

## Méthode et enjeux de la démarche comparative: la question de la comparabilité

Barrué-Belou

La comparabilité ne se détermine pas. Aucun système n'est identique à un autre. Plus précisément, si des organisations peuvent être semblables, les conditions dans lesquelles elles existent ne le sont pas. La comparabilité se construit. Elle résulte d'un choix fait par l'observateur qui décide que les conditions sont suffisantes ou légitimes pour établir une comparaison.

Les enjeux épistémologiques de la comparaison en droit constitutionnel sont variés. Au-delà du premier enjeu qui consiste à permettre à l'observateur de se départir le plus possible de ses règles générales d'interprétation et pouvoir éviter « *l'obstacle épistémologique* »<sup>1</sup> de l'attitude égocentrée, l'étude de la comparaison permet de savoir comment comparer, ce que signifie comparer et quelles méthodes appliquer selon les conditions d'étude et les résultats à atteindre. Enfin, elle permet de mesurer et de connaître la conception de notions dans d'autres systèmes que celui de l'observateur et de lui permettre de comprendre qu'une notion peut recouvrir des sens variables selon les systèmes.

La fonction de la comparaison semble avoir un double aspect. D'un côté, la comparaison a une fonction heuristique qui consiste en la découverte d'une façon de répondre à un besoin ou de résoudre un problème juridique et d'un autre, la comparaison permet d'apporter une justification à la solution retenue selon un contexte précis. Ces deux éléments permettent de définir les conditions méthodologiques de la comparaison.

La comparaison doit porter davantage sur les relations existant dans un système que sur les attributs-mêmes de ce système. La question de la méthode à adopter est un problème essentiel et qui ne semble pas avoir trouvé de réponse unanime. La méthode fonctionnelle consistant à étudier les institutions d'un système étranger conditionne l'étude (relative) du contexte dans lequel cette institution existe. La méthode contextualiste va encore plus loin dans la prise en compte de l'environnement de l'objet étudié en considérant les conditions politiques, historiques, économiques, etc... Cette méthode qui fait l'objet de nombreuses critiques du fait de la complexité de sa démarche s'oppose à la méthode conceptuelle qui ne consiste qu'à prendre un objet d'étude et de l'étudier. Mais, cette méthode comporte de nombreux inconvénients liés à de fausses correspondances entre les notions et entre les éléments qui définissent ces notions.

La question de la méthode dépend donc du résultat à atteindre et des objectifs qui sont fixés. Dans certains cas, une approche conceptuelle suffit car le système étranger est connu et lié en de nombreux aspects au système de future réception. Mais, lorsque la « greffe » consiste à changer le fonctionnement d'un rouage du système, la comparaison ne peut se faire en changeant simplement d'outil. Cet outil est un élément d'un système complexe, lieu d'interactions, de phénomènes de récursion et de rétroaction où tout a un lien. Les erreurs qui ont résulté d'une attitude trop conceptuelle sont nombreuses. L'analyse de la conception nord-américaine de la souveraineté et sa différence fondamentale avec la conception continentale européenne en est un exemple.

---

<sup>1</sup> Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, J. Vrin, 1938.

La question qui se pose concerne donc la comparaison en tant que démarche et se rapporte ainsi à sa méthode et ses enjeux. Qu'est-ce que comparer ? Comment comparer ? Quels sont les apports de la comparaison ?

La réponse portera ainsi sur des exemples concrets comme la souveraineté ou le cumul des mandats qui permettront d'illustrer notre propos sur la démarche comparative et ses enjeux.

Une première partie de ce travail consistera à analyser la construction de la comparabilité en étudiant la méthode et les enjeux de la comparaison (I). Nous illustrerons ensuite notre propos en montrant que l'absence de travail préalable à une possible comparabilité peut conduire le comparatiste à des risques d'égarement rendant son travail peu pertinent (II).

## **I La construction de la comparabilité : méthode et enjeux**

La comparabilité est le résultat du travail du comparatiste qui va déterminer quels objets seront analysés dans son travail et dans quelles conditions la comparaison s'effectuera. Pour comprendre cette étape essentielle du travail du comparatiste, il semble nécessaire d'apporter une définition de la comparaison ainsi que des méthodes qui peuvent être utilisées (A). La comparabilité se construit également en fonction des buts de la comparaison. Il paraît donc essentiel de voir les enjeux et les fonctions que l'acte de comparaison peut avoir (B).

### **A) Définition et méthodes de comparaison**

Le travail du comparatiste et la cohérence de celui-ci sont conditionnés par le respect de certaines attitudes et certaines démarches. Il doit dans un premier temps considérer l'environnement dans lequel l'objet existe et a été créé pour saisir le plus justement possible les conditions de son application et pouvoir, s'il le souhaite établir des parallèles ou des équivalences avec des notions qu'il juge proches. Le comparatiste doit également tenter d'adopter une attitude de décentration, c'est-à-dire, de détachement de ses perceptions et de ses réflexes culturels pour minimiser l'approche de l'objet de son travail.

Pour être saisie, la notion de comparaison doit préalablement être entendue par le comparatiste. Cela passe donc d'abord par une définition de cette notion (1). Les conditions de comparabilité ne pourront ensuite être choisies que lorsque la méthode à adopter sera déterminée (2).

### **1) La comparaison et le juriste**

L'ouverture des juristes au droit comparé s'est développée du fait de la multiplication des échanges internationaux. Cela a permis d'avoir un autre regard sur son propre droit, de manière à mieux le comprendre. Le droit comparé permet de cerner les nouveaux caractères des systèmes modernes par des moyens scientifiques et techniques. Wittgenstein écrivait dans ce sens qu'« *il est important de changer toujours de posture [...] ne pas rester trop longtemps sur une seule jambe, afin d'éviter de (s')ankyloser [...] comme quelqu'un qui gravit longuement une montagne parfois redescend un bout de chemin, afin de se reposer et de faire jouer d'autres muscles* »<sup>2</sup>. Le droit comparé a connu de nombreuses étapes dans son développement qui font encore de lui, un objet sur lequel il n'existe pas d'accord unanime de la part de la communauté scientifique. Certains le voient comme une méthode d'analyse, permettant de tirer des bilans et des conclusions particuliers, alors que d'autres le conçoivent comme une véritable discipline. C'est ainsi que la comparaison peut être vue comme un instrument de compréhension et d'explication. A. Przeworski précise ainsi qu'« *il y a un*

---

<sup>2</sup> Ludwig Wittgenstein, *Remarques mêlées*, 2ème éd. revue et corrigée, Mauvezin, Ed. TER, 1990, p. 42

*consensus sur le fait que la recherche comparative ne consiste pas à comparer mais à expliquer. L'objectif de la recherche transnationale est de comprendre* »<sup>3</sup>.

La comparaison consiste en l'analyse de deux ou plusieurs systèmes (ou partie du système) selon un angle d'approche déterminé et un champ d'analyse choisi par l'observateur. Mais la mise en parallèle des différents systèmes ne peut suffire à la réalisation de l'étude. Pour que cette dernière soit menée à son terme et que son résultat soit valable et de qualité, il faut « *repérer leurs différences et trouver une grammaire commune qui permette soit une remise en compatibilité (c'est-à-dire une harmonisation), soit une véritable fusion (une hybridation)* »<sup>4</sup>. Ainsi, la méthode comparative peut avoir une fonction d'intégration, par un travail de synthèse regroupant des éléments de systèmes différents et pourra permettre, dans certains cas l'hybridation, c'est-à-dire, la mixtion de règles d'origine diverses.

L'interprétation est un élément essentiel de la démarche comparative. En effet, il fait partie de l'étude scientifique et permet de déterminer et de saisir les caractéristiques de l'objet d'étude. L'observateur se *re-présente* les bilans de son analyse et ceux-ci devront faire l'objet d'une interprétation déterminée pour que le travail du comparatiste puisse acquérir tout son caractère scientifique. L'interprétation et la *re-présentation* sont nécessaires pour éviter l'« *observation stérile et épiphénoménale des data qui peuvent toujours être décrits à l'infini sans que l'on sache toujours ce qu'ils signifient ni pourquoi ils revêtent tant d'importance pour les autres ou pour nous* »<sup>5</sup>.

Mais la comparaison, même de deux objets précis et limités, ne peut se réduire à une analyse pure et simple de ceux-ci. Le comparatiste doit faire le lien entre le monde de la technique juridique et la réalité dans laquelle elle s'inscrit et dont elle est issue. Il doit intégrer dans l'analyse une diversité d'approches, qu'elles soient historique, culturelle, sociologique, politique,... pour que la comparaison acquière les caractéristiques d'une démarche herméneutique et qu'elle ne soit pas simplement une quête de vérité positive.

Dans les années quatre-vingt, l'analyse sociétale s'est efforcée de dégager des cohérences sociétales propres à chaque pays, conduisant à considérer chacun comme un tout, en accordant une grande importance à l'articulation entre phénomènes micro et macro.

Selon cette vision, la comparabilité ne s'applique pas à des phénomènes (ou à des objets) particuliers comparés terme à terme, mais plutôt à des ensembles de phénomènes qui constituent dans leur interdépendance des *cohérences nationales*, propres à chaque pays. Ce qui importe c'est « *l'analyse des processus d'interdépendance (macro/micro) et des médiations qu'ils impliquent nécessairement* »<sup>6</sup>.

### **- L'attitude de décentration**

La tâche du comparatiste est plurielle et se retrouve tout au long de son travail de recherche et de réflexion. Dès les premiers moments, la démarche comparative oblige son usager à se focaliser sur la première de ces tâches : la décentration. Le comparatiste doit, en prenant le chemin de la comparaison, effectuer l'effort de se séparer de ses *a priori* et de ses préjugés.

<sup>3</sup> A. Przeworski, "Method of Cross-National Research, 1970 1983 : An Overview", *Comparative Policy Research*, Gower Publishing Company, Aldershot, 1970, p. 35.

<sup>4</sup> Mireille Delmas-Marty *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, p. 15.

<sup>5</sup> Francis Afférgan, *La pluralité des mondes*, Paris, Albin Michel, 1997, p.146.

<sup>6</sup> M. Maurice, F. Sellier et J.-J. Sylvestre, *Politique d'éducation et organisation industrielle en France et en Allemagne. Essai d'analyse sociétale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1982, p. 182 cité par Cécile Vigour, *La comparaison dans les science sociales*, Paris, La Découverte, 2005, p. 85.

Ce travail préalable est propre à toute démarche scientifique, mais il est d'autant plus vrai lorsque la démarche adoptée se rapporte à la comparaison. Cet effort est celui du changement de point de vue par rapport à son point de vue ordinaire. L'activité de comparaison est une activité naturelle chez l'Homme, or la tendance naturelle de l'esprit humain est de voir le monde extérieur avec son propre regard, selon une attitude égocentrée. Mais cela empêche de saisir un autre système et de le comprendre. C'est ce que Bachelard définit par la notion d' « *obstacle épistémologique* »<sup>7</sup>. C'est donc en écartant son appartenance à une culture et à une façon de voir ou de penser que le sujet acquiert la capacité de comparer.

Ainsi, pour effectuer une démarche comparative dans le cadre juridique, il faut être capable de voir son propre droit comme *un* droit et non pas comme *le* droit. Il faut effectuer une rupture épistémologique avec le sens commun et avec les évidences dans le but de voir et de construire l'objet neutre de toute influence.

Le juriste doit se libérer de sa condition, appréhender le droit comme un phénomène culturel et pas simplement comme une technique. Les formules juridiques sont issues de choix culturels « *sociétalement* » situées et toute formule technique et sous-tendue par une influence culturelle en déterminant les valeurs.

## 2) Les différentes approches et méthodes de comparaison

Un nombre relativement important d'approches et de méthodes existe et permet de cibler une approche de l'objet d'étude, lorsque le sujet souhaite analyser le phénomène ou l'institution selon un angle d'approche particulier. Béatrice Jaluzot propose une typologie des approches tout à fait claire et intéressante.

La première de ces approches est la méthode descriptive. Celle-ci se limitait à une étude de la loi et a donc été abandonnée du fait du champ d'étude réduit qu'elle offrait. L'approche évolutionniste, liée aux théories darwinistes, a elle aussi disparu puisqu'elle consistait à étudier un système ou une partie de ce système, partant du postulat que les sociétés évoluaient de manière identique.

L'approche conceptuelle a remplacé l'approche descriptive et consiste à étudier des notions ou des institutions de systèmes différents. C'est la méthode la plus utilisée par les auteurs, mais elle comporte de nombreux inconvénients liés à de fausses correspondances entre les notions et entre les éléments qui définissent ces notions.

Pour certains auteurs, la comparaison est utile pour trouver des solutions aux problèmes rencontrés dans son propre système. Ainsi, la démarche comparative ne doit être utilisée qu'en cas de problème à résoudre. Sont donc étudiées les institutions, leur rôle et leurs objectifs. Cette approche est qualifiée de méthode fonctionnelle puisque le sujet compare les seules choses remplissant les mêmes fonctions. Le comparatiste étudie donc la fonction occupée par la norme et sa capacité à remplir sa fonction. Cela implique d'envisager l'objet ainsi que son contexte.

L'approche factuelle a pour but de généraliser des éléments identiques, se rapportant à des situations concrètes, intelligibles par tous, notamment les observateurs. Pour certains auteurs, cette approche est le prolongement de l'approche fonctionnelle. Les données récoltées sont confrontées à des éléments politiques, sociaux et économiques. L'un des inconvénients de cette approche est de n'étudier que des éléments sujets à de possibles convergences, limitant donc, pour certains, le champ du droit comparé.

Enfin, l'approche contextualiste ou culturelle étudie le droit en fonction de facteurs environnementaux tels que l'économie, l'histoire, la politique, ... Le but est de rendre compte

---

<sup>7</sup> Gaston Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, J. Vrin, 1938.

de la complexité du phénomène juridique et ne pas se contenter d'une approche par les seuls textes. Selon les partisans de cette approche, le droit constitue à la fois un élément distinct et inséparable de la vie sociale ; il est à la fois « *mode de discours et pluralité des systèmes normatifs* » qui « *se croisent et sont conflictuels* »<sup>8</sup>. L'accent de cette approche est surtout porté sur le fait que ce sont davantage les problèmes juridiques dans leur contexte qui doivent être étudiés plutôt que les solutions apportées.

A cela, John Stuart Mill ajoute et distingue cinq types de méthodes : la méthode de concordance, la méthode de différence, la méthode unie de concordance et de différence, la méthode des résidus et la méthode des variations concomitantes. La majorité des recherches adoptant la méthode comparative en droit auront tendance à rechercher les points de convergence ou les ressemblances entre systèmes ou règles de droit. D'autres recherchent les divergences dans le droit. Ce courant, adopté par Pierre Legrand, est appelé « *différentialiste* »<sup>9</sup>. L'étude de systèmes considérés comme étrangers voire différents, conduit parfois à découvrir des points de ressemblance ou de rapprochement et apportent des connaissances nouvelles sur les systèmes étrangers et les règles qu'ils ont adopté. Henri Poincaré écrit dans ce sens que « *les faits (...) dignes d'être étudiés sont ceux (...) qui nous révèlent des parentés insoupçonnées entre autres faits, connus depuis longtemps, mais qu'on croyait à tort étrangers les uns aux autres* »<sup>10</sup>.

Le droit a un objectif d'action, de recherche de solutions à travers la comparaison. Cette dernière est caractérisée par une double dimension classificatrice et normative à travers l'identification et l'évaluation des meilleures pratiques.

Tocqueville, déjà, avait souligné les problèmes méthodologiques causés par l'utilisation d'une démarche comparative. D'abord quant à la sélection des cas comparés et ensuite quant à la mise en relation et de rapprochement d'associations comparatives.

Mais la méthode de comparaison se détermine aussi par les enjeux de la comparaison.

## **B) Enjeux et fonctions de la comparaison**

La comparaison peut avoir de multiples enjeux selon la finalité de l'acte de comparaison (1). Elle permet d'abord la connaissance d'un autre système que le système de référence de l'observateur, elle permet ensuite de pouvoir s'inspirer de mécanismes ou de règles appliqués dans le système observé pour améliorer son propre système. Pour cela, elle apporte l'immense avantage d'être un élément subversif quant à la notion de modèle.

Le comparatiste doit enfin se plonger dans l'apprentissage (ou l'affinage) de la compréhension d'une langue étrangère pour être capable de mesurer les significations et la portée d'une notion dans un système étranger (2).

### **1) Les enjeux de la comparaison en droit**

H. C. Gutteridge considère que « *les lois doivent être étudiées à la lumière de leur finalité; qu'il faut aussi s'attacher à considérer leur dynamique plutôt que leurs aspects statiques, qu'il faut déceler leur signification réelle plutôt que rester accroché au relief thématique de*

<sup>8</sup> M. Schlesinger, H.W. Baade, P.E. Herzog and E.M. Wise, *Comparative Law*, 6ème édition, *Cases-Texts-Materials*, Foundation Press, p. 49.

<sup>9</sup> v. Pierre Legrand, *Fragments on Law-as-culture*, W.E.J. Tjeenk Willink, Schoordijk Institute, Deventer, 1999, pp. 10-11, cité par Ruth Sefton-Green, *op. cit.*, p. 86.

<sup>10</sup> Henri Poincaré, *La valeur de la science*, Paris, Flammarion, 1920, cité par Alexandre Marc, *De la méthodologie à la dialectique*, Paris, Presses d'Europe, 1970, p. 12.

*ces lois* »<sup>11</sup>. Suivant cette vision, la comparaison, même d'objets précis, ne peut se départir d'une étude plus large et systémique.

### **- La compréhension des autres systèmes juridiques**

Le droit comparé doit prendre en compte les phénomènes sociaux, culturels et historiques ce qui peut le conduire à *naviguer* perpétuellement entre le général et le particulier<sup>12</sup>. La comparaison peut être qualifiée de dialectique lorsqu'elle se concentre sur l'interconnexion entre des principes généraux et des faits issus de la pratique. En effet, le cadre général est composé de cas particuliers, mais une perspective historique générale ne peut permettre de généraliser un cas particulier pour en faire un modèle général<sup>13</sup>. Le droit comparé permet donc aux juristes d'avoir des perspectives supplémentaires pour une meilleure compréhension du droit en tant que phénomène social<sup>14</sup>. Le droit comparé est donc intimement lié aux études historiques et théoriques du droit, ce qui le rend dépendant des changements propres à toute évolution. Mais, la comparaison dépend aussi du comparatiste dont le regard et l'analyse auront une influence sur le résultat de sa recherche. C'est le cas pour tout observateur et *a fortiori* pour tout chercheur qui analysera en interprétant des données.

### **- Une démarche scientifique à finalité normative**

Le travail de reconstruction que suppose la connaissance d'un droit étranger est une attitude première que doit adopter le comparatiste avant toute comparaison à proprement parler. Pour Marie-Claire Ponthoreau, « *l'assimilation de la comparaison à une directive d'interprétation doit conduire à avoir présent à l'esprit la double fonction reconnue en herméneutique juridique aux méthodes d'interprétation : une fonction heuristique développée dans le "contexte de la découverte" permettant de donner une solution à un problème juridique et une fonction justificative développée dans le "contexte de la justification" permettant de démontrer en la justifiant la validité de la solution retenue* »<sup>15</sup>. C'est cette double fonction qui permettra de formuler les exigences méthodologiques de la comparaison des droits.

L'appréhension d'un autre droit par le juriste peut être influencée par les connaissances acquises de son propre système juridique, nous l'avons dit. En effet, s'il est impossible d'effacer ses connaissances pour que sa perception du droit étranger soit objective, l'apprentissage de ce dernier reste néanmoins extrêmement important. Mais la comparaison reste une activité subjective, par l'évaluation des choix effectués par le comparatiste et par l'interprétation à laquelle il se livre par la détermination des caractéristiques du droit étranger. C'est cette idée qui ressort de la formule de Heidegger selon laquelle : « *le sens est ce sur*

---

<sup>11</sup> H. C. Gutteridge, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, oct. 1946 cité par Béatrice Jaluzot, « Méthodologie du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2005 n°1, p. 40.

<sup>12</sup> v. George Mousourakis, « Toward a Comparative Theory of Legal Change », *Kansai University Review of Law and Politics*, march 2006, n°27, p. 56.

<sup>13</sup> v. Georges Mousourakis, *idem*.

<sup>14</sup> « *Comme les lois civiles dépendent des lois politiques, parce que c'est toujours pour une société qu'elles sont faites, il serait bon que quand on veut porter une loi civile d'une nation chez une autre, on examinât si elles ont toutes les mêmes institutions, et le même droit politique* », Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXIX, chap. 13.

<sup>15</sup> Marie-Claire Ponthoreau, « Le droit comparé en question(s), entre pragmatisme et outil épistémologique », *Revue internationale de droit comparé*, 2005, p.11.

*quoi ouvre la projection structurée par les préalables d'acquis, de visée et de saisie et en fonction de quoi quelque chose est susceptible d'être entendu comme quelque chose »<sup>16</sup>.*

Lorsque la comparaison a une finalité législative, la méthode retenue est la plupart du temps la même. Elle consiste à juxtaposer des règles et rechercher les ressemblances pour trouver un dénominateur commun. Les personnes chargées de ce travail ne sont en général pas des comparatistes mais des personnes chargées d'élaborer la règle de droit. La comparaison ne sert ainsi qu'à orienter le législateur qui s'inspire des solutions des systèmes étrangers. Le législateur ne pourra raisonnablement se livrer à un travail d'imitation, trop simpliste et insuffisant pour une importation et une modification du droit interne. L'imitation ne peut amener intégration si elle ne s'accompagne pas d'une adaptation. Cette adaptation peut soit consister en l'ajustement d'une partie du système de réception à l'élément importé, soit en l'adaptation de l'élément importé pour que le système de réception « accepte » la greffe<sup>17</sup>.

Le droit comparé peut donc avoir un rôle important dans la production normative. Selon Otto Pfersmann, le droit comparé établit une double responsabilité morale du législateur : « *il est moralement irresponsable de ne pas étudier les structures juridiques possibles et il est irresponsable de ne pas tenir compte des résultats de ces analyses* »<sup>18</sup>.

La meilleure connaissance des modèles peut être considérée comme un but de la comparaison.

#### **- Un instrument subversif quant à la notion de modèle**

La comparaison peut également être vue comme un instrument de subversion. En effet, elle peut permettre de lutter contre le dogmatisme, l'ethnocentrisme ou les stéréotypes. Horatia Muir Watt explique dans ce sens que le « *potentiel subversif du droit comparé permet de révéler la richesse cachée d'un système juridique derrière une apparence réductrice pour dénoncer la partialité du discours positif* »<sup>19</sup>. La comparaison permet donc de développer une alternative de pensée différente de celle proposée par le positivisme et de révéler une vérité qui serait cachée derrière la dogmatique.

Le lien entre la comparaison et la logique contestataire est manifeste en Italie. Pier-Giuseppe Monateri considère que le droit comparé s'est développé en Italie, grâce aux travaux de Cappelletti, en réaction contre le positivisme légaliste<sup>20</sup>.

Mais, la comparaison apporte surtout l'avantage de mieux se connaître. En conduisant à avoir un regard sur l'autre, c'est-à-dire un système différent, la comparaison conduit à porter sur soi un regard exocentré. Le regard que porte le comparatiste sur l'autre lui permet de saisir des réalités qu'il n'avait pas encore perçues sur son propre système. Rodolfo Sacco considère que cette faculté de la comparaison à avoir un autre regard sur soi-même est un des plus importants atouts de la comparaison<sup>21</sup>.

La comparaison, en conduisant à avoir un regard sur un système étranger et un nouveau regard sur son propre système, permet de considérer que l'action comparative n'est pas

<sup>16</sup> Martin Heidegger, *Etre et temps*, Paris, Gallimard, 1951, p.197.

<sup>17</sup> pour la seconde hypothèse voir Xavier Blanc-Jouvan, "L'influence du code civil sur les codifications étrangères récentes", in *Le code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, Litec 2004, p. 477.

<sup>18</sup> Otto Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, 2001-2, p.287.

<sup>19</sup> Horatia Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, n°3, p. 509.

<sup>20</sup> Voir Pier-Giuseppe Monateri, « Critique et différence : le droit comparé en Italie », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 992.

<sup>21</sup> Voir Rodolfo Sacco, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 106.

uniquement une recherche de similitudes dans une finalité mimétique. Elle est également la considération de différences, de séparations et de l'acceptation de choix différents.

## 2) La compréhension d'une langue étrangère

Le travail de comparaison présente également une difficulté fondamentale : la langue utilisée. L'étude d'un système étranger ne peut se soustraire à la juste compréhension de termes utilisés dans le système étranger. Alors, soit l'étude ne repose que sur des références qui ont déjà fait l'objet de traduction, et dans ce cas, l'observateur doit se fier à la traduction, soit décider de lire en langue étrangère. Dans le premier cas, des risques de mauvaise traduction sont à envisager et le travail ne repose que sur le travail et la qualité de travail du traducteur. Dans le second, le travail est plus lourd, mais il permet à l'observateur du système étranger d'être maître de la compréhension du système étudié.

Ce problème est d'autant plus important lorsque l'observateur travaille dans un domaine spécifique, comme le droit, car le langage juridique n'est généralement pas identique au langage courant. Bernhard Bergmans explique que la langue juridique est une langue particulière, précise et spécifique. Elle s'exprime dans un style particulier, en utilisant une terminologie propre<sup>22</sup> du fait de l'imprécision du langage courant. Il est à noter que si le langage juridique est largement composé de mots du langage courant, ceux-ci recouvrent une signification particulière et technique, donc plus étroite. Selon José Ortega y Gasset, une langue est un système de signes linguistiques servant aux hommes de moyen de communication qui ne nécessite pas de convention préalable à la différence d'une terminologie qui n'est compréhensible que si la personne qui émet ces signes et le récepteur de ces derniers s'entendent sur le sens des différents signes<sup>23</sup>.

Lors de l'exercice de traduction, il peut exister un degré d'exactitude concernant la définition ou la transposition d'un terme du fait de l'existence ou non et de la conceptualisation du terme traduit dans le langage de réception (ou de référence). Ce degré d'exactitude propre à toute science liée à l'activité humaine doit être pris en compte par l'utilisateur de l'activité traduisante et l'utilisateur du résultat de cette activité. Ainsi pour Bernhard Bergmans, « *le droit comparé est essentiellement une méthode d'étude et de comparaison des droits étrangers ; l'enseignement d'une terminologie juridique étrangère doit pouvoir constituer un mode d'approche, sinon d'apprentissage du droit comparé* »<sup>24</sup>. Rodolfo Sacco complète cette vision en écrivant que, « *the real difficulties of translation arise when the relationship between word and concept is not identical in different legal languages* »<sup>25</sup>. Il résulte de cela que l'information livrée par le résultat de la traduction, ne doit être perçue que comme un outil et non un produit fini. David J. Gerber souligne en parlant des outils de traduction, que « *(...) they should be shaped according to the uses to which they are to be put* »<sup>26</sup>.

L'information peut donc permettre d'analyser des séries d'informations, de manière également à comprendre la teneur de chaque information pour ensuite réunir toutes les informations et s'en servir d'outils d'interprétation. Il en résulte que « *la première fonction de*

<sup>22</sup> Bernhard Bergmans, « L'enseignement d'une terminologie juridique étrangère comme mode d'approche du droit comparé : l'exercice de l'allemand », *Revue internationale de droit comparé*, 1987, n°1, p. 90.

<sup>23</sup> José Ortega y Gasset, *Elend und Glanz der Übersetzung* (4, Aufl.), Munich, Langerwiesche-Brandt, 1964, p.17, cité par Bernahrd Bergmans, *op. cit.*, p. 90.

<sup>24</sup> Bernhard Bergmans, *ibid.*, p. 92.

<sup>25</sup> « *la véritable difficulté de la traduction vient de la relation entre le mot et le concept quand elle n'est pas identique dans des langues différentes* » Rodolfo Sacco, « Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law », *The American Journal of Comparative Law*, 1991, n°39, p. 14.

<sup>26</sup> « *(les outils) sont formés en fonction de l'utilisation que l'on veut en faire* », v. David J. Gerber, « Globalization and Legal Knowledge : Implications for Comparative Law », *Tulane Law Review*, 2001, vol.75, p. 960.

*l'outil est donc de déterminer des modèles de conduite, de signification et de communication »<sup>27</sup>, leurs influences sur leur environnement.*

## **II L'absence de construction de comparabilité : les risques d'égarement du comparatiste**

Plusieurs études ont prouvé, de par le manque de pertinence de leurs résultats et des méthodes de comparaison que certaines démarches et certaines attitudes comparatives devaient être évitées pour que le comparatiste évite toute erreur dans la construction de sa démarche et qu'il échappe aux possibles égarements en résultant.

Pour illustrer cela, nous prendrons deux exemples pour lesquels un acte de comparaison *non construit* peut conduire à des erreurs d'interprétation. C'est d'abord par l'exemple de la notion de cumul des mandats que nous verrons qu'une comparaison doit prendre en compte l'analyse du système dans lequel le cumul s'applique selon les cas pour éviter le fourvoisement du résultat (A). Nous analyserons ensuite la notion de souveraineté dans les conceptions anglo-saxonne et européenne continentale pour montrer que pour pouvoir comparer cette même notion dans des systèmes différents, il est nécessaire de procéder à un travail préalable de construction de la comparabilité (B).

### **A) Le fourvoisement du résultat par l'exemple du cumul des mandats**

L'exemple du cumul des mandats est on ne peut plus caractéristique de la complexité du phénomène de comparaison. Nous baserons notre analyse sur les travaux de Michel Clapié sur la question de la difficulté de la comparabilité de la notion de cumul des mandats<sup>28</sup>.

Pour définir la notion de cumul des mandats, il convient d'abord de distinguer plusieurs types de cumul. Le cumul vertical de différents mandats publics consiste pour un élu en la détention simultanée de deux ou plusieurs mandats de niveaux différents<sup>29</sup>. Cela concerne l'exercice de compétences de souveraineté au niveau national et de compétences administratives au niveau local. Le cumul oblique, concerne un ou plusieurs mandats électifs locaux ou nationaux et une fonction ministérielle.

La volonté de s'inspirer des solutions adoptées dans des systèmes étrangers pour modifier la situation en France comporte de réels dangers. La difficulté résulte du fait que l'analyse des règles mises en place dans d'autres pays ne doit pas se contenter d'une étude des normes adoptées. L'analyse doit porter également sur le système et le régime politiques du système étudié car il existe des applications variables et contradictoires selon les systèmes (1). En effet, il existe des réglementations difficilement comparables et non transposables en fonction des systèmes étudiés (2).

### **1) Des applications variables et contradictoires**

---

<sup>27</sup> David J. Gerber, *idem.*

<sup>28</sup> Michel Clapié, « Les leçons de l'étranger : approche comparative », in Centre de recherches et d'études administratives de Montpellier, *Le cumul des mandats et des fonctions*, Paris, La documentation française, 1998, pp. 89-101.

<sup>29</sup> Jean-Claude Masclet, *Droit électoral*, coll. « Droit public », Paris, PUF, 1989, p.141.

Le phénomène du cumul des mandats a des origines différentes selon les pays. Selon Michel Clapié, ce phénomène est soit spontané, soit réglementé<sup>30</sup>.

Il est spontané au Royaume-Uni et résulte d'une coutume. La pratique constitutionnelle interdit qu'un membre d'un conseil municipal, d'un conseil de district ou d'un conseil de comté siège en même temps à la Chambre des communes. Cette règle concerne les titulaires d'une fonction exécutive ou les détenteurs d'un mandat dans une assemblée délibérative. Mais elle ne s'applique pas aux membres de la Chambre des Lords qui ne sont pas élus.

En Allemagne, le cumul entre une fonction ou un mandat local et un mandat parlementaire national est généralement évité du fait du respect d'un usage. Ainsi les titulaires d'un mandat local, lorsqu'ils obtiennent un mandat parlementaire, se délestent de leur fonction locale. Cela se vérifie pour les conseils municipaux ou pour les conseils d'arrondissement. Ainsi, malgré le fait qu'il soit possible de détenir un mandat fédéral au *Bundestag* et un mandat local à la Diète, cela ne se fait que très rarement. Concernant le *Bundesrat*, la Constitution de certains *länder* interdit l'appartenance aussi à la Diète. La législation allemande rend incompatibles les fonctions de ministre fédéral et de ministre de *land*<sup>31</sup>.

En Espagne, le cumul est également rarement existant. Il existe cependant une exception concernant un mandat local et un mandat national au Congrès. Mais, il convient d'indiquer que le non-cumul des mandats ne se retrouve pas toujours au Sénat. Les sénateurs détiennent en effet souvent un mandat local.

Ce phénomène est néanmoins réglementé dans d'autres cas. L'article 67 de la Constitution espagnole interdit de cumuler un mandat de député et de sénateur. Il interdit aussi de « cumuler le siège de membre d'une assemblée d'une communauté autonome avec celui de député au Congrès ». En ce qui concerne le non-cumul d'une fonction ou d'un mandat local avec une fonction ministérielle, la Constitution, à son article 98-3, interdit implicitement le cumul. Cela est précisé dans une loi du 26 décembre 1993.

En Italie, l'article 122 § 2 de la Constitution empêche de détenir simultanément un mandat de conseiller régional et un mandat de parlementaire. Mais concernant une fonction ministérielle, seul est interdit le cumul avec le mandat de conseiller régional.

Il en est de même au Portugal, où les cumuls ne sont pas limités sauf pour une fonction ministérielle et pour le mandat de membre d'une assemblée régionale.

En Belgique, il est tout à fait possible pour un ministre d'appartenir également à un conseil municipal alors que cela lui est impossible s'il est membre d'une assemblée régionale ou à une communauté.

Aux Etats-Unis, c'est la jurisprudence qui a établi les règles dans ce domaine. L'article 1 section 6 de la Constitution fédérative interdit à un membre du Congrès de cumuler un mandat fédéral avec une fonction civile. Mais elle n'interdit pas formellement à un membre du Congrès de détenir un mandat local. Les membres du Congrès ont toujours manifesté leur aversion pour le cumul d'un mandat au Congrès avec celui de gouverneur ou de membre

---

<sup>30</sup> v. pour cette sous-partie, l'étude du CREAM sur *Le cumul des mandats et des fonctions*, Paris, La Documentation française, 1998.

<sup>31</sup> loi du 27 juillet 1991.

d'une assemblée d'un Etat fédéré. Confirmant cette volonté, plusieurs Etats ont adopté des lois interdisant ce cumul.

Malgré les textes ou les coutumes politiques régissant la situation de cumul de mandats, il est fréquent de retrouver dans la pratique, des solutions paradoxales. Cela tient au fait que le cumul est imposé, ou bien à ce que l'incompatibilité entre mandats et fonctions n'est pas respectée sans que cela induise une situation de cumul. Cela peut enfin résulter de cas spéciaux comme les particularités françaises.

Le cas français est quant à lui, particulièrement paradoxal, comme le note Michel Clapié<sup>32</sup>.

Le nombre d'incompatibilités avec des fonctions publiques ou des activités privées frappant les parlementaires est le plus élevé de la plupart des pays analysés dans cette étude. Pourtant, c'est aussi en France que le nombre de cumuls verticaux entre un mandat parlementaire national et un ou plusieurs mandats locaux est le plus élevé.

Une singularité est aussi perceptible au niveau de la fréquence du cumul vertical entre un mandat parlementaire et la fonction de maire, c'est-à-dire d'exécutif local. D'un point de vue européen, une tendance générale fait de la fonction de maire une fonction honorifique. En effet, celui-ci n'est pas le chef de l'exécutif. Cela diffère ainsi largement du cas français.

Le système français est donc très singulier par rapport au cadre de ses voisins européens. Toute comparaison simple est impossible. Il est ainsi déraisonnable de rechercher à transposer les règles en place dans d'autres systèmes car la réglementation est déterminée par l'environnement politique, historique et social. Chaque système a donc trouvé les règles qui convenaient à sa culture et pour envisager une comparaison, cet environnement doit être pris en compte pour mesurer les effets d'une transposition dans notre propre système.

## **2) Des comparaisons compliquées et difficiles**

Trouver un angle d'approche à l'ensemble des réglementations en vigueur semble être une tâche ardue. Les hypothèses les plus sensées seraient l'impossibilité de cumul d'un mandat local et d'un mandat parlementaire. Mais pour les autres types d'interdiction, la comparaison reste peu envisageable.

Les traditions politiques sont spécifiques à chaque Etat. La notion de République en France, par exemple, par la mise en avant de l'individu et la crainte du communautarisme, mettant en exergue l'échelon national par rapport au local, sont bien loin de la conception anglo-saxonne de la démocratie, que ce soit en Grande-Bretagne ou encore plus aux Etats-Unis, où les communautés sont protégées et respectées en tant qu'éléments originels dans la création de l'Etat et où l'échelon local est prééminent.

Il semble donc tout à fait inconcevable encore aujourd'hui, de prétendre comparer sans adopter une attitude de comparatiste, de chercher des références étrangères pour trouver des solutions à des problèmes internes en réduisant le cas étranger à un principe ou une règle sans considérer que celui-ci ou celle-ci fait partie d'une situation bien plus large, d'un phénomène bien plus étendu que sa simple application. Une règle ou un principe sont issus d'une culture

---

<sup>32</sup> Michel Clapié, « Les leçons de l'étranger : approche comparative », in Centre de recherches et d'études administratives de Montpellier, *Le cumul des mandats et des fonctions*, Paris, La documentation française, 1998, pp. 95-96.

propre, d'une conception politique et juridique propre, produits d'une histoire et de traditions, voire de coutumes dans certains cas. Comprendre ceci, amène obligatoirement à considérer un principe en tant que produit d'un phénomène culturel et pas comme une simple règle applicable et transposable par le simple fait d'une imitation triviale et grossière.

### **B) La difficulté de compréhension par l'absence de référent correspondant : la différence originelle de conception de la souveraineté**

Lorsqu'un observateur européen (continental) souhaite étudier la notion de souveraineté, notamment dans les systèmes anglo-saxons, il doit éviter le premier piège qui se présente à lui qui consiste à considérer que la souveraineté s'entend de la même façon dans les systèmes européens continentaux et les systèmes de culture anglo-saxonne. Il faut donc que le comparatiste s'attache à rechercher les racines de la souveraineté et donc en partie la notion d'Etat qui diffère selon les deux cultures (1). Cette analyse conduit ensuite à considérer que la notion de souveraineté ne recouvre pas le même sens dans la culture européenne continentale et dans la culture anglo-saxonne et notamment nord-américaine (2).

#### **1) La conception de l'Etat dans les visions anglo-saxonne et européenne**

Le concept de souveraineté s'est construit en Europe à partir du XVIème siècle. Jean Bodin en a été l'un des premiers et des plus illustres théoriciens. La souveraineté garde aujourd'hui, la même idée qu'aux XVIème et XVIIème siècles. Elle garde notamment un double visage, c'est-à-dire un aspect interne et un aspect externe.

La souveraineté, d'un point de vue interne, implique que l'Etat précise lui-même les limites de sa compétence mais également de la compétence des entités et des personnes qui le composent. Juridiquement, les organes de l'Etat seront donc compétents pour trancher un litige relatif à un conflit de compétences qui opposerait une entité et l'Etat lui-même. La souveraineté permet enfin à l'Etat de modifier son champ de compétence et celui de chaque entité qui le compose.

D'un point de vue externe, la souveraineté se rapporte aux actes qu'un souverain peut réaliser en dehors de ses frontières. Elle relève également des relations induites ou provoquées avec les autres souverains. Selon cette conception issue de la pensée de Bodin, la souveraineté s'exprime, se traduit et se manifeste au moyen d'un levier : la loi. Elle est le caractère fondamental de la souveraineté et comme l'écrit Bodin elle en incarne sa manifestation matérielle.

Pour Bodin, « *la souveraineté ne trouve pas sa légitimité dans l'Etat, mais est un attribut personnel du roi. Il la représente et l'exprime seul* »<sup>33</sup>. Bodin est un théoricien de la puissance royale et pas simplement de l'Etat. Il va dépersonnaliser la souveraineté au XVIème siècle ce qui constituait un véritable danger. Danger qui était de voir déplacer la souveraineté non pas vers l'Etat, mais vers le peuple. Il définit alors la souveraineté comme l'autorité d'un Etat dans lequel le roi agit dans le Bien commun et pour les droits et libertés des individus. Ce n'est donc pas une autorité propre d'un homme. Bodin va définir la souveraineté comme « *la puissance absolue et perpétuelle d'une République* » et la voit ainsi, pour Georges Burdeau, comme « *un pouvoir de coordination nécessaire à la vie commune et trouvant, par*

---

<sup>33</sup> Georges Burdeau, *op. cit.*, p. 216, Althusius pense le contraire, voir *Politica* IX, 21

*conséquent, sa justification dans la règle de vie de la communauté* »<sup>34</sup>. Bodin assimile donc la souveraineté avec la personne du roi simplement car le Roi incarne l'Etat, à cette époque.

Mais cette conception de la souveraineté construite par Jean Bodin doit être replacée dans son contexte pour être bien saisie et pour comprendre les raisons d'une telle définition.

Il convient de souligner que la notion de souveraineté a vu sa définition construite sous l'influence de trois raisons fondamentales selon Georges Burdeau : d'abord pour « *affirmer l'indépendance de la royauté à l'égard du pape* »<sup>35</sup>, ensuite pour empêcher toute subordination des rois au Saint-Empire et enfin, étendre le pouvoir du roi sur l'ensemble du royaume et outrepasser le pouvoir des seigneurs locaux.

Mais Bodin démontra ensuite que la souveraineté, même s'il appartenait au roi de l'incarner, était indubitablement une propriété fondamentale de l'Etat. Cette évolution de la notion de souveraineté s'est accompagnée d'une évolution parallèle de son contenu, ce qui a entraîné l'intégration logique, dans sa consistance, de l'ensemble des pouvoirs de la puissance étatique. La souveraineté a donc réuni, dans la signification de ses prérogatives, le pouvoir de faire des lois, celui de rendre la justice en dernier ressort, ou de déclarer la guerre et décider de la paix, par exemple.

Au-delà de la définition théorique de la souveraineté, Bodin va apporter des éléments pratiques et concrets, adossant désormais la souveraineté au pouvoir de faire la loi. Le droit de prendre des mesures découlant de l'obligation d'agir en vue de l'intérêt général implique le pouvoir d'édicter des normes, pour les gouvernants. Ces normes qui, de par leur objectif, définissent l'organisation d'une population, doivent avoir un statut particulier au sein des différentes règles existantes et une supériorité en tant que compétences étatiques. Ces normes sont la Loi. Pour Burdeau, « *c'est donc, en définitive, au pouvoir de faire et d'abroger la loi que se réduisent tous les attributs de la souveraineté* ». Pour aller dans ce même sens, Bodin écrit que « *sous cette même puissance de donner et de casser la loi sont compris tous les autres droits et marques de la souveraineté. De sorte qu'à proprement parler, on peut dire qu'il n'y a que cette seule marque de la souveraineté, attendu que toutes les autres sont contenues dans celle-là...* »<sup>36</sup>.

La loi va donc apparaître comme le caractère essentiel de la souveraineté. Elle sera la manifestation de la volonté du souverain et de l'Etat.

Mais c'est bien en 1776, avec la Déclaration d'Indépendance américaine que la souveraineté va recouvrir une autre signification puisque celle-ci va reconnaître que les colonies unies seront des Etats libres et indépendants et que tout lien politique avec la Grande-Bretagne est dissolu, laissant le pouvoir aux Etats de déclarer et de faire la guerre, conclure la paix, faire des alliances avec d'autres Etats et faire tout ce qu'un Etat indépendant peut faire<sup>37</sup>. Ainsi les trois caractères propres de la souveraineté sont explicitement présents dans ce texte. Premièrement, l'idée d'*indépendance*. Elle se traduit par le pouvoir de non-subordination vis-à-vis d'une quelconque entité étrangère. Aucun autre pouvoir ne peut alors agir sur un

<sup>34</sup> pour les deux citations, Georges Burdeau, *ibid.*, p. 217, note 110.

<sup>35</sup> Georges Burdeau, *Idem*.

<sup>36</sup> Jean Bodin, *La République*, Livre I, chapitre X, cité par Georges Burdeau, *ibid.*, p.220.

<sup>37</sup> « *We, therefore, the Representatives of the united States of America, in General Congress, Assembled, appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions, do, in the Name, and by Authority of the good People of these Colonies, solemnly publish and declare, That these united Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States, that they are Absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain, is and ought to be totally dissolved; and that as Free and Independent States, they have full Power to levy War, conclude Peace, contract Alliances, establish Commerce, and to do all other Acts and Things which Independent States may of right do.* », *American Declaration of Independence*, 4th of July, 1776.

territoire souverain. Deuxièmement, le fait de *pouvoir déclarer la guerre ou de signer la paix* fait partie de la notion de souveraineté. Troisièmement, la *capacité de signer des alliances ou des accords avec d'autres Etats souverains*, c'est-à-dire au-delà du territoire national.

Il va donc en résulter la déclaration de volonté de sécession de treize Etats de la Fédération étasunienne en 1860 et 1861. Ce pouvoir de se séparer des Etats-Unis d'Amérique ainsi que de former les Etats Confédérés d'Amérique sera une véritable marque de souveraineté<sup>38</sup>.

### **- La conception de l'Etat dans la vision anglo-saxonne**

La conception de l'Etat dans la culture anglo-saxonne est radicalement différente de celle qui existe dans la culture européenne continentale. Cela est d'autant plus important que la notion d'Etat est à la base de la conception de la souveraineté. Ainsi, selon les conceptions de l'Etat, la souveraineté ne portera pas la même signification.

Selon Michael Keating, « *pour les européens, il existe une différence entre la vision britannique qui a voulu de ne pas considérer l'Etat dans les analyses de politique intérieure, comme aux Etats-Unis, et une vision continentale qui a élevé l'Etat au rang de notion mystique* »<sup>39</sup>. Pour les Etats-Unis, dès 1968, J. P. Nettl écrivait que « *le concept d'Etat n'est pas vraiment à la mode* » et que « *le problème de la souveraineté est, pour les chercheurs en sciences sociales, un échec* »<sup>40</sup>. L'Etat n'a donc jamais revêtu le même caractère que pour les penseurs européens, malgré ce que ces derniers ont pu penser. Michael Keating explique « *it is as though the state was not there, although the 1980s saw a rather extraordinary (to European eyes) debate about "bringing the state back in" to analysis* »<sup>41</sup>. Cela s'explique aussi par le fait qu'au début du XX<sup>ème</sup> siècle, l'Angleterre, centre de l'ancien empire britannique, est l'anti-modèle de l'Etat par excellence et diffère largement des Etats européens. Heinz Lubasz écrit à ce propos, que « *it is to a great extent because of these peculiarities that, in the modern period also, the English Monarchy – one hardly dare speak of "the English state" – has followed a path that diverges from the european norm* »<sup>42</sup>. Selon J. P. Nettl, il existe une différence importante entre les notions de souveraineté et d'Etat dans la logique anglo-saxonne. De même, le lien logique entre les deux n'est pas si établi que cela, notamment dans la perception des deux notions en Amérique, par rapport à la vision européenne et traditionnelle. Cette dernière vision se définissait en fonction des mises en œuvre pratique de la souveraineté, en fonction du cadre qui l'accompagnait, c'est-à-dire celui de l'Etat-nation.

La conception de l'Etat ne suit donc pas la logique de la souveraineté du fait de la différence de conception de l'Etat en Europe et aux Etats-Unis ou en Angleterre. La conception européenne était construite par les penseurs et théoriciens en histoire et en philosophie. En Angleterre, la conception de la souveraineté s'est construite par identification au pouvoir

<sup>38</sup> Il s'agit de rappeler que les treize Etats que sont la Caroline du Sud, le Mississippi, la Floride, l'Alabama, la Georgie, La Louisiane, le Texas, la Virginie, l'Arkansas, la Caroline du Nord, le Tennessee, le Missouri et le Kentucky ont réintégré les Etats-Unis d'Amérique dès 1865.

<sup>39</sup> « *Among European scholars there is a division between the British, who have tended, like Americans, to assume the state away in analysis of domestic politics, and continentals who have elevated it to a mystical status* » Michael Keating, « Sovereignty and Plurinational Democracy : Problems in Political Science », in Neil Walker, *Sovereignty in Transition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p.193.

<sup>40</sup> J. P. Nettl, "The State as a Conceptual Variable," *World Politics*, Vol. 20, No. 4, 1968 (July), p. 559 et 560.

<sup>41</sup> « *c'est comme si l'Etat était absent, cependant les années 80 ont vu naître un débat extraordinaire (dans une perspective européenne) qui réinstaura l'analyse de l'Etat dans les recherches* », Michael Keating, op cit., p.193.

<sup>42</sup> « *C'est véritablement à cause de ces spécificités, qu'à l'époque moderne aussi, que la monarchie anglaise – peu de gens osent l'appeler "l'Etat anglais" – a suivi une vision différente de la conception européenne* » (traduit par nous) Heinz Lubasz, *The Development of the Modern State*, New York and London, 1964, introduction, 6, cité par J. P. Nettl, *ibid.*, p.562.

royal, ce qui fait dire à J. P. Nettl : « *while on the European continent this did take place in the thinking of philosophers in politics and history, it did not do so in England or the United States. In England, the intellectual tradition identified sovereignty with a particular institution – Crown, then Crown in Parliament – mediated in more democratic times by the intervention of elections at least once every five years* »<sup>43</sup>.

La difficulté résulte du fait que l'Etat n'a pas toujours la même portée. En France ou en Italie, l'Etat implique un domaine d'action autonome, parallèle à d'autres domaines comme le domaine économique ou religieux. Il est fortement lié aux idées de suprématie et de hiérarchie suprême. En Angleterre, il serait difficile de trouver une définition sur laquelle il existerait un accord unanime alors qu'aux Etats-Unis, le mot a un sens totalement différent et contraire au sens européen, désignant le domaine résiduel d'un gouvernement régional. De plus, l'Etat aux Etats-Unis, désigne les Etats membres et non le gouvernement central, dénommé la plupart du temps « *United States* »<sup>44</sup>. Cela démontre bien la forte différence de conception de l'Etat dans la vision européenne et les visions anglo-saxonne et étasunienne.

Une illustration de la différence de conception de la notion d'Etat dans les pays de tradition « *européenne* » et les pays de tradition anglo-saxonne se caractérise par son usage commun en anglais. Il est fortement lié à la notion d'« *Etat-providence* », qui a un caractère assez péjoratif dans le monde anglo-saxon<sup>45</sup>. Son emploi est donc réduit au domaine économique.

L'importance et la forte présence de l'administration dans les pays de tradition européenne ne se retrouvent pas aux Etats-Unis, par exemple, où ces fonctions sont remplies à la fois par les institutions et des organismes privés.

Il ressort de ce paragraphe que le fait que l'Etat ne soit pas entendu de la même manière et qu'il n'ait pas les mêmes conséquences pratiques, pose la question de la souveraineté en des termes également différents. Clarifier les différences constitue donc une condition nécessaire pour tenter de percevoir la réalité de la dimension cachée, celle du sens malgré la similitude lexicale du terme .

### **- Variation de la notion d'Etat et ses conséquences sur les différences de conception de la souveraineté**

Selon J. P. Nettl, la tradition intellectuelle étasunienne a été de nier l'existence de la souveraineté<sup>46</sup>. En pratique, seul le droit est souverain et seule la fonction de la souveraineté peut être réalisée et institutionnalisée par la loi. Cela dénote bien que les différents types de souveraineté selon les structures.

#### **- La souveraineté aux Etats-Unis dans les premières réflexions**

Pour défendre l'idée d'une souveraineté aux Etats-Unis, l'une des voies les plus suivies et qui garde à nos yeux une légitimité et une validité importantes, sera la justification d'une

---

<sup>43</sup> « *alors que sur le continent européen cela faisait partie du raisonnement des chercheurs en science politique et en histoire, ce n'était pas le cas en Angleterre et aux Etats-Unis. En Angleterre, la pensée traditionnelle identifiait la souveraineté à une institution particulière – la Couronne et le pouvoir royal au Parlement – adapté à l'époque démocratique par la mise en place d'élections au moins tous les cinq ans* » (traduit par nous), J. P. Nettl, *op. cit.*, p. 573

<sup>44</sup> voir J. P. Nettl, *ibid.*, p. 578.

<sup>45</sup> « *[...] the only common usage in english of the word "state" is in connection with the concept of welfare state [...] that has slightly pejorative or at least ironica overtones* » J. P. Nettl, *ibid.*, p. 577.

<sup>46</sup> voir J. P. Nettl, *ibid.*, p. 574.

souveraineté appartenant au peuple. C'est dès les premiers moments que les Etats-Unis vont se poser la question de la souveraineté et de son détenteur qu'est le peuple.

Quelques temps avant la Guerre d'Indépendance, lors des premiers différends entre la Grande-Bretagne et les colonies américaines, le peuple américain considérait que si le Parlement anglais détenait le pouvoir législatif suprême en ce qui concernait les affaires dites « *externes* » comme le commerce, il en était totalement différent des affaires « *internes* » de chaque colonie. Ces affaires étaient du ressort des législatures locales et que la souveraineté était alors divisée entre les législatures impériale et locales ; les deux étaient des autorités suprêmes et ultimes, c'est-à-dire ayant l'autorité finale, dans leurs domaines respectifs<sup>47</sup>.

Mais dès 1770, le peuple étasunien considéra que l'Angleterre ne devait pouvoir avoir une quelconque influence sur le sol étasunien et que la souveraineté ne devait appartenir qu'aux seules législatures étasuniennes. La Confédération américaine, par la suite, reconnaissait que les Etats conservaient toute leur souveraineté, mais conférait des pouvoirs limités au Congrès<sup>48</sup>. L'idée commença donc à se répandre dans la population : la souveraineté appartenait au peuple. Mais il fut admis et reconnu pour finir que la Constitution ne divisait pas la souveraineté qui continuait à reposer sur le peuple, mais plutôt les pouvoirs entre les gouvernements national et des Etats membres. Cela signifie donc que la souveraineté appartient au peuple mais que son exercice est divisé entre plusieurs entités, que ce soient des ordres de gouvernement ou des organes. Cette vision, attribuée à James Wilson, fut à la base de la conception fédéraliste<sup>49</sup>.

De nombreux auteurs et juges de la Cour suprême américains ont été de fervents défenseurs de la théorie de la souveraineté populaire.

James Madison va défendre l'idée d'une souveraineté appartenant au peuple, mais pouvant être divisée entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des Etats, même si l'il n'adhère pas à la théorie de la souveraineté dualiste. Il va donc considérer qu'en respectant l'idée d'une entité supérieure détentrice de la souveraineté gouvernementale, il est concevable d'envisager une division de la souveraineté entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des Etats. Néanmoins, il semblerait que Madison n'envisage un partage de souveraineté que pour une souveraineté déléguée. Il écrira dans un échange épistolaire que « *la souveraineté déléguée est divisée entre le gouvernement fédéral et les gouvernements d'Etats* »<sup>50</sup>. Il considèrera alors que la souveraineté ne réside pas dans un Etat, mais bien dans le peuple, même si l'Etat fait partie d'une union d'Etats régis par une constitution. Principal défenseur d'une souveraineté divisée, il considérait que la Constitution étasunienne reposait sur deux piliers : le peuple et les Etats. Il écrit à propos de la souveraineté du peuple : « *the supreme power, that is, the sovereignty of the people of the States, was in its nature divisible, and was in fact divided [...] as the States, in their highest sovereign character, were competent to surrender the whole sovereignty and form themselves into a consolidated State, so they might surrender a part and*

<sup>47</sup> voir Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, enlarged ed., Cambridge Massachusetts, Belknap Press of Harvard University Press, 1992, p. 216 cité par Jeffrey Goldsworthy, *op. cit.*, p. 425.

<sup>48</sup> « *Each state retains its sovereignty, freedom and independence, and every power, jurisdiction, and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled* », Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1969, p. 358 cité par Jeffrey Goldsworthy, *ibid.*, p. 426.

<sup>49</sup> voir Gordon S. Wood, *op. cit.*, p. 530, cité par Jeffrey Goldsworthy, *ibid.*, p. 428.

<sup>50</sup> Lettre à Thomas Ritchie, 18 décembre 1825 citée in James Morton Smith (ed.), *The Republic of Letters : The Correspondance between Thomas Jefferson and James Madison, 1776-1826*, N.Y. & Londres, W.W. Norton & Co., 1995, vol.3, pp. 1949-1951 cité par Jean-Philippe Feldman, *op. cit.*, p.95.

*retain, as they have done, the other part* »<sup>51</sup>. Madison soutient que si l'on conçoit que la souveraineté est indivisible, « *the political system of the United States is a chimera, mocking the vain pretention of human wisdom* »<sup>52</sup>. Pour celui-ci, la Constitution est une convention, un contrat entre les peuples souverains et les différents Etats membres et la seule manière d'éviter que ces peuples ne conservent leur souveraineté ainsi que de se retirer de la convention, est d'attendre qu'un souverain s'associe et abandonne une partie de ses pouvoirs. La souveraineté du peuple trouve donc de nombreux défenseurs en Amérique du Nord.

## 2) Une conception anglo-saxonne de la souveraineté distincte de la conception européenne

### - La divisibilité de la souveraineté dans la conception nord-américaine

La notion de souveraineté étatique dans les pays anglo-saxons n'apparaît le plus souvent que dans le cadre des Etats fédérés (le gouvernement fédéral n'est jamais qualifié d'Etat). La division de la souveraineté implique l'existence d'un tribunal qui aura pour rôle, en partie, de veiller au respect des limites de chaque pouvoir exerçant leur souveraineté.

La plupart des textes étasuniens ne font pas mention du concept de souveraineté. Jean-Philippe Feldman, reprenant quelques textes majeurs de l'histoire étasunienne, indique que si l'article 2 de la Confédération du 15 novembre 1777 prévoit que « *chaque Etat conserve sa souveraineté, sa liberté et son indépendance* », ni la Déclaration d'indépendance du 4 juillet 1776, ni la Constitution du 17 septembre 1787 ne comportent le terme de souveraineté<sup>53</sup>. Celui-ci note que la notion de souveraineté n'est pas présente dans les textes anglo-saxons car elle est contraire à sa tradition. Il cite notamment Edward Coke, grand juriste anglais de la Couronne, qui considérait que le pouvoir souverain était une contradiction du fait que dans la logique juridique de la *common law*, le pouvoir ne s'exerce que par le Droit. Néanmoins, la question de la souveraineté n'est pas totalement étrangère aux penseurs et praticiens étasuniens.

Dès la fin du XVIIIème siècle, les conflits de souveraineté entre les Etats et le gouvernement fédéral se sont posés et la Cour suprême a dû se saisir de la question. L'affaire *Chisholm v. Georgia*<sup>54</sup> a été une phase importante dans la résolution de la question de souveraineté. Dans cette décision, le juge Wilson expose que les intérêts de l'Union prévalent, l'Etat de Georgie n'est pas un Etat souverain. Le juge Iredell va mettre en avant la théorie de la souveraineté dualiste, en accord avec le juge Jay qui va déclarer que si la souveraineté de la nation réside dans le peuple de la nation, la souveraineté réservée de chaque Etat existe dans le peuple de chaque Etat. De vifs débats politiques eurent lieu tout au long du XIXème siècle, mais il est très majoritairement admis aujourd'hui que la souveraineté au sein des Etats-Unis n'est nullement indivisible, mais bien double et partagée.

<sup>51</sup> « *le pouvoir suprême, c'est-à-dire, la souveraineté du peuple des Etats-Unis, était par nature divisible et était divisé dans les faits [...] les Etats étant, dans leur souveraineté suprême, compétents pour abandonner leur souveraineté et pour former un Etat à part entière, afin qu'il puisse abandonner une partie et conserver l'autre, comme ils l'ont fait* » (traduit par nous) James Madison, *Letters and Other Writings*, vol. IV, 1865, p. 390-391.

<sup>52</sup> « *le système politique des Etats-Unis est une chimère, ridiculisant les aspirations prétentieuses de l'esprit humain* » (traduit par nous), James Madison, *Works*, IV, 61, cité par C.E. Merriam, *A history of the Theory of Sovereignty Since Rousseau*, New York, Columbia University Press, 1900, 166.

<sup>53</sup> Jean-Philippe Feldman, « La conception américaine de la souveraineté », in Dominique Maillard Desgrées du Loû, *Les évolutions de la souveraineté*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 83.

<sup>54</sup> Cour suprême, 1793, *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793).

Dès la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, les principales tendances, qu'elles soient politiques ou jurisprudentielles vont donner l'apparence d'un partage de la souveraineté. Le rapport Madison sur les Résolutions de Virginie de 1798 va aller dans le sens d'un partage de la souveraineté, notamment par un transfert des compétences au profit du gouvernement fédéral. Le juge Story, dans la décision *Martin v. Hunter's Lessee*<sup>55</sup>, considère que la Constitution elle-même, limite une partie de la souveraineté des Etats pour la transférer au pouvoir fédéral. Cette limitation de la souveraineté des Etats est en réalité un transfert de certaines prérogatives. Dans la décision de la Cour suprême *McCulloch v. Maryland*<sup>56</sup>, le juge Marshall explique que les pouvoirs de souveraineté sont divisés entre le gouvernement de l'Union et les Etats et que chacun des deux ordres de gouvernement n'est souverain que pour les compétences dont ils ont l'attribution.

Mais aussi, dans l'interprétation de la Constitution, certains amendements et en particulier les 10<sup>ème</sup> et 11<sup>ème</sup> vont permettre à la Cour suprême, par leur interprétation, de soutenir le caractère dualiste de la souveraineté. Le 10<sup>ème</sup> amendement de la Constitution des Etats-Unis dispose que « *the powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people* »<sup>57</sup>.

Si certains juges de la Cour suprême comme le juge Brennan vont aller à l'encontre de la conception dualiste de la souveraineté et affirmer que le 10<sup>ème</sup> amendement ne fait que proclamer que le gouvernement fédéral ne dispose que de pouvoirs délégués<sup>58</sup>, la tendance générale reconnaîtra et soutiendra un dualisme de la souveraineté. L'opinion de la Cour dans la décision *Federal Maritime Commission v. South Carolina State Ports Authority* indique que « *dual sovereignty is a defining feature of our Nation's constitutional blueprint (...) States, upon ratification of the Constitution, did not consent to become mere appendages of the Federal Government. Rather, they entered the Union "with their sovereignty intact"* »<sup>59</sup>.

Le juge Powell soutiendra ainsi que les Etats détiennent une substantielle portion de souveraineté car la Constitution leur a laissé ces pouvoirs et ne les a pas transférés au gouvernement fédéral<sup>60</sup>. Il ajoutera que les Constituants souhaitaient maintenir un contrepoids au gouvernement fédéral par l'existence d'une sphère de compétences et de souveraineté des Etats<sup>61</sup>. Jean-Philippe Feldman rappelle également que le juge O'Connor défendra l'idée que le fédéralisme implique que le gouvernement fédéral doit respecter les intérêts de Etats, même si ses lois ont un caractère suprême et que l'autonomie des Etats est un caractère essentiel du fédéralisme<sup>62</sup>.

De même et pour aller dans le sens d'une souveraineté des Etats, le 11<sup>ème</sup> amendement de la constitution étasunienne déclare que « *the Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the*

<sup>55</sup> Cour suprême, *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S., 304 (1816).

<sup>56</sup> Cour suprême, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S., 316 (1819).

<sup>57</sup> « *Les pouvoirs qui ne sont pas conférés aux États-Unis par la Constitution ni refusés par elle aux Etats, appartiennent aux États respectifs, ou au peuple* ».

<sup>58</sup> voir dans ce sens Cour suprême, *National League of Cities v. W J Usery California*, 426 US (1976), 833, cité par Jean-Philippe Feldman, *idem.*, p.89.

<sup>59</sup> « *La souveraineté duale est une caractéristique fondamentale du modèle constitutionnel de nos nations (...) Les Etats, dès la ratification de la Constitution, n'ont pas consenti à devenir de simples appendices du Gouvernement fédéral. Davantage, ils ont intégré l'Union "en maintenant leur souveraineté intacte" »* (traduit par nous), lecture du juge Thomas de l'opinion de la Cour suprême, *Federal Maritime Commission v. South Carolina State Ports Authority*, II, 535 U.S. 743 (2002).

<sup>60</sup> v. Cour suprême, *EEOC v. Wyoming*, 460 U.S. (1983), 226, 269, et *Garcia v. San Antonio Transit Authority*, 469 U.S. (1985), 528, 550.

<sup>61</sup> *Garcia v. San Antonio Transit Authority*, 469 U.S. (1985), 572.

<sup>62</sup> *Ibid.*, 582 et 589.

*United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State*»<sup>63</sup>. Il ressort de cet amendement qu'un Etat des Etats-Unis ne peut être porté devant une juridiction par un individu d'un autre Etat étasunien ou par un individu d'un Etat étranger. L'immunité des Etats composant les Etats-Unis découlant de cet amendement découle du principe de souveraineté dont chacun est titulaire.

### - Conception canadienne de la souveraineté

La conception canadienne est quelque peu différente puisque la souveraineté y est entendue surtout comme l'exercice d'un pouvoir normatif. L'Etat (fédéral ou provincial) est le titulaire légitime de l'action normative. La professeure Brouillet et les professeurs Tremblay et Brun expliquent que « *c'est en édictant des normes contraignantes que l'Etat met en œuvre sa souveraineté* »<sup>64</sup>. Mais l'exercice du pouvoir législatif et normatif au niveau central, permettant l'expression de la souveraineté, « *n'empêche pas les membres de la fédération de participer à la législation fédérale* »<sup>65</sup>. Ainsi, que ce soit par leur électorat ou par leurs organes représentatifs, les membres de la Fédération forment une partie des organes législatifs centraux. De plus, lorsque celui-ci exerce des activités non-normatives, comme la gestion des biens publics, il n'exerce pas sa souveraineté.

La souveraineté des Etats est un point largement revendiqué dans des Etats comme le Canada. Ce problème est notamment abordé sous l'angle du pouvoir de conclure des traités pour les provinces.

Pour certains auteurs canadiens, l'Acte constitutionnel de 1867, du fait de l'instauration d'une Fédération et pas d'un Etat unitaire, confie aux provinces une partie des pouvoirs et ne tout dévolu au gouvernement fédéral. Il semblerait même que rien n'empêche les provinces à signer des accords avec des pays étrangers. Hugo Cyr montre dans un ouvrage de 2009 intitulé *Canadian Federalism and Treaty Powers*, que la jurisprudence et les textes constitutionnels canadiens ne donnent pas au gouvernement fédéral le pouvoir total et exclusif de signer des traités. Trois provinces ont avancé un certain nombre d'arguments juridiques, notamment dans l'affaire dite des *conventions de travail*.

L'Ontario a fait reposer son argumentation sur la section 132 de la loi de 1867. Il se basait sur l'égalité de statut constitutionnel et le parallélisme des pouvoirs entre les provinces et le *Dominion*. Selon le Comité judiciaire du conseil privé, l'autorité compétente pour signer un traité est le Roi (d'Angleterre) ou une autorité qui aurait reçu délégation du Roi<sup>66</sup>. De plus, rien n'indique, dans l'Acte britannique d'Amérique du Nord, que les affaires étrangères soient de la compétence du gouvernement du *Dominion*<sup>67</sup>. De surcroît, lorsqu'un traité envisage une matière de compétence provinciale, le Roi devrait demander l'avis de son conseiller provincial et non fédéral<sup>68</sup>. La province étant souveraine, dans la même mesure que le *Dominion*, dans sa sphère de compétences, l'Ontario revendiquait ici le droit de conclure des accords avec un Etat étranger<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> « *Le pouvoir judiciaire des Etats-Unis ne sera pas interprété comme s'étendant à tout procès en droit ou en équité entamé ou poursuivi contre l'un des Etats-Unis par les citoyens d'un autre Etat, ou par les citoyens d'un Etat étranger* » (traduit par nous).

<sup>64</sup> H. Brun, G. Tremblay, E. Brouillet, *Droit constitutionnel*, 5<sup>ème</sup> éd., Yvon Blais, 2008, p. 74.

<sup>65</sup> H. Brun, G. Tremblay, E. Brouillet, *idem*, p. 407.

<sup>66</sup> *Canada (A.G.) v. Ontario (A.G.)*, (1937), dite affaire des conventions de travail, 333, cité par Hugo Cyr, *Canadian Federalism and Treaty Powers*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2009, p. 72.

<sup>67</sup> Affaire des conventions de travail, 340.

<sup>68</sup> *Ibid*, 333 et 340.

<sup>69</sup> *Idem*.

Dans cette même affaire, le Nouveau Brunswick va, lui aussi, remettre en cause le seul droit du *Dominion* de conclure des Traités en se basant également sur la section 132 de la Loi de 1867. Il va soutenir que le Procureur général du Canada (le ministre de la justice) doit démontrer que le *Dominion* a la capacité de créer des obligations envers les provinces à la suite de la signature d'un traité et si le Parlement fédéral a le pouvoir d'exécuter ces obligations. Pour le Nouveau Brunswick, le *Dominion* ne pouvait prouver ces deux éléments. Selon lui, le fait que le *Dominion* envisage seul la signature des engagements avec d'autres pays étrangers et que cela engage les provinces, provient du fait qu'originellement, le pouvoir de signer un traité et le pouvoir de le faire exécuter appartenaient à la même personne. Or, ces deux pouvoirs sont aujourd'hui différenciés et appartiennent à des entités séparées.

Le Conseil privé refusa de statuer sur l'existence ou non du pouvoir de ratifier des conventions en ce qui concerne l'Exécutif fédéral. Ce qui laissa cette question volontairement en suspend. Elle fut très rapidement oubliée, mais revient aujourd'hui à l'ordre du jour, par les revendications de provinces souhaitant faire valoir leur droit de signer des accords.

Hugo Cyr considère donc que l'argument juridique consistant à laisser à la seule compétence du gouvernement fédéral, le pouvoir de signer des traités souffre de faiblesses. Il met en avant quatre arguments pour étayer sa thèse et explique en quoi le fédéral n'a pas le pouvoir général et exclusif de signer des traités.

Premièrement, il prend pour exemple les *Lettres Patentes constituant la charge de Gouverneur Général du Canada* de 1947. Ce document qui définit les fonctions du Gouverneur Général autorise ce dernier à exercer tous les pouvoirs juridiquement reconnus au Roi (d'Angleterre) relativement au Canada<sup>70</sup>. Cela semble donner le pouvoir de signer des traités à ce dernier, mais plusieurs arguments ont démontré que ce n'était pas le cas.

Selon Hugo Cyr, Gibran van Ert a montré que le « *Canada* » dont il est fait référence dans les *Lettres Patentes* ne désigne pas forcément le fédéral et les provinces. Le droit constitutionnel canadien ne désigne pas l'union du fédéral et des provinces quand le mot « *Canada* » est utilisé, mais simplement l'entité fédérale. Il prend l'exemple de la section 101 de la Loi de 1867 qui traite « *des lois du Canada* » et qui désigne – et cela ne souffre pas de contradiction – les lois fédérales, par opposition aux lois provinciales<sup>71</sup>. De même, dans la *Reference Re Senate Reform*, il est expliqué que « *the word "Canada" as used in section 91(1) does not refer to Canada as a geographical unit but refers to the juristic federal unit* »<sup>72</sup>. Cela exclut donc les provinces et par là même, le fait d'imposer cette règle aux entités provinciales. Cela n'empêche donc pas aux provinces de signer des engagements internationaux.

Il en est de même pour les prérogatives de la Couronne, c'est-à-dire le droit issu de la pratique anglaise et des coutumes, qui pourraient constituer le fondement du droit de signer des traités pour le gouvernement fédéral ou même les conventions constitutionnelles et l'usage de la Constitution (correspondant aux *conventions de la constitution* en France). Mais aucun élément ne permet de donner cette compétence au gouvernement fédéral. Hugo Cyr constate également que les règles et les conventions internationales ne permettent pas de déterminer la compétence du fédéral et encore moins l'incompétence des provinces, dans le cadre d'un système fédératif. Il démontre également que des Etats membres de Fédérations, comme les régions et communautés belges ou les provinces argentines ont la capacité de signer des traités.

<sup>70</sup> « *exercise all powers and authorities lawfully belonging to Us [the King] in respect of Canada* », Letters Patent constituting the Office of the Governor General of Canada, R.S.C. 1985, Appendix II, n°31, §2.

<sup>71</sup> Voir par exemple l'affaire *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific*, (1977) 2 S.C.R., 1054 à 1066, ou *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, (1977), 2 S.C.R., 654, cité par Hugo Cyr, *ibid.*, p.105.

<sup>72</sup> « *le mot "Canada" tel qu'employé dans la section 91(1) ne fait pas référence au Canada en tant qu'unité géographique mais à l'entité juridique fédérale* » (traduit par nous).

Il existe donc bien une souveraineté des provinces au Canada, en ce qui concerne le droit de conclure et de signer des traités.

Alors pour aller dans le sens d'une justification de l'existence d'une souveraineté divisible nous reprendrons les conclusions d'Alain Laquièze pour qui il existe deux principales critiques de la souveraineté dont une qui nous intéresse ici, en particulier. Cette critique est juridique et remet en cause le bien fondé de la nature indivisible de la souveraineté.

Le caractère indivisible et suprême de la souveraineté semble avoir été largement altéré par les évolutions contemporaines du fonctionnement et des relations des Etats. Les exemples sont légion et dans divers domaines : les centres de décision sont de plus en plus nombreux, la négociation remplace dans des cas toujours plus nombreux la contrainte unilatérale, le droit de battre monnaie ou de contrôler les flux migratoires aux frontières est largement limité dans certains Etats,... Il semblerait donc que la théorie de la souveraineté ne corresponde plus aujourd'hui qu'à un modèle d'Etat appartenant au passé.

Une conception de la divisibilité de la souveraineté a donc été, dès les origines étasuniennes, largement défendue et continue encore d'être soutenue aujourd'hui. Les conceptions particulières de l'Etat et donc de la souveraineté montrent bien que la conception européenne continentale ne peut être applicable aux systèmes nord-américains.

Il ressort de cela que l'acte de comparaison ne peut se être considéré de manière légère. La démarche comparative est une démarche construite et qui est le fruit d'un travail parfois long et complexe pour choisir les objets et les conditions de comparaison.

La comparaison ne peut être envisagée dans une perspective systématique par une mise en parallèle de notions. Elle implique une démarche systémique, considérant le système ou une partie du système dans lequel existe la notion prise pour objet d'étude. Sans cela, le résultat ne peut trouver que peu de légitimité scientifique et peut conduire à des mauvaises compréhensions qui peuvent avoir des conséquences négatives sur la modification d'une règle dans un système par l'acte de *greffe*. La comparaison doit suivre une méthode précise pour pouvoir avoir toute sa légitimité et on ne peut plus, aujourd'hui, se contenter d'une mise en parallèle sans prendre en compte de nombreux facteurs conditionnant l'existence de la notion étudiée.