

## ARTICLE

---

# COMMENT ENSEIGNER ET ÉTUDIER LE DROIT COMPARÉ? UNE PROPOSITION

par Thomas KADNER GRAZIANO\*

*Le droit comparé est aujourd'hui une discipline bien établie. Cependant, parmi les enseignants, persistent des incertitudes concernant le contenu du cours de droit comparé ainsi que la méthode d'enseignement. La contribution suivante analyse d'abord les exigences pratiques pour les comparatistes d'aujourd'hui, afin d'en déduire ensuite des conséquences pour l'enseignement de la matière. L'auteur expose l'enseignement d'une méthode multilatérale et supranationale de droit comparé. Il propose d'enseigner cette méthode à l'aide de cas pratiques et d'une approche de learning by doing. Finalement, les atouts et les multiples avantages de cette méthode d'enseignement pour les étudiants seront soulignés.*

---

*Although comparative law has become a well-established discipline, there remain some uncertainties among teachers in relation to teaching methods as well as to the actual content of comparative law courses. This article analyzes the practical requirements facing today's comparatists and draws conclusions regarding the teaching of this subject. The writer describes a teaching approach based upon a multilateral and supranational comparative method. He proposes using scenarios drawn from domestic and foreign cases, thereby adopting a "learning by doing" approach. The writer concludes by delineating the various advantages of this method for students of comparative law.*

---

\*. Professeur ordinaire au Département de droit international privé et Directeur du Programme "Certificat de droit transnational (CDT), Université de Genève.

## **SOMMAIRE**

<b>I. Introduction et point de départ .....</b>	<b>63</b>
<b>II. Exigences pratiques : de la méthode nationale et bilatérale à une méthode multilatérale et supranationale de droit comparé .....</b>	<b>67</b>
A. Objectif : Permettre la résolution éclairée d'un problème juridique dans le contexte national ou international en connaissant les solutions possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs .....	71
B. Trois exemples pratiques.....	72
<b>III. Comment enseigner et apprendre le droit comparé? -- Une proposition .....</b>	<b>77</b>
A. Connaissances méthodologiques .....	78
B. Combiner micro- et macro-comparaison.....	83
C. Défis linguistiques .....	84
<b>IV. Bénéfices de l'approche proposée .....</b>	<b>84</b>

« En lisant chaque auteur, je me fis une loi d'adopter et suivre toutes ses idées sans y mêler les miennes ni celles d'un autre, et sans jamais disputer avec lui. Je me dis, commençons par me faire un magasin d'idées, vraies ou fausses, mais nettes, en attendant que ma tête en soit assez fournie pour pouvoir les comparer et choisir. »<sup>1</sup>

Jean-Jacques ROUSSEAU

## I. Introduction et point de départ

Publier dans une revue canadienne des réflexions portant sur l'enseignement du droit comparé comporte un risque considérable de *carry coals to Newcastle* (ou de vouloir apporter du sirop d'érable au Canada). Il convient donc d'abord de préciser que les réflexions suivantes sont basées sur des expériences de l'enseignement du droit comparé tel qu'il est pratiqué en Europe.

Le droit comparé est aujourd'hui une discipline bien établie<sup>2</sup>. Cependant, parmi les enseignants de cette discipline, il semble persister une incertitude concernant le *contenu* du cours de droit comparé ainsi que la *méthode d'enseignement*. Herbert

---

1. *Œuvres complètes* (éd. établie par Marcel RAYMOND), coll. Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1959-95, vol. 1, « Les Confessions VI », p. 237.

2. Pour la situation du droit comparé en Europe, voir Ewoud HONDIUS, « Comparative Law in the Court-Room : Europe and America Compared », dans Andrea BÜCHLER and Markus MÜLLER-CHEN, *Festschrift für Schweizer*, vol. 1, Bern, Stämpfli, p. 759 : « The increasing legal co-operation within Europe has led to a growing awareness of foreign law. »; *id.*, p. 765 : « From an esoteric elective course, Comparative Law has developed into a mainstream subject. »; Mathias REIMANN, « The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century », (2002), 50 *Am. J. Comp. L.* 671, p. 691-92 et *infra*, note 20; voir aussi Ralf MICHAELS, « Im Westen nichts Neues? 100 Jahre Pariser Kongress für Rechtsvergleichung – Gedanken anlässlich einer Jubiläumskonferenz in New Orleans », (2002) 66 *RabelsZ*, 97, p. 112 : « le droit comparé est *en vogue* » (« Rechtsvergleichung ist *en vogue* »).

Bernstein a constaté dans les années quatre-vingt du siècle passé : « Dans aucune autre discipline [...] ne règne une telle incertitude qu'en droit comparé quant aux méthodes d'enseignement ainsi qu'au contenu des cours »<sup>3</sup>. Mathias Reimann, comparatiste de l'Université du Michigan à Ann Arbor, a écrit il y a quelques années :

While comparative law has been a considerable success in terms of producing a wealth of knowledge, it has [...] failed to mature into an up-to-date, well-defined, and coherent discipline<sup>4</sup>. [...] [C]omparatists still have no overall theoretical framework explaining what kind of "law" to compare for what purpose, what to prove or disprove through comparison, and, most embarrassingly, how exactly to go about it<sup>5</sup>.

D'autres auteurs ont constaté un manque d'ouvrages et de recueils de cas pratiques destinés à un enseignement moderne<sup>6</sup> de

- 
3. Traduit de l'allemand : « An den deutschen Universitäten wird kein Lehrgebiet durch eine so große Divergenz in den Methoden des Unterrichts und der Auswahl des Vortragsstoffes verunsichert wie die Rechtsvergleichung. » (Konrad ZWEIGERT, Herbert BERNSTEIN, Ulrich DROBNIG et Hein KÖTZ (dir.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1981, p. 507.)
  4. M. REIMANN, préc., note 2, p. 686. Il poursuit : « Witness, for example, the structure and content of our standard books. They usually begin by talking about the character, history, goals, benefits, and tools of comparative law; almost suddenly, they lay these matters completely aside and launch into descriptions of legal families and traditions; then they add discussions of particular substance topics, and, along the way, they provide a fair amount of information about foreign law. The unifying theme in all this is hard to see. [...] When comparatists reiterate their standard lists of their subject's necessity, purposes, tools, and benefits, these mantras are so imprecise and long as to be virtually all-inclusive. The only agreement, it seems, is that anything goes, a few basic prohibitions aside ». Voir aussi la critique de R. MICHAELS, préc., note 2, p. 106.
  5. M. REIMANN, préc., note 2, p. 689.
  6. Traditionnellement, une partie importante du cours général de droit comparé est dédié aux grands systèmes de droit. Dans cette partie sont présentés, souvent *ex cathedra*, les anciennes « familles de droit » ou, dans une vision plus moderne, les différentes cultures ou traditions juridiques, leurs origines historiques et leurs particularités. Ceci correspond

la matière<sup>7</sup>. Une collègue a écrit sur la situation aux États-Unis : « recent efforts to give comparative law a facelift are directed more towards scholars than classroom teachers. They bring to mind Roscoe Pound's insistence that this is a discipline for academics and legislators, not for law school class »<sup>8</sup>. Antoine Bullier, comparatiste à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, a constaté récemment que, pour les étudiants et futurs juristes, il ne serait souvent pas évident que l'emploi de la méthode comparative

---

à la structure des grands ouvrages de droit comparé qui consacrent une partie substantielle à la comparaison « macro-juridique » (*infra*, note 11). Ensuite, dans une partie spéciale du cours, sont souvent présentées et analysées quelques questions ou institutions du droit étranger particulièrement intéressantes, qui varient selon les intérêts de l'enseignant et selon le pays dans lequel le cours est dispensé. L'enseignement comparatif se focalise souvent encore sur l'ordre juridique de l'enseignant qui sera comparé avec un ou plusieurs des représentants principaux des anciennes « familles de droit », c'est-à-dire le droit français, allemand, anglais ou états-unien. Le *travail actif* des étudiants avec la méthode comparative est souvent encore limité à des cours spécialisés s'adressant à un nombre restreint d'étudiants. – Depuis les années 1990, suite à l'intégration économique et politique de l'Europe, les cours classiques de droit comparé ont cédé de plus en plus la place à des cours portant sur le droit privé européen, notamment en Belgique, aux Pays-Bas et au Luxembourg. D'autres cours portent sur des matières spécifiques enseignées dans une perspective comparative, tel que « Droit constitutionnel comparé », « Droit contractuel comparé », « Comparative Commercial Law », ou encore « Comparative Company Law », pour n'en nommer que quelques-uns particulièrement représentatifs. Des enseignements de la méthode comparative/*comparative methodology* sont encore rares. Pour plus d'informations sur l'enseignement du droit comparé dans les différents pays, voir James GORDLEY, « Comparative Law and Legal Education », (2000-01) 75 *Tul. L. Rev.* 1003; Hein KÖTZ, « Comparative Law in Germany Today », (1999) *RIDC* 753. – Pour une autre approche, innovante, voir la proposition de Michael P. WAXMAN, « Teaching Comparative Law in the 21<sup>st</sup> Century: Beyond the Civil/Common Law Dichotomy », (2001) 51 *J. Leg. Ed.* 305.

7. Voir Edith FRIEDLER, « Essay : Shakespeare's Contribution to the Teaching of Comparative Law – Some Reflections on *The Merchant of Venice* », (2000) 60 *Louisiana Law Review* 1087 et note 2. [Proposals for] « new approaches to comparative law [...] contain exciting ideas about new ways to look at comparative law, but a case book or other teaching tool has yet to materialize as a result of these efforts. ».
8. E. FRIEDLER, préc., note 7.

puisse mener à des résultats immédiats et tangibles et que des connaissances de droit comparé puissent avoir un véritable rendement<sup>9</sup>. À ces doutes s'ajoutent de nouveaux défis issus de la mobilité accrue des personnes ainsi que de l'internationalisation du commerce et du droit. Michael Waxman a remarqué à ce propos : « [T]he inexorable shift to transnational and global legal practice demands a comparable shift in our methods of teaching comparative law »<sup>10</sup>.

Il y a donc lieu de réfléchir au contenu du cours général de droit comparé et à la méthode d'enseignement. En effet, d'une part, et à l'exception de quelques données de base<sup>11</sup>, en ce qui concerne l'enseignement du droit comparé, il n'y a pas de parcours de connaissances prédéfini que tout étudiant est censé avoir accompli à la fin de ses études. Le contenu du cours de droit comparé ainsi que la méthode employée sont laissés à l'appréciation de l'enseignant – qui dispose à cet égard d'une grande liberté pédagogique. D'autre part, se présente le défi de faire des choix par-

- 
9. Antoine BULLIER, « Le droit comparé dans l'enseignement – Le droit comparé est-il un passe-temps inutile? », (2008) 85 *RDIC* 163, p. 164 : « cette matière souffre d'un déficit d'image [...] Les juristes sont avant tout des internistes. Ils veulent donner des solutions immédiates et tangibles à leurs étudiants ou clients. La spéculation intellectuelle, si elle est appréciée, ne correspond plus à un monde où l'efficacité et le rendement sont considérés comme essentiels et aller voir ailleurs relève de la curiosité intellectuelle comme pour les digressions élégantes et stimulantes de la philosophie ou de la théorie générale du droit ».
10. M. P. WAXMAN, préc., note 6.
11. En font partie, au niveau de la macro-comparaison, notamment les grands systèmes de droit et les différentes cultures et traditions juridiques, leurs origines historiques et leurs particularités. Voir notamment Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law* (trad. Tony WEIR), 3<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 1998 (*Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3<sup>e</sup> éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 1996); René DAVID et Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002; Antonio GAMBARO et Rudolfo SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, 3<sup>e</sup> éd., Turin, 2008; Antonio GAMBARO, Rudolfo SACCO et Louis VOGEL, *Le droit de l'occident et d'ailleurs*, Paris, 2011; Gilles CUNIBERTI, *Grands systèmes de droit contemporains*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2011; innovateur et très inspirant : Patrick GLENN, *Legal Traditions in the World – Sustainable Diversity in the Law*, 4<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2010.

mi le matériel étranger et comparatif et de trouver une méthode d'enseignement qui correspond aux besoins des étudiants et permet de les préparer aux exigences de leur future pratique.

Pour traiter de la question de savoir comment enseigner le droit comparé et quel but poursuivre, il paraît opportun d'analyser d'abord quelles sont les *exigences pratiques* pour les comparatistes aujourd'hui (II) pour ensuite en tirer des *conséquences pour l'enseignement* de la matière (III).

## II. Exigences pratiques : de la méthode nationale et bilatérale à une méthode multilatérale et supranationale du droit comparé

Le droit comparé a toujours été indispensable pour toute tentative d'uniformisation ou d'harmonisation du droit. Il a aussi toujours été pratiqué dans le but d'étudier les différentes cultures juridiques, de remettre en question ou de mieux connaître et améliorer son propre droit national, d'élargir son horizon, ou encore de découvrir des notions de justice dépassant les frontières (le droit comparé est utilisé ici en tant qu'*école de vérité*)<sup>12</sup>.

Pendant une grande partie du 20<sup>e</sup> siècle, lorsque les juristes européens ont employé la méthode comparative, leur *point de départ* et *de référence* a souvent été *un seul ordre juridique*, celui de leur pays d'origine. Souvent le but de la comparaison était de combler des lacunes de ce droit national, de l'améliorer ou de le réformer. L'ordre juridique avec lequel ce droit était comparé était traditionnellement choisi parmi les grands représentants des anciennes « familles de droit », c'est-à-dire le droit français, le droit allemand et la *common law* (droit anglais ou droit états-unien notamment). Parfois, le choix a également été porté sur le droit suisse. On pourrait appeler cette méthode traditionnelle, employée dans le but d'améliorer un seul droit national, l'approche *natio-*

---

12. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., note 11, n° 3 et suiv.; Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, préc., note 11, p. 12 et suiv.

nale<sup>13</sup> et bilatérale de droit comparé. On trouve cette approche aujourd'hui encore dans de nombreuses thèses de droit comparé.

L'approche nationale et bilatérale de droit comparé est toujours pertinente pour certaines recherches comparatives. Cependant, ces dernières années, d'autres objectifs du droit comparé ont pris de l'importance et l'horizon de la comparaison s'est élargi.

Un premier changement concerne les ordres juridiques qui sont à prendre en considération lors de la comparaison (ceci même si la comparaison est effectuée dans le but traditionnel d'améliorer un seul droit national). Les grandes codifications des ordres juridiques qui ont marqué toute une « famille de droit », comme notamment le Code civil français ou le BGB allemand, ont pris de l'âge et les différences entre les principaux représentants des « familles de droit » et les autres membres de ces anciennes familles se sont aujourd'hui considérablement accentuées sur de nombreux points. Vlad Constantinescu a constaté déjà au début des années quatre-vingt-dix du siècle dernier : « En effet, il est évident que certains membres des familles de droit peuvent évoluer au point que le comparatiste est obligé de les inclure eux aussi dans la comparaison »<sup>14</sup>. Ceci est le cas par exemple des droits italien, espagnol, belge et, en particulier, depuis la réforme du *Burgerlijk Wetboek*, du droit néerlandais, qui se sont tous distancés du droit français; c'est également le cas des droits suisse et autrichien par rapport au droit allemand. Certains États ont mis en vigueur, ces

- 
13. Voir R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, préc., note 11, n° 16 et suiv.; Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ, préc., note 11, p. 29; Hein KÖTZ, « Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung », (2002) *Juristen-Zeitung* 257, p. 259; Gian-Paolo ROMANO parle d'une « comparaison [...] nationaliste, puisqu'elle sert la cause du seul législateur national qui la pratique » (« Les justiciables face à la comparaison des droits : vers la démocratisation d'un droit savant », dans Eleanor CASHIN RITAINE, Laetitia FRANCK et Shaheez LALANI (dir.), *Legal Engineering and Comparative Law*, t. 1, Zurich/Bâle/Genève, Schulthess, 2008, p. 95, page 101).
14. Vlad CONSTANTINESCU, *Rechtsvergleichung, Bd. 2: Die rechtsvergleichende Methode*, Köln, Heymann, 1972, p. 50 (trad. de l'allemand) : « Tatsächlich ist es offensichtlich, dass manche abgeleiteten Rechtsordnungen einen Stand der Originalität erreichen können, der den Vergleichler zu ihrer unmittelbaren Untersuchung verpflichtet. »



dernières années, des codifications modernes, issues d'importants travaux comparatifs, avec des dispositions qui sont souvent plus nuancées que celles des principaux représentants des anciennes « familles de droit »<sup>15</sup>. La jurisprudence de ces pays a aussi suivi ses propres chemins à bien des égards<sup>16</sup>. Par conséquent, dans de nombreux domaines, il est difficilement justifiable de concentrer la comparaison sur les principaux représentants des anciennes familles qui n'offrent plus forcément les solutions les plus modernes et stimulantes pour la comparaison. Il faut donc *élargir l'horizon de la comparaison*. De plus, ces dernières années, des règles (ou principes) de droit non étatiques basées sur d'importantes recherches comparatives ont été présentées. Afin d'éviter de toujours devoir *réinventer la roue*, ces règles non étatiques doivent, aujourd'hui, également être intégrées à la comparaison.

Pour pouvoir gérer une telle multitude d'informations, la méthode nationale et bilatérale de droit comparé est inappropriée. Tout au contraire, il est nécessaire de remplacer l'approche bilatérale par une méthode multilatérale qui permet de bénéficier de cette diversité et de cette multitude d'informations.

---

15. Voir, pour n'en citer que quelques exemples, en Europe : le *Code civil néerlandais* (le *Burgerlijk Wetboek*) de 1992 ou les codifications récentes des pays baltes; dans d'autres régions du monde, notamment le *Code civil du Québec* de 1994, ou encore le *Contract Act* chinois de 1999, qui est largement inspiré par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international.

16. En effet, les « Principes du droit européen du contrat » ainsi que le « Cadre commun de référence » de 2009 ne suivent souvent pas les solutions traditionnelles connues des représentants principaux des anciennes familles de droit, mais ont choisi des solutions plus nuancées qui s'inspirent de celles que l'on trouve dans les pays de petite ou moyenne taille; ils confirment ainsi l'importance des solutions en vigueur dans ces pays; pour des exemples, voir Thomas KADNER GRAZIANO, « L'europanisation du droit privé et de la méthode comparative - Étude de cas », (2004) *RSDIE* 233; Thomas KADNER GRAZIANO, « Introduction à la méthode comparative », dans: Th. KADNER GRAZIANO (dir.), *Le contrat en droit privé européen - Exercices de comparaison et d'harmonisation*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Bruxelles/Paris, Helbing Lichtenhahn, 2010, à la page 5.

Un deuxième changement est dû à l'internationalisation, voire à la mondialisation du commerce et de la pratique juridique<sup>17</sup>. Il n'est plus rare pour le comparatiste de se trouver face à des situations où il est nécessaire de mettre en évidence toute une palette de solutions en vigueur dans les différents ordres juridiques pour un même problème juridique, afin de pouvoir bénéficier des expériences qui ont été faites dans les différentes juridictions ou encore de découvrir des principes communs de droit qui existent à travers l'Europe ou d'autres régions du monde<sup>18</sup>. La méthode nationale et bilatérale de droit comparé est, ici aussi, inappropriée. Tout au contraire, la capacité d'effectuer une comparaison multilatérale est nécessaire.

Troisièmement, des projets de nombreux groupes de chercheurs ont vu le jour poursuivant le but de découvrir des « principes communs » de droit et de renouveler un *Ius Commune Europaeum*<sup>19</sup>, voire même de trouver des principes à vocation mondiale. Parmi les résultats de ces travaux, on peut citer les Principes du droit européen des contrats, les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, le Projet de cadre commun de référence et ensuite le Projet de code européen des contrats, les Principes du droit européen de la responsabilité civile extracontractuelle, les Principes du droit européen de la famille, les Principes du droit européen du trust ou encore les Principes de procédure civile transnationale, pour ne citer que les résultats les plus éminents de ces projets. Matthias Reimann a écrit par rapport à ces travaux et initiatives :

In Western Europe, comparative legal studies have [...] gained a momentum and a significance unprecedented in the last hundred years. [...] From an American perspective, one may [...] look across the Atlantic with envy these

- 
17. Avec, comme conséquence, la « necessity of collaboration amongst jurists of all traditions in the resolution of many problems in the world. [...] [T]here now appears to be no area of law free of the possibility of extra-jurisdictional complication. » (P. GLENN, préc., note 11, p. xxvi.)
18. *Infra*, les exemples de la section B.
19. H. KÖTZ, préc., note 13, p. 259 et 264.

days. Comparative law in Europe is a hot topic. It is practically relevant, self-confident, and enjoys a high profile<sup>20</sup>.

Lors de ces travaux, l'ordre juridique national n'est plus le point de référence pour la recherche comparative. Au contraire, ces groupes pratiquent une méthode comparative multilatérale par excellence.

Afin de pouvoir travailler avec tant d'informations et d'effectuer une comparaison multilatérale, il est nécessaire que le comparatiste adopte, dès le début de son analyse, une vision selon laquelle la solution présentée à une question de droit par chaque ordre juridique a, en principe, la même valeur. En étudiant les différents droits, le comparatiste doit se faire « une loi d'adopter et suivre toutes [les approches] sans y mêler les [s]iennes ». Il doit se « faire un magasin d'idées [...] nettes, en attendant que [sa] tête en soit assez fournie pour pouvoir les comparer et choisir »<sup>21</sup>. Pour atteindre cette objectivité, il est nécessaire d'abandonner le point de vue national et d'adopter une *perspective à vol d'oiseau* par rapport aux objets de la comparaison, ou, en d'autres termes, il doit adopter une *perspective supranationale* de droit comparé.

**A. Objectif : Permettre la résolution éclairée d'un problème juridique dans le contexte national ou international en connaissant les solutions possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs**

Le but du recours à une méthode multilatérale et à une perspective supranationale de droit comparé n'est pas nécessairement l'harmonisation du droit sur le plan international. La méthode multilatérale permet de travailler avec de nombreux ordres juridiques dans le but d'identifier la solution la plus convaincante. Les solutions identifiées grâce à cet effort comparatif pourraient, par exemple, être introduites dans une législation nationale ou internationale, ou elles pourraient servir de source d'inspiration

---

20. M. REIMANN, préc., note 2, p. 691-92.

21. J.-J. ROUSSEAU, préc., note 1, p. 237.

pour la jurisprudence nationale<sup>22</sup> ou internationale<sup>23</sup>. La méthode de recherche comparative multilatérale est la même, qu'elle soit employée par un juge ou un législateur sur un plan national ou international<sup>24</sup>. Pour résoudre un problème juridique donné, cette méthode révèle plusieurs (idéalement toutes) les solutions possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs et permet ainsi de faire un choix éclairé.

## B. Trois exemples pratiques

La palette de situations qui exigent une méthode multilatérale et supranationale de droit comparé est vaste : elle s'étend à des situations qui soulèvent des questions fondamentales de droit privé jusqu'aux grands conflits armés de notre époque. Examinons d'abord trois exemples pratiques qui exigent une approche multilatérale de droit comparé dans une perspective supranationale. Ensuite, il sera possible de réfléchir aux conséquences que ce changement de perspective pourrait avoir pour l'enseignement du droit comparé.

1. Dans le premier exemple, une fille de six ans est admise à l'hôpital. Les médecins, par négligence, tardent à pratiquer les examens nécessaires. Quand ces examens sont finalement effectués, une tumeur au cerveau est diagnostiquée. La fille est opérée, mais souffre de lésions irréversibles. Elle demande des dommages-intérêts aux médecins. La question se pose de savoir si la faute des médecins a été la cause des lésions irréversibles.

- 
22. Par exemple, pour remplir une lacune du droit national, pour affronter un nouveau problème, ou pour trouver du soutien lors d'un changement de la jurisprudence nationale; voir l'exemple donné par le cas australien soulevant la question de la « perte de chance », *infra*, section B.1. Pour un aperçu des buts de l'emploi de la méthode comparative dans la jurisprudence, voir Th. KADNER GRAZIANO, « Est-il légitime de comparer? », préc., note 16, p. 35 et suiv.
23. Par exemple dans un but d'harmonisation du droit, de son unification ou lors de l'interprétation comparative du droit international, voir nos deuxième et troisième exemples, *infra*, sections B.2 et 3.
24. Le justiciable peut, lui aussi, en bénéficier; voir à ce sujet G.-P. ROMANO, préc., note 13.

Ce cas a été porté devant les tribunaux australiens. Selon la *common law* australienne, il était exigé que la fille établisse qu'il était « more probable than not » que le dommage aurait pu être évité sans la négligence des médecins. La fillette n'a pas pu satisfaire ce test. La faute des médecins l'a pourtant privée d'une *chance* d'éviter certaines lésions. Ce cas a soulevé, pour la première fois en droit australien, la question de savoir s'il était possible de demander des dommages-intérêts pour la « perte de chance » ou « loss of a chance »<sup>25</sup>. Lors de cette procédure devant la *High Court of Australia*, les juges ont demandé aux avocats de présenter les solutions au problème trouvées dans d'autres ordres juridiques, notamment aux États-Unis, en Angleterre, au Canada et dans les juridictions sur le continent européen.

Dans ce premier exemple, la comparaison était employée dans un *but classique* qui est de trouver de l'inspiration pour répondre à une question soulevée *dans le cadre d'un droit national*. Pourtant, pour effectuer la recherche exigée par la Cour, les avocats et les experts de droit comparé ont dû analyser et comparer non pas deux ou trois, mais un grand nombre d'ordres juridiques sur le plan mondial. Pour pouvoir gérer une telle multitude d'informations et de solutions dans la plus grande objectivité possible, il fallait maîtriser une méthode multilatérale et adopter, lors de la comparaison, une vision supranationale de droit comparé<sup>26</sup>.

---

25. *Tabet v. Gett* [2010] High Court of Australia 12 (21 avril 2010), disponible sous <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2010/12.html> (dernière consultation : 20/03/2013).

26. Pour des études comparatives en cette matière, voir, avec de nombreuses références, Thomas KADNER GRAZIANO, « 'Alles oder nichts' oder anteilige Haftung bei Verursachungszweifeln – Zur Haftung für 'perte d'une chance' und eine Alternative. Urteile des schweizerischen Bundesgerichts vom 13.6.2007, des belgischen Hof van Cassatie vom 5.6.2008, des Supreme Judicial Court of Massachusetts vom 28.7.2008 und des High Court of Australia vom 21.4.2010 mit Anmerkung und einem Lösungsvorschlag », *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 2011 p. 171-200; « Loss of a Chance in European Private Law - "All or nothing" or partial liability in cases of uncertain causation », (2008) 16 *European Review of Private Law (ERPL)* 1009; « La "perte d'une chance" en droit privé européen : "tout ou rien" ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine », dans Christine CHAPPUIS et Bénédicte WINIGER

Des comparaisons multilatérales d'une telle ampleur ne sont pas limitées à la pratique des tribunaux australiens. Au Royaume-Uni, dans la jurisprudence de la *House of Lords* (ou, depuis 2009, de la *Supreme Court*), environ un quart à un tiers des arrêts rendus depuis 1995 recourent à la méthode comparative<sup>27</sup>. Tout comme dans l'arrêt de la *High Court of Australia*, la jurisprudence anglaise limite rarement sa comparaison à un seul ordre juridique étranger; bien au contraire, les tribunaux cherchent de l'inspiration dans un nombre d'ordres juridiques étrangers aussi large que possible. Depuis environ 1995, la *House of Lords* inclut dans la comparaison non seulement des ordres juridiques appartenant à la tradition de la *common law*, mais aussi des ordres juridiques de tradition continentale. Ces recherches sont effectuées notamment dans le but de savoir s'il existe des principes communs sur le plan international qui pourraient ensuite servir de source d'inspiration lors de la solution d'un problème en droit anglais<sup>28</sup>.

2. Le deuxième exemple concerne le droit international public : un État occupe des terrains voisins. En violation du droit international, des colonies sont construites dans les territoires occupés et des infrastructures y sont créées. Après plusieurs décennies, l'État occupant se retire des territoires occupés. La ques-

---

(dir.), *Les causes du dommage*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2007, p. 217-248.

27. Voir Marie NOUNCKELE, « De la légitimité de la comparaison par les juges. Etude de la jurisprudence de la House of Lords de 1996 à 2005 », *Revue de droit international et de droit comparé* (à paraître).

28. Voir notamment Lord BINGHAM dans l'arrêt *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2002] 3 All ER 305, à la page 334 (House of Lords, 20/06/2002) : « The law must be developed coherently, in accordance with principles so as to serve, even-handedly, the ends of justice. If, however, a decision [...] offends one's basic sense of justice, and if consideration of international sources suggests that a different and more acceptable decision would be given in most other jurisdictions, whatever their legal tradition, this must prompt anxious review of the decision in question. In a shrinking world [...] there must be some virtue of uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome. »

tion se pose de savoir quelles sont les obligations de l'État occupant par rapport aux colonies et infrastructures créées.

La question s'est présentée lors du retrait d'Israël de la Bande de Gaza. Elle devait être résolue en application de la Convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907<sup>29</sup> ainsi que de la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre de 1949<sup>30</sup>. Selon l'article 55 de la Convention de La Haye de 1907, l'État occupant est considéré comme *usufruitier* des territoires occupés. Or, il n'existe aucune jurisprudence internationale précisant cette disposition. En revanche, les ordres juridiques nationaux qui ont servi de modèle pour l'article 55 de la Convention de La Haye de 1907 connaissent des dispositions détaillées sur l'usufruit ainsi qu'une riche jurisprudence interprétant les droits et les devoirs de l'usufruitier.

Là encore, une comparaison multilatérale d'un nombre aussi important que possible d'ordres juridiques connaissant la notion d'usufruitier offrirait des perspectives intéressantes dans la recherche d'une solution appropriée. Dans ce deuxième exemple concernant l'interprétation du droit international, il était dès le départ exclu de prendre un seul ordre juridique national comme point de référence pour la comparaison. Lors de l'interprétation du droit international, la perspective pour la comparaison est nécessairement multilatérale et supranationale.

3. Le troisième exemple concerne la demande de dommages-intérêts la plus importante qui ait jamais été présentée en droit jusqu'ici : en violation du droit international, un État a envahi un autre État et y a causé d'énormes dégâts. Une force internationale est intervenue et a obligé le premier État à se retirer des territoires occupés. Une fois la guerre terminée, l'État qui a été envahi ainsi que des États voisins ont réclamé de l'État occupant la réparation des préjudices subis lors de cette guerre.

---

29. En particulier les articles 42 à 56 de la Convention de La Haye.

30. En particulier la section III de la Convention de Genève.

Dans le cas d'espèce, il s'agissait de l'invasion du Koweït par l'Iraq lors de la guerre du Golfe de 1990-91. Le cas a été porté devant le Conseil de sécurité des Nations Unies qui a institué un organe subsidiaire, la Commission d'indemnisation des Nations Unies, établie en 1991 au siège européen des Nations Unies à Genève<sup>31</sup>. Selon le règlement établi pour cette procédure, l'État occupant était tenu d'indemniser les États voisins ainsi que leurs ressortissants, et ceci notamment au titre des atteintes à la santé subies par ces derniers. Le règlement ne précisait cependant pas dans le détail à quelles conditions les États voisins pouvaient réclamer une compensation pour des dommages subis à distance par leurs ressortissants (par exemple, pour les frais de traitement liés au syndrome de stress post-traumatique, *PTSD*).

Pour résoudre ce problème, il était nécessaire de procéder à une comparaison multilatérale et d'adopter une perspective nécessairement supranationale. Le but était de rechercher s'il existait, dans les différents systèmes de responsabilité délictuelle du monde, des principes juridiques communs quant au dédommagement pour le dommage subi à distance. De tels principes communs pouvaient ensuite servir de source d'inspiration pour guider la Commission des Nations Unies dans sa décision.

Il existe encore d'innombrables autres situations qui exigent une comparaison multilatérale dans une perspective supranationale : ainsi, dans l'Union européenne, lors de la préparation de chaque grand projet de législation, la Commission européenne exige des travaux préparatoires comparatifs prenant en considération les ordres juridiques des 27 États membres de l'Union. Pour la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des Droits de l'Homme, la comparaison multilatérale est un travail quotidien<sup>32</sup>. On pourrait citer encore les travaux de l'Institut in-

---

31. <http://www.uncc.ch> (dernière consultation : 20/03/2013).

32. L'exemple cité ci-dessus, issu de la jurisprudence australienne, ainsi que de nombreux arrêts anglais, illustrent bien que la méthode comparative multilatérale peut très bien être utilisée également par des tribunaux nationaux, lors de l'interprétation du droit interne. – En réponse à ces exigences pratiques, des recherches comparatives multilatérales, effectuées



ternational pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), les travaux des différents groupes de recherche européens sur des principes communs du droit européen, mentionnés ci-dessus<sup>33</sup>, ou les innombrables projets de législation nationale qui ont été précédés de vastes recherches comparatives multilatérales. Enfin, dans une dimension plus modeste : toute élection de droit dans un contexte international, par exemple lors de la conclusion d'un contrat international, peut créer le besoin d'une comparaison multilatérale et supranationale dans le but d'identifier le système le plus approprié pour régir le cas d'espèce.

### III. Comment enseigner et apprendre le droit comparé? – Une proposition

Ces exigences pratiques sur le plan national et international ont des répercussions sur le droit comparé et sur son enseignement. La question se pose de savoir comment préparer les étudiants d'aujourd'hui, qui seront les juristes et juges de demain, aux défis que présentent ces situations ainsi que l'internationalisation du droit et du travail du juriste. Comment

---

dans une perspective supranationale, sont actuellement publiées en Europe, voir notamment : Christian VON BAR et Eric CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich, Sellier, 2009; Bénédicte WINIGER, Helmut KOZIOL, Bernhard KOCH et Reinhard ZIMMERMANN (dir.), *Digest of European Tort Law*, vol. 1, "Essential Cases on Natural Causation", Vienne/New York, Springer, 2007; B. WINIGER, H. KOZIOL, B. KOCH et R. ZIMMERMANN (dir.), *Digest of European Tort Law*, vol. 2, "Essential Cases on Damage", Berlin, De Gruyter, 2011; voir aussi les nombreuses publications du *European Center for Tort and Insurance Law (ECTIL)*, <http://www.ectil.org> : Publications.

33. Voir notamment les travaux des groupes ou institutions suivants : « Commission pour le droit européen du contrat », « Society of European Contract Law (Secola) », « Groupe d'étude sur un *Code civil européen* », « Académie des privatistes européens », « Groupe de Trento » cherchant un *Common Core of European Private Law*, « European Groupe on Tort Law », « European Center for Tort and Insurance Law (ECTIL) », « International Working Group on European Trust Law », « Commission on European Family Law », « Working Group on the Approximation of the Civil Procedure Law », « International Working Group of European Insolvency Law » ou encore « CERP (Centrum für Europäisches Privatrecht) ».

pouvons-nous les préparer à une approche multilatérale et supranationale de droit comparé?

Une telle approche de droit comparé exige que les futurs comparatistes disposent de connaissances méthodologiques particulières (A), d'une connaissance des raisons des divergences entre les ordres juridiques (B), ainsi que de bonnes connaissances linguistiques (C).

#### **A. Connaissances méthodologiques**

La méthode multilatérale exige la capacité de travailler avec du matériel et des informations provenant de nombreux ordres juridiques à la fois. Une telle méthode ne s'acquiert pas de façon abstraite. Nous sommes, au contraire, persuadés que les capacités qu'exige cette méthode peuvent uniquement être apprises par une approche de *learning by doing*, c'est-à-dire par un travail actif des étudiants sur la base de situations pratiques<sup>34</sup>.

---

34. Nous partageons pleinement la constatation de Denis TALLON selon laquelle « il est difficile d'enseigner une méthode dans l'abstrait. » (« Quel droit comparé pour le XXIème siècle? », (1998) 42 *Revue de Droit Uniforme* 704); voir aussi V. CONSTANTINESCO, préc., note 15 : « Nur wer selbst eine sich auf fremdes Recht erstreckende Untersuchung durchgeführt hat, wer sich selbst darum bemüht hat, die Geheimnisse fremder Rechte und ihrer Rechtsterminologie zu enträtseln, kann etwas Gütiges über die rechtsvergleichende Methode aussagen. Alle, die Rechtsvergleichung ohne Fremdsprachenkenntnisse und ohne die Kenntnis des fremden Rechts, d.h. ohne eigene rechtsvergleichende Studien betreiben und die sich nur auf rechtsvergleichende Monographien stützen, die andere Autoren in ihrer eigenen Sprache geschrieben haben, improvisieren lediglich über eine Sache, die sie nicht kennen. [...] Einzig und allein die persönliche Erfahrung in der Anwendung der rechtsvergleichenden Methode kann die wirklichen methodologischen Probleme aufdecken. Vorstellungskraft und Spekulation sind hier keine Hilfe. Die methodologischen Erkenntnisse, die durch persönliche Erfahrung erworben werden, sind eine Sache; die Vergleichung durch eine Zwischenperson ist eine andere ». Voir aussi R. MICHAELS, préc., note 2, p. 111 : « Über Nutzen und Berechtigung all dieser [theoretischen] Ansätze mag man geteilter Meinung sein. Vor allem fehlt bei allem theoretischen Niveau dieser neuen Ansätze häufig die Rückbindung an praktische Rechtsvergleichung. Kritiker herkömmlicher und Proponenten neuer Methoden

Pour enseigner la méthode multilatérale et supranationale, le droit des obligations, et notamment le droit contractuel, s'y prêtent particulièrement bien, étant donné la richesse du matériel que cette matière offre à la comparaison, à savoir :

- les droits nationaux;
- le droit international (en matière de vente : la Convention internationale sur la vente internationale des marchandises, CVIM);
- les principes de droit non étatiques (notamment les Principes du droit européen du contrat<sup>35</sup> et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international<sup>36</sup>);
- ainsi que le projet du Cadre commun de référence (CFR) ou dorénavant la proposition d'un « Règlement relatif à un droit commun européen de la vente »<sup>37</sup>.

L'ouvrage qui nous sert de base à l'enseignement à Genève<sup>38</sup> porte donc sur le droit contractuel comparé<sup>39</sup>. Dans chaque

---

verzichten viel zu häufig darauf zu zeigen, wie ihre Methoden praktisch angewandt werden können und zu welchen – vielleicht neuen – Ergebnissen sie führen »; voir enfin E. HONDIUS, préc., note 2, p. 761 : « Much of the more theoretical writings on comparative law use language which is not quite the language which will appeal to a court considering to engage in comparative law. »

35. Commission pour le droit européen du contrat (dir.), *Principes du droit européen du contrat* (version française par Georges ROUHETTE et coll.), Paris, 2003.

36. UNIDROIT (Institut International pour l'unification du droit privé), *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, UNIDROIT, version de 2010, [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

37. [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common\\_sales\\_law/regulation\\_sales\\_law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/regulation_sales_law_en.pdf) (dernière consultation : 20/03/2013).

38. À la Faculté de droit de l'Université de Genève, le cours de droit comparé a été, est ou sera enseigné par Christine CHAPPUIS, Bénédicte WINIGER, Gian-Paolo ROMANO et Thomas KADNER GRAZIANO. Il est offert au niveau du Master et dans le cadre du Certificat de droit transnational (CDT) qui s'adresse à des étudiants ayant suivi, avec succès, deux ans d'études de droit au moins; pour plus d'information : [www.unige.ch/droit/transnational/index.html](http://www.unige.ch/droit/transnational/index.html).

exercice de comparaison, un cas pratique issu de la jurisprudence des tribunaux d'Europe ou d'Amérique, qui soulève une question fondamentale du droit contractuel, sert de point de départ. Les exercices portent par exemple sur la question de savoir :

- si l'exposition d'une marchandise ou une publicité constitue une offre ou seulement une *invitatio ad offerendum*;
- si le contrat se forme, ou s'il peut être modifié, par la simple volonté des parties ou si d'autres exigences sont requises (telles qu'une « cause » ou une *consideration*);
- s'il y a l'obligation de maintenir une offre ou si l'offrant est libre de la révoquer;
- si des conditions générales, et dans l'affirmative lesquelles, sont intégrées au contrat en cas de « *battle of forms* ».

D'autres exercices portent :

- sur la question de savoir si et dans quelles conditions le créancier peut exiger l'exécution du contrat ou si la violation du lien contractuel se résume en une action en dommages-intérêts (question de la *specific performance*);
- sur le rôle de la faute du vendeur en cas de livraison d'une marchandise non conforme au contrat;
- sur la révision du contrat en cas de changement de circonstances;

---

39. Il s'agit de l'ouvrage de l'auteur de ces lignes : *Le contrat en droit privé européen – Exercices de comparaison*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle/Bruxelles/Paris, Helbing Lichtenhahn, 2010, 530 p.; disponible aussi en anglais, allemand et hongrois : *Comparative Contract Law – Cases, Materials and Exercises*, Basingstoke/New York, Palgrave Macmillan, 2009, 510 p.; *Europäisches Vertragsrecht – Übungen zur Rechtsvergleichung und Harmonisierung des Rechts*, Bâle/Genève/Munich, Helbing Lichtenhahn, 2008, 512 p.; et avec Janos BOKA : *Összehasonlító szerződési jog*, Budapest, Complex, 2010, 602 p.

- ou encore sur les conditions du transfert de la propriété de la chose vendue<sup>40</sup> et de l'acquisition de bonne foi d'un bien immobilier.

La première question dans chaque exercice invite les étudiants à *rechercher les solutions* du cas d'espèce appliquées dans les différents ordres juridiques nationaux et internationaux ainsi que dans les principes de *soft law* pour ensuite *résoudre les cas selon ces sources diverses*. Dans l'ouvrage utilisé pour le cours, les étudiants trouvent pour chaque cas pratique des informations sur le droit en vigueur dans une dizaine de pays environ, sur le droit uniforme en la matière et sur les règles de droit non étatiques. Le matériel comporte des dispositions légales ainsi que des extraits d'arrêts et de doctrine qui permettent de résoudre le cas selon ces différents systèmes de droit<sup>41</sup>. La diversité des lois et arrêts ainsi que la présentation du matériel, qui ne donne aucune priorité ou préférence à un ordre juridique particulier, amènent l'étudiant à prendre de la distance par rapport au droit de son propre pays et à adopter une vision supranationale<sup>42</sup>.

Dans un deuxième temps, l'étudiant est convié à *regrouper des solutions* qui se distinguent fondamentalement les unes des autres et à *les systématiser*. Ainsi, la complexité que présente la tâche de devoir travailler avec 10, voire 15 systèmes juridiques est concentrée, dans chaque exercice, sur trois ou quatre solutions qui sont fondamentalement différentes les unes des autres. L'étudiant est ensuite invité à *comparer ces solutions* et à identifier

---

40. D'autres exercices portent sur le droit applicable au contrat transfrontalier et sur l'avenir du droit européen des contrats.

41. Les auteurs de tels ouvrages de droit comparé portent la responsabilité d'assurer que le matériel fourni comporte toutes les données et informations nécessaires pour effectivement résoudre le cas dans les différents ordres juridiques respectifs.

42. Une des conséquences de cette approche est que l'ouvrage utilisé pour l'enseignement (*supra*, note 39) peut être sans problème utilisé dans différents pays (dans ses versions linguistiques anglaise, française, allemande ou hongroise). Il est, à ma connaissance, utilisé dans des universités en Suisse, en Allemagne, en France, aux Pays-Bas, en Angleterre, en Hongrie, en Lituanie, au Japon et à Taïwan.

d'éventuels principes communs concernant la question examinée. Lorsque les solutions divergent, l'étudiant est invité à analyser les arguments pour et contre les différentes approches et solutions et à *peser les intérêts* en présence, pour finalement *proposer une solution* qui lui semble la plus appropriée sur le plan national ou international.

Pour la plupart des exercices, le matériel fourni contient des informations sur les droits français, allemand, anglais, italien et suisse<sup>43</sup>, étant donné l'importance de ces ordres juridiques en Europe. D'autres ordres juridiques européens, par exemple les droits néerlandais, belge, autrichien, espagnol, grec, polonais, lituanien, serbe ou russe, ainsi que les ordres juridiques d'autres régions du monde, notamment le droit des États-Unis d'Amérique, le droit québécois ou encore le droit chinois sont pris en considération en fonction du sujet abordé<sup>44</sup>. Ainsi, lors de la résolution du cas, les étudiants se familiarisent, par exemple, à la fois avec des arrêts de la Cour de cassation française ou de la Cour de cassation belge, du Tribunal fédéral suisse, de la Cour suprême fédérale allemande, de la *High Court* ou de la *House of Lords*<sup>45</sup> anglaise, ou encore avec les arrêts états-uniens. Les étudiants travaillent avec la législation de ces pays, avec la CVIM et finalement avec les dispositions de la *soft law* issues des Principes européens de droit contractuel, des Principes d'UNIDROIT, du Cadre commun de référence ou encore des *Restatements* états-uniens<sup>46</sup>.

---

43. Dans des situations dans lesquelles les parties à une relation contractuelle internationale choisissent un droit *neutre*, le droit suisse est le droit préféré dans environ un tiers (29 %) des cas, voir le sondage effectué par le journal « *Les Echos* » du 08/01/2009, p. 10; en deuxième place figure le droit anglais (23 %).

44. L'ouvrage utilisé dans le cours comporte, pour chaque exercice, entre 30 et 40 pages de lecture. Il serait aussi possible de proposer des exercices dans lesquels les étudiants ciblent eux-mêmes les objets de comparaison et expliquent par la suite leur choix.

45. Dorénavant : *Supreme Court (for England and Wales)*.

46. La préparation au cours exige environ quatre heures de lecture et de réflexion de la part de l'étudiant pour deux heures de cours. Ceci correspond à la charge de travail pour les étudiants au niveau Master à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

**B. Combiner micro- et macro-comparaison<sup>47</sup>**

À l'aide des cas pratiques, les étudiants sont donc initiés à identifier, appliquer et ensuite comparer les solutions qu'apportent les différents systèmes de droit à un même problème juridique; ils sont également amenés à comparer les règles, principes et raisons d'être sur lesquels ces solutions reposent (*micro-comparaison*). Ensuite, lorsque deux ou trois cas auront été abordés, la résolution des cas pratiques est assortie d'un enseignement *ex cathedra* au cours duquel l'enseignant donne aux étudiants des informations de base qui aident à comprendre le matériel fourni et à saisir les raisons de la diversité du droit en vigueur. Lors des cours portant sur la *macro-comparaison*, sont fournies par exemple des informations et explications sur les différentes cultures et traditions juridiques, sur leurs origines historiques et leurs particularités, ainsi que sur les différents styles de législation et de jurisprudence, ou encore sur la place des précédents dans les pays de la *common law*. Dans ces parties plus théoriques du cours, les étudiants pourront bénéficier des expériences déjà acquises lors de leur travail actif avec les cas pratiques et avec le droit étranger<sup>48</sup>.

---

47. La *macro-comparaison* porte sur des questions générales de droit comparé telles que la classification des différents ordres juridiques, leurs développements historiques et leurs particularités, l'organisation des procédures judiciaires respectives, des différentes techniques de législation et de la codification, etc.; voir, par exemple, K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, préc., note 11, p. 4. La *micro-comparaison* s'intéresse par contre aux institutions et règles de droit permettant de résoudre des problèmes spécifiques et à la comparaison de solutions apportées par différents systèmes de droit à un même problème juridique; voir, par exemple, K. ZWEIFERT et H. KÖTZ, préc., note 11, p. 4-5.

48. C'est dans ces parties du cours, enseignées *ex cathedra*, que micro- et macro-comparaison se rejoindront. Voir aussi Esin ÖRÜCÜ, « Developing Comparative Law », dans Esin ÖRÜCÜ et David NELKEN (dir.), *Comparative Law – A Handbook*, Oxford, Hart, 2007, p. 57 : « Ideally macro-comparison and micro-comparison should merge, since the micro-comparative topic must be placed within the entire legal system. » Pour de plus amples informations de base, les étudiants seront renvoyés à la lecture des grandes introductions au droit comparé (*supra*, note 11).

### C. Défis linguistiques

Pour mieux saisir les particularités nationales des différents ordres juridiques, les étudiants sont invités à lire, dans la mesure du possible, le matériel en version originale<sup>49</sup>. La méthode multilatérale exige donc, idéalement, de bonnes connaissances des langues étrangères. La maîtrise du français, de l'anglais et de l'allemand permet, par exemple, d'avoir accès à neuf ordres juridiques européens ainsi qu'au droit des États-Unis, plusieurs autres États de la *common law* ainsi que certains des États faisant partie de l'ancienne famille de droit français.

Dans l'ouvrage utilisé à Genève<sup>50</sup>, les informations sur les pays francophones ainsi que sur les pays de la *common law* sont données en version originale uniquement. Le matériel provenant d'autres pays (lois, arrêts, extraits de doctrine) est accompagné d'une traduction.

### IV. Bénéfices de l'approche proposée<sup>51</sup>

L'enseignement du droit comparé tel que proposé présente plusieurs bénéfices et avantages<sup>52</sup> :

- 
49. Ils pourront ainsi en même temps améliorer leurs connaissances de langues juridiques étrangères. Voir aussi A. BULLIER, préc., note 9, p. 166 : « Le droit comparé ne peut, en aucun cas, faire l'impasse sur le problème de la langue qui véhicule concepts, traditions, réflexes et façon de dire et de comprendre les choses. Le cours de droit comparé doit-il initier les étudiants à la traduction juridique? ».
50. Préc., note 39.
51. Pour de plus amples informations sur la méthode proposée ainsi que des études de cas qui servent à l'illustrer, voir l'auteur de ces lignes, *Le contrat en droit privé européen*, préc., note 39, p. 5-22; « L'eupéanisation du droit privé et de la méthode comparative – Étude de cas », préc., note 16, p. 233-254.
52. L'expérience montre que cette approche peut être pratiquée non seulement dans des séminaires avec un nombre restreint de participants, mais aussi lors de grands cours. À Genève, jusqu'à 160 étudiants par année suivent le cours de droit comparé enseigné dans ce style.



- Les étudiants apprennent la comparaison à l'aide d'une approche de *learning by doing* et s'exercent activement dans l'emploi de la méthode comparative. Ils *perdent ainsi la gêne de s'approcher du matériel étranger* et de travailler avec ce matériel jusqu'alors inconnu pour eux.
- Lors de la résolution de cas pratiques selon les différents ordres juridiques, ils apprennent à *prendre du recul* par rapport à leur propre droit national et à *relativiser* la solution en vigueur dans leur pays. En étudiant les droits français, anglais, états-unien, chinois ou des instruments non étatiques, l'étudiant qui a suivi des études en Suisse, en Allemagne ou en Belgique apprend ainsi à se poser la question du bien-fondé du recours à la notion de faute quand il s'agit d'une action en dommages-intérêts contre le vendeur d'un bien défectueux<sup>53</sup>. Celui ayant étudié en Allemagne, en Angleterre ou aux États-Unis apprend que l'exposition des marchandises dans une vitrine<sup>54</sup> ou des annonces publicitaires<sup>55</sup> peuvent constituer de véritables offres et que de

---

53. Pour des ordres juridiques qui prévoient une responsabilité objective du vendeur, voir Cour de cassation française, Ch. comm. 27.11.1973, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre commerciale n° 345 p. 308, pourvoi 71-12364; Angleterre : *Sale of Goods Act*, t. 14 et t. 53(1)(b); Guenter TREITEL, *An Outline of The Law of Contract*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford, 2004, p. 312 et suiv.; États-Unis : Uniform Commercial Code, §§ 2-313, 2-314, 2-315, 2-714, 2-715 et James J. WHITE et Robert S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 5<sup>e</sup> éd., St. Paul/Minnesota, 2000, §§ 9-1, 9-7 ff., 10-2 ff.; voir aussi la CVIM, art. 36, 45, 74 et, par ex., BGH 24.3.1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.htm>; Principes d'UNIDROIT, art. 7.1.1, 7.4.1, 7.4.4 et 7.1.7; Principes du droit européen des contrats, art. 8:101(1), 9:501 à 9:503; Cadre commun de référence, art. III, 3:101, 3:104, 3:701-3:703.

54. Voir par exemple l'article 7 al. 3 du *Code des obligations suisse*; l'article 34 de la *Loi sur les relations obligationnelles serbe*; l'article 6.171 al. 1 du *Code civil lituanien*; pour le droit italien : Pietro RESCIGNO, *Codice Civile*, 7<sup>e</sup> éd., Milano, 2008, n° 6.4 (art. 1336 du *Code civil italien*); voir aussi l'article 2:201(3) des Principes du droit européen des contrats; art. II.4:201(3) du Cadre commun de référence.

55. Voir pour le droit français Philippe LE TOURNEAU et coll., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 3713, et encore

bons arguments peuvent plaider pour une telle solution. Des étudiants ayant étudié sur le continent européen apprennent que, du point de vue comparatif, de bons arguments plaident en faveur d'une solution selon laquelle l'action en exécution du contrat est, en principe, limitée à la vente d'un bien unique<sup>56</sup>, etc.

- Lors de la résolution des cas d'étude, les étudiants apprennent à travailler à la fois avec un grand nombre d'ordres juridiques et avec différents styles de raisonnements juridiques. Ceci leur permet de *mieux dialoguer* avec des collègues formés dans un grand nombre d'autres ordres juridiques<sup>57</sup> et de *mener une discussion* sur les problèmes juridiques *dans un contexte international* (par exemple européen, voire mondial). En fait, la méthode proposée enseigne une *science juridique* qui est *détachée des contingences liées à tel ou tel droit local* et qui appréhende chaque problématique à travers les différentes manières dont elles sont cadrées puis résolues dans les systèmes de droit positif.
- À la fin du cours, les étudiants devraient avoir acquis *la capacité et la compétence pour chercher* et mettre en évidence, idéalement, *toute une palette de solutions envisageables* pour un problème posé, ou encore pour *découvrir* éventuellement *des principes communs* de droit qui existent à travers l'Europe ou d'autres régions du monde.
- Lors du travail avec les cas pratiques et lors des discussions des arguments pour et contre les différentes solutions identifiées, ils auront *appris à bénéficier des*

---

l'art. 2:201(3) des Principes du droit européen des contrats ainsi que l'article II.4:201(3) du Cadre commun de référence.

56. Voir pour cette solution dans les ordres juridiques de la *common law*, par exemple, Guenter TREITEL, *An Outline of The Law of Contract*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2004, p. 408 et suiv.; voir pour les États-Unis : *Uniform Commercial Code*, § 2-716 al. 1; *Restatement of the Law Second, Contracts*, §§ 357 al. 1, 359 al. 1, 360, 366, 367.

57. « Comparative law gives [them] a tool of communication. » (E. ÖRÜCÜ, *Developing Comparative Law*, préc., note 43, p. 43 et 45.)

*expériences* qui ont été faites avec les différentes solutions à l'étranger. Ils auront ainsi appris à *faire un choix informé et éclairé* parmi, idéalement, toutes les options à disposition pour résoudre un problème juridique donné.

- Un travail basé sur des cas pratiques *met l'accent sur l'importance que la discipline de droit comparé* occupe aujourd'hui dans la vie pratique du juriste; il met en évidence que l'emploi de la méthode comparative peut mener à des résultats immédiats et tangibles et que des connaissances de droit comparé peuvent avoir un véritable rendement.
- Les futurs juristes seront ainsi préparés à *faire face aux exigences méthodologiques qui se présentent dans des scénarios pratiques*, comme par exemple dans le cas de responsabilité civile ou les deux scénarios de droit international public décrits ci-dessus ainsi que dans de nombreux autres scénarios transnationaux<sup>58</sup>.

Maîtriser une méthode comparative multilatérale et supra-nationale devrait ainsi faciliter aux étudiants leur futur travail dans un monde multijuridictionnel où le cadre d'un seul ordre juridique national est souvent dépassé – que ce soit dans leur travail d'avocat, de juge ou de juriste, dans une institution nationale ou une organisation internationale.

James Gordley, éminent comparatiste à l'Université Tulane à la Nouvelle-Orléans, a écrit : « A student confronted with only one solution to a legal problem has a tendency to assume it is the right one. When he is confronted with two, he is encouraged to think »<sup>59</sup>. On pourrait ajouter : When he has acquired the capacity to compare the solutions of three, four or even more jurisdictions and to give these jurisdictions equal weight in his analysis, he is encouraged to “ think internationally ”.

---

58. *Supra*, section II.B.

59. « Comparative Law and Legal Education », préc., note 6.

