui d'un Etat particulier et qui veut précisément éviter ce qui, dans l'influence, pourrait masquer une domination. Le chercheur toutefois doit aussi refuser de se laisser abuser par les apparences et en tout cas de donner aussitôt crédit à des présentations vraisemblablement sincères mais qui courent grand risque d'être erronées. Il lui faut tout au contraire maintenir ferme l'idée de base qu'il y a toujours une influence dominante et qu'il est vraisemblable qu'elle s'exerce en droit social dans le même sens que sur le terrain de l'économique ou du politique. Concrètement cela peut signifier que, dans l'ensemble européen, le droit allemand et le droit français ont de fortes chances de jouer, au moins en début de représentation, le rôle dominant. Certes, l'expression d'une idée claire ne doit pas être ici plus qu'ailleurs confondue avec le simplisme. Il ne fait nul doute que d'autres ordres juridiques peuvent se faire entendre dans la partition juridique européenne,

ainsi du droit social britannique, tout à la fois sur le terrain des relations professionnelles mais aussi sur celui d'une conception fortement publicisée de la protection sociale. Il n'est pas davantage niable qu'il est aussi des influences qui, pour être moins connues, n'en sont pas moins essentielles. Chacun sait notamment le rôle que la doctrine et le droit italiens ont pu jouer dans l'élaboration du droit du travail espagnol. Enfin, faut-il répéter que l'hypothèse posée en début d'étude n'est pas faite pour être servilement suivie mais qu'elle doit être au contraire soumise au feu de la critique tant il est vrai que le comparatiste de l'influence se place en réalité sous le signe de la recherche de la liberté. La liberté toutefois n'a de chance de se donner à voir qu'à celui qui sait tout le poids de la contrainte.

Il reste, il est vrai, à se demander si la recherche de rapports d'influence est encore justifiée lorsqu'il s'agit de confronter des systèmes juridiques en quelque sorte premiers, c'est-à-dire l'un et l'autre dominants dans leur aire. Pourtant quel comparatiste du social pourra-t-il s'abstenir et encore moins s'interdire d'évaluer les rapports des droits américain, allemand, britannique, français et ainsi de suite ? La question est en réalité mal posée, pour au moins deux raisons. En premier lieu, parce qu'aucun ordre juridique ne peut être regardé comme libre de toute dépendance à l'égard d'un autre. Il en est particulièrement ainsi des législations du travail, qui se sont constituées à des époques fort voisines et sous l'empire de causes semblables. L'hypothèse peut alors être avancée que les rapports d'influence ont été assez souvent réciproques, tant la fêrule est venue non pas d'un système sur un autre mais d'une situation semblable sur l'ensemble des systèmes. En second lieu, et dans le prolongement de cette dernière observation, il n'est plus aujourd'hui de rapports seulement linéaires ou à sens unique. C'est au contraire une véritable circularité des influences qui impose son mouvement aux différents ordres juridiques, chacun pouvant prendre vis-à-vis d l'autre, selon les cas, la position de la cause ou celle de l'effet. De ce phénomène tant de questions d'aujourd'hui peuvent témoigner, telle l'évolution du droit du licenciement dans les principaux pays européens. Il est vrai que pareille circularité ne facilite pas la tâche de l'analyste, qui risque de perdre jusqu'à la perception de la véritable dynamique. Les exigences de méthode doivent alors redoubler, autour de la recherche de repères.

2) La confrontation de normes relevant de souverainetés différentes, quand elle est faite sous le signe de la mesure d'une influence unilatérale ou réciproque, doit s'attacher autant à ce qui touche à l'énonciation des règles qu'à ce qui concerne leur application et spécialement leur interprétation.

Au premier chef il convient d'accorder la plus grande attention non seulement à la présentation littérale des règles mais aussi et peut-être d'abord à leur position dans la

hiérarchie des normes. Ainsi ne peut-il être question d'étudier les droits fondamentaux des salariés dans plusieurs systèmes sans aussitôt dresser une typologie de leurs lieux d'émergence, les uns dans la Constitution ou son préambule, les autres dans la loi, les autres peut-être découverts par le juge au terme d'un processus d'induction ou de généralisation. Sans doute, dans certains cas, la comparaison de plusieurs systèmes juridiques pourra conclure à de profondes différences, quitte à les relativiser par la suite. Mais si des ressemblances au contraire apparaissent entre pays dont l'un a précédé les autres dans l'élaboration des principes, il est alors envisageable de repérer un phénomène d'influence et de tenter de le circonscrire. L'antériorité joue donc ici un rôle essentiel dans la mesure où elle peut révéler un processus d'imitation ou, à tout le moins, une inspiration. Ainsi permet-elle par exemple d'avancer que le Constituant espagnol, quand il inscrit le droit de grève à l'article 28.2 de la loi fondamentale, s'est sans doute inspiré, notamment, de la même reconnaissance opérée en France en 1946. Cette affinité est vraisemblablement loin d'être anodine, d'autant qu'elle se formule en des termes assez voisins.

Comment en effet ne pas tenir un compte essentiel de la lettre même du texte ou plus précisément de son écriture ? Sans doute est-il, fort heureusement, hors de question d'attendre que l'influence incite à la copie. C'est bien plutôt dans la structure des phrases que des cousinages peuvent se révéler. Il y a toute une stylistique du droit, qui, à l'occasion, s'exporte ou s'importe. Les linguistes pourront y voir un phénomène de superposition de textes, même si l'un des deux est purement latent ou seulement doctrinal. Ainsi le Code du travail de 1952, applicable à nos possessions d'Outre-mer de l'époque, contenait-il une définition du travail dépendant que notre propre Code n'a jamais mentionnée mais qui n'en reprenait pas moins tous les caractères que nos auteurs avaient su dégager dans le silence de la loi.

Le droit ne se réduit cependant pas à un langage. Il est aussi action. Précisément l'application comme l'interprétation préalable de la règle peuvent aussi se prêter à des phénomènes d'influence. Ceux-ci sont certes susceptibles d'apparaître d'abord sous une forme négative. Ainsi l'ineffectivité de maintes règles de droit du travail dans le pays d'Afrique noire francophone peut-elle aussi tenir, dans certains cas, au refus d'appliquer une législation manifestement importée ou imposée. Mais on peut imaginer aussi, dans l'application de la règle, que l'imitation d'un exemple étranger joue son rôle. Il est vrai que celui-ci sera fort difficile à mesurer et qu'il ne pourra sans doute être cerné qu'au terme d'une analyse précise d'exemples le plus nombreux possible. Il est vrai aussi qu'on se rapproche ici de l'ordre de l'argumentation juridique, dans lequel le droit comparé tient une place tout à la fois originale et complexe.

II - LE DROIT COMPARE COMME TECHNIQUE D'ARGUMENTATION

Le droit comparé n'est pas toujours confrontation de vastes systèmes ou à tout le moins d'ensembles relativement importants de normes. Il peut aussi se situer à un échelle beaucoup plus réduite, quand il s'agit seulement d'une observation, d'une référence, d'une notation de droit comparé. De cette utilisation en quelque sorte discrète la dissertation juridique la plus traditionnelle donne du reste un exemple particulièrement éclairant quand elle dispose, en introduction, les observations de droit comparé comme autant de fleurs de rhétorique. Est-ce à dire qu'il faille ici nous cantonner au divertissement aimable ? En rien car il n'est jamais anodin d'invoquer la rhétorique, cet art de l'argumentation au service de la persuasion. Dès lors, la question surgit de savoir si la référence de droit comparé peut avoir valeur d'argument et, au cas de réponse, quel type d'argument elle peut constituer.

A - Validité de l'argumentation de droit comparé

Admettre qu'une observation de droit comparé puisse trouver une place autre que d'ornement dans une argumentation juridique ne va pas de soi. Trois considérations peuvent en effet s'élever contre.

D'un premier point de vue, les courants attachés à l'autonomie de chaque ordre juridique ne peuvent aisément accepter que crédit soit donné à une observation venue de l'extérieur. Si en effet tout système juridique se suffit à lui-même et puise dans ses propres ressources pour combler ses lacunes, il est clair que la comparaison d'un système à l'autre relève seulement de la description, jamais de la discussion en vue d'une solution.

Pareil point de vue ne peut cependant raisonnablement continuer à être tenu, notamment dans le cadre d'espaces juridiques en voie d'organisation. Ainsi la mise en oeuvre d'une Union européenne conduit-elle à l'ouverture au moins partielle des différents ordres juridiques. Le décloisonnement qu'elle entraîne est naturellement propice à la circulation du droit comparé et à l'épreuve réciproque de solutions différentes.

Cette confrontation est-elle cependant véritablement de l'ordre de l'argumentation ? Une deuxième objection pourrait en effet surgir, qui montrerait que la règle étrangère n'est susceptible d'être saisie que du point de vue rationnel ou intellectuel et non

pas comme un commandement. Or la discussion juridique ne peut pas être purement conceptuelle, traversée qu'elle est par le souci de l'impérativité.

Y a-t-il là cependant matière à difficulté véritable ? Si sans doute le raisonnement juridique a bien pour objet final de dégager une norme effectivement applicable, qui vaudra obligation ou défense, rien ne lui interdit, au contraire, de se saisir d'éléments qui eux-mêmes ne sont pas du côté de l'obligatoire mais de celui de la logique, de la vraisemblance ou de la persuasion. Tel est bien le rôle que peut jouer la référence au droit étranger.

Reste que l'argumentation comparatiste, sans être rejetée en son principe, risque d'être écartée au vu des lourdes difficultés de son application. Il sera notamment facile de faire valoir que toute comparaison n'est pas raison et surtout qu'il peut être trompeur de cueillir, dans le parterre immense des règles d'un pays donné, telle pousse particulière, qui ne s'explique peut-être que par les relations qu'elle entretient avec toutes les autres. Est-il en effet bien raisonnable de se saisir d'une solution donnée, en matière de justification du licenciement, dans tel droit voisin sans connaître l'ensemble du droit considéré en matière de licenciement, voire le droit du travail tout entier du pays en cause ? L'observation est en effet redoutable pour tout ce qui touche le droit social, tant celui-ci relève en chaque pays de principes au moins relativement cohérents. Si le droit espagnol continue encore à soumettre le licenciement économique à autorisation administrative, c'est pour tout un ensemble de raisons dont certaines tiennent à une forte tradition "administrativiste", elle-même héritée de la période autoritaire. Et quand le droit allemand refuse la légitimité de la grève lorsque celle-ci n'est pas déclenchée au moment de la négociation d'une convention collective, c'est aussi en raison d'une conception d'ensemble des sources du droit des relations professionnelles. Or la technique de l'argumentation impose tout au contraire de faire bois d'une simple ramure en se gardant bien de remonter jusqu'aux racines.

On voit bien là cependant que la difficulté n'est pas propre au droit comparé mais qu'elle tient à la structure même de toute discussion juridique. Tout au plus l'observation de droit étranger doit-elle être maniée avec plus de prudence encore qu'aucune autre tant elle peut risquer, à l'occasion, d'emporter la conviction sur une équivoque ou une confusion. C'est dire que si l'argumentation comparatiste n'est pas irrecevable en tant que telle, il convient en revanche de prêter la plus grande attention aux modalités qu'elle est susceptible de revêtir.

B - Modalités de l'argumentation de droit comparé

La notation de droit comparé peut prendre, selon les cas, bien des figures diverses de la typologie de l'argumentation juridique. Il n'est sans doute pas une seule espèce d'argument qui ne soit à même de se nourrir de l'exemple étranger. Pour autant il est fort vraisemblable que certains arguments se prêtent mieux que d'autres au détour comparatiste.

Ainsi, dans la vision classique de la matière, qui exalte les différences ou les ressemblances, c'est l'argumentation par analogie ou encore l'argumentation a contrario qui seront particulièrement sollicitées. La première est sans doute d'assez loin la plus fréquente, quand il s'agit de puiser dans un système étranger de référence une solution seulement implicite ou discutée dans l'ordre juridique de l'interprète. Au fond ce n'est jamais ici qu'une application particulière de la fameuse loi d'imitation. A ce titre d'ailleurs, elle appelle un contrôle sans complaisance de la validité de l'assertion et notamment de la prétendue proximité des deux droits en cause. Bien entendu ce sont les mêmes précautions, mais en sens inverse, qu'appelle l'argumentation a contrario.

Le comparatiste de l'influence ne peut cependant s'arrêter là. Il observe en effet que, quel que soit par ailleurs le visage qu'elle prenne, la référence au droit comparé fournit presque toujours matière à un argument d'autorité. Le détour par l'étranger n'est jamais gratuit, ni dans son principe, ni dans la direction qu'il prend. Mis au service d'une thèse particulière, il convoque un ou plusieurs systèmes juridiques soigneusement choisis, sans doute parce qu'ils ont valeur d'exemple, mais surtout en raison de l'influence, voire de la domination qu'ils exercent sur leur environnement. Nul bien sûr ne s'étonnera de retrouver sur le terrain particulier de l'argumentation les mêmes forces qui traversent tout le concert des systèmes juridiques. Et c'est le même souci d'examen, de classement, de mesure et de vigilance qui s'impose, sous le signe de la liberté.