
Sylvain SOLEIL, *Les Modèles juridiques.
Histoire, usages et théories*

Paris, Société de Législation Comparée, coll. « Canevas »,
2023, 196 p.

Camille Bordere

🔗 <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=568>

Référence électronique

Camille Bordere, « Sylvain SOLEIL, *Les Modèles juridiques. Histoire, usages et théories* », *Droit Public Comparé* [En ligne], 3 | 2024, mis en ligne le 15 décembre 2024, consulté le 16 décembre 2024. URL : <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=568>

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

Sylvain SOLEIL, *Les Modèles juridiques. Histoire, usages et théories*

Paris, Société de Législation Comparée, coll. « Canevas », 2023, 196 p.

Camille Bordere

RÉFÉRENCE(S) :

Sylvain SOLEIL, *Les Modèles juridiques. Histoire, usages et théories*, Paris, Société de Législation Comparée, coll. « Canevas », 2023, 196 p.

TEXTE

- 1 La belle endormie – tel pourrait être le surnom de la théorie du droit comparé à la française, en tout cas jusqu'à aujourd'hui. Il faut en effet admettre une prise de recul progressive sur la comparaison juridique, qu'il s'agisse d'interroger, en amont, sur ses cadres théoriques, épistémologiques et méthodologiques, ou qu'il s'agisse, en aval, de questionner ce qui est effectivement produit à partir de ces cadres¹. Le dernier ouvrage de Sylvain Soleil consacré aux modèles juridiques (*Les Modèles juridiques. Histoire, usages et théorie*, Société de Législation Comparée, 2023, 196 p.) se déploie à ces deux échelles et participe indéniablement d'une (re)conceptualisation du droit comparé de nature à lui rendre la réflexivité dont il est longtemps demeuré « amputé² ».
- 2 Parce qu'il s'agit bien là d'un ouvrage de théorie du droit comparé, quand bien même l'auteur ne l'affirme pas en ces termes. Il faut en effet admettre avec lui que « le droit comparé est évidemment un lieu privilégié de l'usage des modèles » (p. 27) et, encore plus évidemment, le droit comparé français. Les deux premiers chapitres que l'auteur consacre à l'histoire et à la délimitation de l'objet « modèle » sont à cet égard particulièrement éclairants sur la place occupée par cet « concept-outil » (p. 47) dans la reconstruction du droit comparé à la veille du nouveau millénaire.

- 3 Cette précision temporelle, construite sur un important travail bibliométrique mené à partir de l'ensemble des numéros de la *Revue internationale de droit comparé* (ce qui représente tout de même soixante-dix ans de publications analysées, soit deux cent quatre-vingts numéros), est d'importance ; elle correspond en effet à la fois à une bascule sémantique entre les deux signifiés que supporte le signifiant unique de modèle et à une transition entre deux temps du droit comparé. À une pratique du droit comparé motivée par des perspectives de réforme (de soi-même ou des autres à *partir de soi-même*) correspond ainsi une mobilisation de modèles-à-imiter³ ; à une pratique du droit comparé motivée par l'objectif de saisir un monde de plus en plus complexe et d'en fournir une grille de lecture correspond une mobilisation de modèles types, ou de modèles systèmes.
- 4 Il faut reconnaître, avec l'auteur, que la distinction de ces deux signifiants est souvent moins aisée en pratique qu'en théorie ; ainsi, « certains modèles peuvent être tour à tour types et prototypes » (p. 18), et la démarche de création d'un modèle type (fabrication simplifiée de l'objet, choix des éléments retenus, conceptualisation de l'usage du modèle ainsi produit, p. 17) fonde aussi nécessairement l'établissement d'un modèle à imiter. Mais, dans le même temps, il faut aussi reconnaître une vertu d'importance à cette distinction et à son fondement historique : elle jette une lumière rare sur ces deux grandes étapes de développement du droit comparé.
- 5 À cet égard, on ne peut s'empêcher de regretter que des éléments de contexte propre à l'environnement du droit comparé ne viennent pas au renfort et à la nuance de l'explication de cette transition sémantique et épistémologique placée à la fin des années 1990. Outre l'impact indéniable, et soulevé par l'auteur, des familles juridiques de René David, de la théorie des ferments de Rodolfo Sacco ou des greffes juridiques d'Alan Watson, ce sont aussi et surtout des dynamiques internationales qui sous-tendent cette transition vers une conception typologique des modèles – et, plus spécifiquement, des dynamiques issues de la pratique du droit comparé aux États-Unis à la même période. Le nouveau millénaire constitue en effet un autre tournant, cette fois-ci spécifique à l'analyse économique du droit. Alors que le programme de l'École de Chicago visait, à l'origine, le développement d'une analyse de l'impact économique des règles de

droit, ce programme se reconfigure lorsque cette analyse ne vise plus seulement le droit américain, mais l'ensemble des systèmes juridiques – et donne ainsi naissance au fameux rapport *Doing Business* de 2004⁴. À la même période, naît aussi un champ de recherche nouveau : celui de l'analyse de la circulation des précédents au sein des juridictions constitutionnelles⁵, qui donne lieu à de grandes études panoramiques visant à *mesurer* le dialogue des juges qui se serait ainsi enclenché⁶. L'alignement de ces deux planètes avec la tendance, soulignée par l'auteur, à tenter de saisir la pluralité des systèmes juridiques par le biais de typologies a enclenché le développement exponentiel de deux types de démarche : la macro comparaison, en particulier basée sur l'utilisation d'outils méthodologiques quantitatifs tirés de l'économétrie et de la statistique (aussi qualifiées de *large-n studies*)⁷, et, y compris en dehors de cette macro comparaison, une utilisation plus habituelle de ces outils quantitatifs aux fondements d'un travail de comparaison. Ce mouvement ne s'est d'ailleurs pas arrêté et le développement des dispositifs de traitement de *big data* ne fait que le renforcer. Il s'agit là d'un mouvement de fond au sein du droit comparé qui, s'il épargne globalement la France⁸, correspond pleinement à la dynamique de développement des -métries que l'auteur décrit vis-à-vis des autres disciplines des sciences humaines et sociales (chapitre 1), ce qui ne signifie pas qu'il soit admis par l'ensemble des comparatistes, bien au contraire. Des auteurs se sont opposés (et s'opposent toujours) à ce développement des grandes modélisations fondées sur des travaux de macrocomparaison et qui prônent au contraire un droit comparé plus restreint dans son ampleur, mais plus profond⁹ dans son investissement dans l'analyse de l'Autre droit. Une autrice s'est d'ailleurs exprimée en ce sens au sein de ces colonnes¹⁰ ; le plus connu de ses représentants francophones d'entre eux reste bien sûr Pierre Legrand.

6 Nous admettons volontiers ne pas être tout à fait impartiales sur cette question¹¹ et qu'il faille sans doute y voir la source de notre regret de ne pas voir ce contexte plus précisément exploré. Que le lecteur n'y voie donc pas nécessairement un défaut rédhibitoire ou un quelconque obstacle à la lecture d'un ouvrage qui remplit par ailleurs pleinement son objectif de fournir au lecteur « une esquisse

de théorie » des modèles (p. 12) fondée tant sur leur sens que sur leurs usages.

- 7 À cet égard, les quatre chapitres suivants fournissent un panorama particulièrement didactique de ce second angle d'analyse des modèles juridiques – leurs usages, au sein et en dehors du droit comparé. Ils sont ainsi au nombre de quatre : un usage cognitif (chapitre 3), réformatif (chapitre 4), pratique (chapitre 5) et prédictif (chapitre 6). Les deux premiers correspondent, de fait, aux deux signifiants de « modèle » explicités dans les chapitres précédents : dans le premier cas, il s'agit de « simplifi[er] et ordonn[er] la réalité » afin de permettre de « qualifier certains phénomènes juridiques, [...] de débattre avec les mêmes mots et les mêmes données » (p. 54). Tout enseignant de droit constitutionnel reconnaîtra là l'usage qu'il fait des modèles de formes d'État ou de justice constitutionnelle (tous deux mentionnés par l'auteur, p. 62 et p. 66). À ce titre, soulignons un aspect de cet usage mentionné par l'auteur et qui mériterait, à notre sens, un ouvrage tout entier : outre leur valeur utilitaire, ces modèles pédagogiques « forment un patrimoine pédagogique commun » (p. 54), mais aussi un patrimoine culturel et disciplinaire, particulièrement en France. L'esthétique spécifique du droit français repose dans une large mesure sur un effort de modélisation et de systématisation qui se situe au cœur même de l'office de la doctrine française¹². Leur place essentielle au sein de la pensée juridique française en constitue la manifestation ; leur absence au sein d'autres cultures juridiques en constitue le révélateur¹³.
- 8 Si la pertinence de cet usage n'est donc pas à prouver dans un contexte français, le constat n'est pas le même du côté de l'usage réformatif des modèles, c'est-à-dire celui consistant à fournir « une diversité d'expériences, [permettant] de réfléchir, d'évaluer, de faire les choix » nécessaires à une réforme (p. 75). Au sujet de cet usage spécifique, Sylvain Soleil constate une forme d'abandon du recours aux modèles dans un cadre de production normative – abandon d'ailleurs étayé par des entretiens réalisés auprès de responsables politiques et de membres des Hautes Juridictions et du Parlement¹⁴. Le manque de temps et la dimension essentiellement instrumentale du recours aux modèles (et plus globalement au droit étranger) sont ainsi pointés du doigt tant au sein de ces entretiens qu'à titre conclusif. Dans la continuité de notre propos, notons que ce

désamour praticien se retrouve aussi dans les travaux doctrinaux ; le constat d'échec des greffes juridiques, notamment au plan constitutionnel¹⁵, a été vecteur d'une prise de conscience de la complexité des déterminants réels de la réussite d'un processus de réforme fondé sur l'importation de modèles ou d'objets étrangers¹⁶.

- 9 Si ces deux usages des modèles sont donc relativement intuitifs et habituels, c'est bien moins le cas des deux suivants. Ils fonctionnent en fait en binôme, l'un constituant la première étape du processus conduisant vers l'autre. Ainsi, l'usage pratique des modèles conduit à la construction d'une « littérature pratique » (p. 103) faite de formulaires, de documents types et, potentiellement (même si l'auteur ne les évoque pas directement) de barèmes et de référentiels destinés à standardiser la prise de décision et la rédaction juridique. En ce sens, et Sylvain Soleil insiste sur ce point, la construction et la production de cette littérature pratique reviennent aux fondements mêmes de toute démarche de modélisation : « il s'agit bien d'une représentation simplifiée de la réalité juridique, réduite à ses critères pertinents pour en faire un outil » (p. 108), que cet outil soit informatisé ou non. Le Système Référentiel Justice présenté par l'auteur en constitue un exemple non seulement éclairant, mais en plus particulièrement habile puisqu'il illustre le glissement de ces outils « artisanaux » (au sens le plus noble du terme, en tant que produits d'un savoir-faire) vers des outils autonomisés – qui, quant à eux, incarnent le dernier usage singularisé par l'auteur, qui ne vise plus à simplifier la réalité mais « à prévoir ce qui va se passer » dans cette réalité (p. 123).
- 10 Le lecteur (juriste) ne sera pas surpris que l'un des premiers outils remplissant cet usage prédictif soit celui de *justice prédictive*. Il faut dire, avec Sylvain Soleil, que cet usage prédictif comme les outils qui sont supposés le remplir sont « apparus brusquement en 2017 » (p. 126) et, avec eux, la promesse de donner accès à « ce qu'on ignorait auparavant » et de dépasser une « appréhension assez intuitive et artisanale de la jurisprudence des juges du fond¹⁷ » (p. 128). Ce dernier usage présenté fait écho à un dernier usage *en date* des modèles et modélisations, comme un pendant de la tendance décrite au chapitre précédent au développement d'outils *sur le droit mais sans les juristes*. Quand bien même les juristes ne sont pas totalement absents des sociétés qui les commercialisent¹⁸, c'est effectivement de

cela qu'il s'agit avec la *Legaltech*. Compte tenu du fonctionnement des algorithmes qui les sous-tendent¹⁹, les outils de justice prédictive sont dispensés de ce que Sylvain Soleil a, pour les trois usages précédents, présenté comme un préalable nécessaire : une conceptualisation préalable, *en droit*, de la manière adéquate de simplifier la réalité complexe *du droit*. Il en irait par ailleurs de même pour les dispositifs encore plus ambitieux, susceptibles de prédire l'effectivité ou les effets de normes données dont l'auteur imagine les effets (p. 132-147).

- 11 Comme une sorte de conclusion de ce passage en revue du sens et des usages des modèles en droit, le dernier chapitre de cet ouvrage en propose une théorie générale inductive, critique et transdisciplinaire (p. 150). La notion de modèle y est ainsi définie de manière pragmatique, au travers de ses quatre manifestations/usages, et nuancée, au travers du passage en revue de ses qualités et de ses défauts. C'est finalement un *modèle de création de modèle* qui est proposé par l'auteur, construit sur trois grandes étapes de raisonnement que l'on peut résumer ainsi : déterminer l'objectif poursuivi par le modèle (son usage, donc) ; expliciter les critères retenus pour le construire ; assumer son caractère construit et représentatif (p. 170-176). De fait, ces trois étapes ne devraient surprendre aucun comparatiste, puisqu'il s'agit là finalement de celles qui articulent toute démarche de construction d'une méthodologie comparée. On pourrait même aller plus loin et indiquer qu'elles ne devraient surprendre aucun chercheur, en droit comme ailleurs.
- 12 Cet ouvrage remplit donc indéniablement son objectif « d'explorer le sens et les usages juridiques du concept de modèle » et d'en fournir un panorama dont ces quelques pages n'auront fait qu'une présentation sommaire. Chaque chapitre est nourri d'un riche appareil historique et de données empiriques (quantitatives ou qualitatives, donc) précieux pour éclairer tant les réflexions de l'auteur que celle qu'il ne manque pas de générer chez son lecteur. Soulignons une dernière fois notre regret de pas y trouver la trace des questionnements des comparatistes vis-à-vis d'un concept qui interrogent une partie d'entre eux dans les mêmes termes épistémologiques que les autres sciences humaines et sociales. Dans le même temps, admettons que poser les jalons d'un champ d'étude

largement inexploré en des termes aussi didactiques constitue déjà une réalisation d'ampleur. En ce sens, le lecteur rendu curieux par sa lecture du présent ouvrage quant au traitement de la thématique des modèles par les comparatistes eux-mêmes pourra se reporter à certains de leurs travaux.

- 13 Quant à nous autres comparatistes, critiques ou non des modèles, saisissons donc l'opportunité que nous offre Sylvain Soleil : le champ d'étude étant désormais pleinement ouvert, il ne nous reste plus qu'à poursuivre le travail entamé. À bon entendeur ?

NOTES

- 1 Sur ces deux niveaux de questionnements, voir, parmi de nombreux autres ouvrages et par ordre chronologique, P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2^e éd., Paris, Economica, 2021 ou G. TUSSEAU, *Droit comparé et Théorie générale du droit*, Québec (Can), Hermann, 2021.
- 2 M. PADILLA, *Droit public et Doctrine publiciste au Royaume-Uni : regard critique sur un objet à (re)construire*, thèse dactylographiée, Université de Bordeaux, 2021, p. 51.
- 3 Notons à cet égard l'éclairant passage par les travaux assez méconnus, même si parfaitement représentatifs de ce « premier temps » du droit comparé, de Jonas Meyer (p. 27-33).
- 4 Sur la démarche de ce rapport, voir R. MICHAELS, « Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, n° 4, 2009, p. 765-795.
- 5 Encore une fois, c'est un phénomène américain qui se situe à la source de ce champ de recherche ; en l'occurrence, la succession de plusieurs décisions rendues par la Cour Suprême incluant des références à des décisions rendues par des juridictions étrangères (voir, pour les plus notables, *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 [2002], *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 [2003] et *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 [2005]).
- 6 L'Association Internationale de Droit Constitutionnel (AIDC-IACL) a ainsi créé, en 2007, un groupe de recherche sur la question de la circulation des précédents entre juridictions constitutionnelles. Ses conclusions en demi-

teinte (publiées dans M.-C. PONTTHOREAU et T. GROPPi (dir.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford/Portland, Bloomsbury Publishing, 2013) expliquent en partie la disparition relative de cette thématique ; le niveau d'enthousiasme et d'engagement doctrinal a de très dépassé l'ampleur réelle d'un phénomène qui, de fait, n'avait rien de global. La nouvelle édition de cet ouvrage ne fait que confirmer ce constat (M.-C. PONTTHOREAU, T. GROPPi et I. SPIGNO [dir.], *Judicial Bricolage. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in the 21st Century*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2025).

7 L'exemple le plus fameux de ce type de démarche reste le *Comparative Constitution Project* mené par Zachary Elkins, Tom Ginsburg et James Melton. Ce projet, librement accessible en ligne < <https://comparativeconstitutionsproject.org/> >, compile l'ensemble des Constitutions en vigueur (et, pour certaines, passées) de l'ensemble des États, traduites en langue anglaise. Plus important encore, le texte de chaque Constitution a fait l'objet d'une structuration, de manière à permettre aux utilisateurs de l'outil non seulement d'extraire en masse des dispositions selon la question qu'elle traite, mais aussi de soumettre les données ainsi collectées à un traitement statistique.

8 Que l'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore, la conjonction de la conceptualisation encore limitée du droit comparé et le maintien d'une réticence globale face à la pluri, l'inter ou la transdisciplinarité rend difficile le véritable développement de ces approches dans l'écosystème français de la recherche en droit, même comparé.

9 L'expression est tirée de M. VAN HOECKE (dir.), « Deep Level Comparative Law », *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2004, p. 165-195. Quant à cette approche « critique » de la comparaison juridique, voir aussi G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham (UK) et Northampton (US), Elgar Publishing, 2016.

10 M. PADILLA, « Représenter la doctrine publiciste britannique : essai de comparaison juridique critique », *Droit Public Comparé*, n° 2, 2024.

11 Dans la mesure où il s'agit de l'approche du droit comparé à laquelle nous souscrivons.

12 C'est là le cœur de l'ouvrage de Christophe JAMIN et Philippe JESTAZ, *La Doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

- 13 Nous pensons ici, bien sûr, à certaines cultures de *common law* où la place de ces modèles en dehors du droit comparé est bien plus limitée... y compris dans le cadre de cet usage pédagogique. À ce sujet, le lecteur pourra utilement se reporter à un autre ouvrage de Sylvain SOLEIL, *Aux origines de l'opposition entre systèmes de common law et de droit codifié*, Paris, Société de législation comparée, 2021.
- 14 Les cinq entretiens synthétisés par l'auteur ont ainsi été menés avec Jean-Sébastien Borghetti (Professeur de droit privé impliquant dans les deux avant-projets de réforme du droit des obligations et de la responsabilité civile), Nicolas Boulouis (conseiller d'État), Jean-Jacques Urvoas (Professeur de droit public, mais ici interrogé en sa qualité d'ancien Ministre de la Justice), Stanislas Brézet (directeur général des services législatifs de l'Assemblée Nationale) et Vittorio di Bucci (à l'époque conseiller juridique au service juridique de la Commission Européenne).
- 15 La question spécifique de la citation de précédents étrangers fait partie de ce constat. On peut aussi songer au devenir des Constitutions des pays d'Afrique francophone dérivées de la Constitution française de 1958 – à ce sujet, voir F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vue de l'Afrique », Titre VII, n° 1, 2018, p. 35-43.
- 16 On ne peut que conseiller la lecture du très didactique et très imagé article de Günter FRANKENBERG, « Constitutional Transfer: The IKEA Theory Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n° 3, 2010, p. 563-579.
- 17 Puisque c'est bien cette production juridictionnelle-ci qui est au cœur de la démarche d'*open data* des décisions de justice qui irrigue ces dispositifs de justice prédictive.
- 18 Essentiellement parce que ces sociétés sont souvent dirigées, ou co-dirigées, par des avocats.
- 19 Leur fonctionnement repose ainsi sur des algorithmes d'apprentissage automatique supervisé, c'est-à-dire des programmes informatiques entraînés à reconnaître des données déterminées (dans le cadre des dispositifs de justice prédictive, il s'agit de portions des décisions où se trouvent certains éléments de fait [les caractéristiques des requérants, leur localisation, le type de dommage subi, les faits reprochés à un salarié et ayant conduit à son licenciement...] ou de droits [les préjudices retenus, la somme de dommages et intérêts prononcés]) et à les restituer, en général sous forme de moyennes ou de fourchettes. La seule conceptualisation

préalable nécessaire tient au choix des données à faire reconnaître à l'algorithme – à cet égard, et comme le note Sylvain Soleil, l'ingénieur peut, de manière autonome, « maîtris[er] la chaîne de production » de ces dispositifs (p. 122).

AUTEUR

Camille Bordere

Chercheuse postdoctorale (Chaire Droit public et politiques comparés, Université Jean Monnet Saint-Étienne)

Docteure en droit public (Université de Bordeaux)

IDREF : <https://www.idref.fr/257489878>