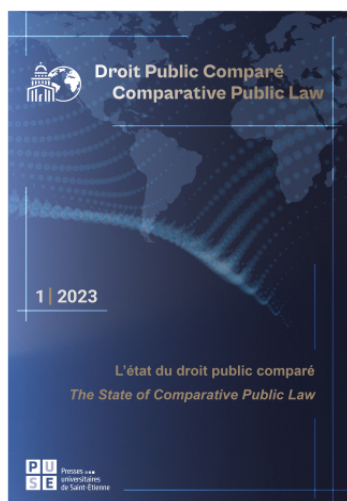




Droit Public Comparé

ISSN : 3036-2490

1 | 2023

L'état du droit public comparé

The State of Comparative Public Law

Anne Ladevie et
Emmanuelle Brun

🔗 <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=80>

Electronic reference

« L'état du droit public comparé », *Droit Public Comparé* [Online], Online since 23 décembre 2023, connection on 20 octobre 2024. URL : <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=80>

Copyright

CC BY-SA 4.0

DOI : 10.35562/droit-public-compare.80



ISSUE CONTENTS

Dossier

Nicolas Gabayet and Nicoletta Perlo

Introduction

Sylvain Soleil

Comparaison, systèmes et modèles dans l'œuvre doctrinale de Jonas Meyer, pionnier du droit public comparé

Carolina Cerda-Guzman

Le droit public comparé en Amérique latine

John C. Reitz

Comparative Public Law Scholarship in the United States

John Bell

Comparative Public Law in the United Kingdom

Geo Quinot

Developments in Comparative Public Law in South Africa

Eleonora Bottini, Itziar Gómez Fernández, Paolo Passaglia and Sabrina Ragone

L'état du droit public comparé : la tradition romano-germanique

Christine Chaigne

Le droit chinois peut-il se comparer ?

Entretiens : le recours au droit public comparé par les juridictions suprêmes

Dieter Grimm

Entretien avec Dieter Grimm

Bernard Stirn

Entretien avec Bernard Stirn

Nicolò Zanon

Entretien avec Nicolò Zanon

Varia

Aziz Z. Huq and Tom Ginsburg

The Comparative Constitutional of Democratic Backsliding: A Report on the State of the Field

Émilie Barbin and Fernando Menezes de Almeida

La crise sanitaire : aspects juridiques franco-brésiliens

Jean Mermoz Bikoro

La cessation anticipée du mandat des juges constitutionnels dans les États d'Afrique francophone

Recension

Rhita Boust

Eva María Menéndez Sebastián, *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado social y democrático de Derecho*

Dossier

Introduction

Nicolas Gabayet and Nicoletta Perlo

Copyright

CC BY-SA 4.0

TEXT

- 1 Pour le premier numéro de *Droit Public Comparé – Comparative Public Law* (DPC-CPL), le comité de rédaction a voulu constituer une somme scientifique substantielle sur l'objet même de la revue. Le présent dossier thématique intitulé « L'état du droit public comparé » entend ainsi peindre un panorama du droit public comparé à l'échelle mondiale. Il s'agit plus précisément de s'interroger tout d'abord sur l'existence de cette discipline dans les différents pays, d'identifier ensuite les éléments qui la caractérisent, pour apprécier enfin ses spécificités en fonction des différents contextes culturels. Puisque nous ne pouvions pas nous livrer à une analyse systématique des États du monde entier, nous avons sélectionné des ordres juridiques que nous avons considérés comme représentatifs des principales aires culturelles.
- 2 Pour ce faire, nous avons croisé des critères tenant à l'appartenance prévalente des systèmes juridiques à une culture juridique de *common law* ou bien de *civil law*, au rôle joué par le droit public comparé dans le développement de ces systèmes, ou encore à l'influence juridique mais aussi culturelle de chaque État ou groupe d'États sur le plan régional ou mondial. Cela nous a conduits à retenir les deux principaux représentants des systèmes de *common law* (États-Unis et Royaume-Uni). Parmi les systèmes de tradition romano-germanique, nous avons retenu quatre États représentatifs de l'Europe continentale (Allemagne, Italie, l'Espagne et France), qui sont étudiés dans un même article, afin de mieux faire émerger les tendances européennes communes et divergentes dans le développement de la discipline du droit public comparé. L'Amérique latine, tout en étant un continent très vaste, fait l'objet d'une étude comparative, permettant de déceler les grandes tendances en cours dans les différents pays. Nous avons choisi également un système

juridique mixte, l'Afrique du Sud, qui présente la spécificité de prévoir dans sa Constitution la possibilité pour les juges de prendre en considération le droit étranger pour interpréter le *Bill of Rights* (art. 39 C). Enfin, nous avons retenu la Chine, pays dont les études en droit public comparé sont encore quelque peu méconnues.

- 3 Nous avons ensuite formulé un certain nombre de questions à l'intention des auteurs, afin de guider leur réflexion sur l'état de la comparaison en droit public dans leur propre pays. Celles-ci portaient sur le fait de savoir s'il existe des différences entre la comparaison en droit public et en droit privé (notamment du point de vue des méthodes et du volume de publications) ; sur l'apport éventuel de la comparaison pour l'édification du droit public ; et enfin sur le fait de savoir si toutes les matières relevant du droit public (en particulier le droit constitutionnel et le droit administratif) faisaient l'objet d'un même effort de recherche comparatiste, ou le cas échéant, de tenter d'identifier les motifs expliquant une différence de traitement. Ces questions ne constituaient néanmoins pas un « questionnaire » à proprement parler (méthode scientifique bien connue des comparatistes), mais plutôt une grille d'analyse à laquelle les auteurs pouvaient se référer. En effet, le recours au questionnaire n'a de sens que si la démarche est de comparer les réponses, notamment pour mieux comprendre l'appréhension d'un problème juridique. Tel n'est pas l'objet de ce dossier thématique.
- 4 Nonobstant le caractère nécessairement limité de la recherche sur le plan géographique et culturel, la réflexion demeure originale, puisqu'à notre connaissance, il n'existe pas de monographie ou de dossier d'un format équivalent traitant de ce sujet.
- 5 Le lecteur pourra ainsi découvrir la richesse insoupçonnée des études de droit public comparé en Chine, le développement grandissant de la recherche dans ce domaine en Amérique latine, la diversité des expériences de pays pourtant voisins, tels que la France, l'Italie et l'Allemagne, les raisons historico-politiques qui ont fait de l'Afrique du Sud un pays désormais incontournable pour les études de droit public comparé, et enfin les spécificités des pays de tradition de *common law*.
- 6 Au-delà des différences propres à chaque contexte juridique, un fil rouge lie l'ensemble des contributions : enquêter sur la discipline du

droit public comparé, sa naissance, son développement, ses spécificités conduit à s'interroger sur les raisons tout d'abord historiques, politiques et culturelles qui ont poussé et poussent les juristes à s'ouvrir à d'autres systèmes juridiques. En effet, les objectifs poursuivis par la recherche comparative, qui peuvent être euristiques, tout comme purement scientifiques ou encore des objectifs de consolidation voire de justification de décisions nationales varient essentiellement en fonction des contextes historiques et politiques. Par ce biais, les différentes contributions révèlent, en arrière-plan, le rôle que les juristes comparatistes jouent dans la cité, leurs relations avec le pouvoir et leur indépendance académique.

AUTHORS

Nicolas Gabayet

Professeur à l'université Jean-Monnet de Saint-Étienne.

IDREF : <https://www.idref.fr/178726877>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/nicolas-gabayet>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000436489098>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/17025394>

Nicoletta Perlo

Maître de conférences HDR à l'université Toulouse 1 Capitole.

IDREF : <https://www.idref.fr/139977252>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000077806177>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16193239>

Comparaison, systèmes et modèles dans l'œuvre doctrinale de Jonas Meyer, pionnier du droit public comparé

Sylvain Soleil

DOI : 10.35562/droit-public-compare.128

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. Comparaison, réflexion doctrinale et pratique
 2. Comparaison et systèmes français, anglais, allemands et néerlandais
- Conclusions : Meyer et sa postérité

TEXT

- 1 Les concepts de *système* et de *modèle* sont au cœur des préoccupations du comparatiste. Ils servent à explorer les phénomènes juridiques que l'on prétend comparer, classifier, expliquer. Le premier a très vite servi de cadre, dans la littérature occidentale, pour qualifier l'un des buts de la comparaison des droits, à savoir la typologie des grands systèmes juridiques¹. Le second s'est à ce point installé dans la littérature de droit comparé que deux comparatistes, George Mousourakis et Matteo Nicoloni, n'hésitent pas à affirmer que « le but de la comparaison juridique, en tant que science, est de mettre en lumière les différences entre les modèles juridiques, et de contribuer à la connaissance de ces modèles »². Pourtant, ces deux concepts scientifiques n'ont pas toujours le même sens d'un auteur à un autre : tel auteur parle de système et de modèle comme deux équivalents, tel auteur parle de modèle pour qualifier la modélisation, tel autre pour qualifier l'un de ses usages (l'imitation ou la prédiction), tel autre confond modèle et idéal-type weberien. De fait, chez les juristes, il n'y a ni unité conceptuelle concernant la systématisation et la modélisation du droit, ni vue d'ensemble des divers usages des modèles. Cela n'est pas grave en soi, parce que

chacun comprend intuitivement son interlocuteur lorsqu'il parle de modèles. Toutefois, chacun gagnerait certainement à comprendre le sens et la cohérence de ces concepts.

- 2 Ce sont évidemment les sciences exactes qui, parce qu'elles ont très vite éprouvé le besoin de théoriser leurs concepts et leurs méthodes, offrent une utile clarification. Un modèle, pour un scientifique, est le produit d'une modélisation qui consiste à proposer 1/ une représentation de la réalité 2/ en choisissant, parmi ses traits d'identité (ou critères), les plus pertinents 3/ afin d'en faire un bon outil de compréhension, de réflexion et d'action. Puisque la réalité ne se laisse appréhender et capturer que de façon partielle, les scientifiques sont contraints de représenter cette réalité par des modèles qui vont permettre au chercheur de répondre aux questions qu'il se pose au sujet du phénomène qu'il s'agit de comprendre, d'expliquer, d'évaluer, d'anticiper³. En ce sens, un modèle se distingue nettement d'un système⁴. Au sens de Ludwig von Bertalanffy dans *General System Theory* (1976), un système est une structuration 1/ des éléments singuliers et complexes de la réalité, 2/ des relations qui unissent ces divers éléments (combinaison, relations de cause à effet, cohérence, etc.) et 3/ des lois et des propriétés qui régissent ces relations⁵.
- 3 Cette distinction est le fruit d'une longue histoire méthodologique et sémantique. Au commencement, le substantif modèle renvoyait à la fois à *l'imitation* d'un sujet ou d'un objet (ce qu'on appelle un prototype) et à *la simplification* de la réalité (ce qu'on appelle un type)⁶. Chez les encyclopédistes du XVIII^e siècle, c'est le substantif *système* qui, dans un premier temps, désigne cette représentation de la réalité, réduite à quelques critères pertinents pour servir d'outil. Puis, peu à peu, dans la littérature scientifique, le substantif *système* cède devant le substantif *modèle* qui se déploie au fur et à mesure que les mathématiques s'emparent des sciences physiques, de la biologie, de l'astronomie, de la mécanique, de l'ingénierie, etc⁷. Chez ces scientifiques, un *système* (le produit d'une systématisation) est l'objectif à atteindre : comprendre la structuration complexe des éléments de la réalité, les relations qui les unissent et les lois qui régissent ces relations, tandis qu'un *modèle* (le produit d'une modélisation) n'est qu'une méthode, un moyen, une étape pour interroger la réalité. C'est un concept-outil aux multiples usages : un

outil cognitif ou pédagogique qui, par la comparaison entre modèles, permet de comprendre, de classer et de rendre compte de certains phénomènes complexes ; un outil prédictif qui, par le traitement de données antérieures vérifiables, permet d'anticiper l'avenir ; un outil normatif qui, par la comparaison entre modèles, permet d'évaluer les divers modèles et de faire des choix entre eux.

- 4 À cela, une exception : le droit. Au ^{xix}^e siècle et jusqu'à la fin du siècle suivant, le substantif *modèle* renvoie toujours, de façon directe, à l'imitation, à la réforme, à la greffe, à l'emprunt, à la réception, à la transposition, à la transplantation, à l'acculturation – autant de mots pour qualifier des logiques voisines mais différentes⁸, et, de façon indirecte, à des typologies diverses. Pour désigner ce qu'on appelle dans les autres sciences *un modèle*, ils continuent d'utiliser le substantif *système*, comme les encyclopédistes du ^{xviii}^e siècle. Chez eux, en effet, la question de la modélisation va rester secondaire. Ce qui est premier, c'est la recherche de modèles à imiter ou à rejeter. À l'époque, il s'agit du mobile principal lorsqu'on fait de la comparaison des droits⁹. La raison est très simple. Au cours du siècle, la création d'une multitude de nouveaux États en Amérique latine, en Europe, en Asie, et la nécessité partout ressentie dans les vieux États de réformer rapidement les systèmes juridiques respectifs, conduisent à comparer pour identifier diverses sources d'inspiration et offrir des solutions. De nombreux auteurs se donnent pour mission d'éclairer leurs législateurs. D'ailleurs, ils y parviennent parfois. Dans les différents domaines qu'il convient de réformer (droit civil ou droit pénal, droit du commerce ou de l'administration, organisation judiciaire et procédure, etc.), ils fabriquent des modèles à partir des systèmes étrangers, ils les évaluent, ils soulignent leurs avantages et leurs inconvénients, avant de désigner le modèle qu'il conviendrait d'imiter.
- 5 Parmi ces auteurs, la personnalité et l'œuvre de Jonas Meyer offrent un laboratoire d'analyse privilégié, tout d'abord parce que son expérience personnelle l'a placé au cœur d'un contexte (la chute de l'Empire de Napoléon) que l'historienne du droit italienne Gigliola Di Renzo Villata qualifie de « turbine de modèles »¹⁰, ensuite parce qu'il a été un pionnier de la comparaison dans le domaine du droit public, un auteur lu, reconnu, respecté, utilisé, mentionné, avant de sombrer dans l'oubli, enfin et surtout parce qu'il s'explique, presque

pas à pas, sur ses mobiles, ses objectifs et sa méthode. Avec lui, la comparaison et la fabrication de systèmes et de modèles deviennent faciles à suivre.

1. Comparaison, réflexion doctrinale et pratique

- 6 Jonas Daniel Meyer (†1834) est né à Arnhem, en Gueldre, dans les Provinces-Unies, en 1780¹¹. En janvier 1795, le pays est occupé par les armées françaises. Le 17 janvier, le comité de salut public s'empresse de faire proclamer, sur place, la nouvelle République batave¹². Il s'agit de la première de ces républiques sœurs fondées par la Convention thermidorienne puis le Directoire non seulement pour libérer les territoires de l'Est, pour y faire transposer le modèle politique et juridique révolutionnaire, pour y mobiliser des richesses et des soldats, mais encore pour former une ceinture de protection contre l'Autriche et la Prusse¹³. En 1796, Meyer soutient sa thèse sous la direction d'Hendrik Constantijn Cras : *Disputatio juris sistens dubia de Thomae Payne doctrina in jure publico civitatum, posteris ex majorum pactis conventis non obligari*¹⁴. Meyer, devenu avocat, intègre la nouvelle organisation judiciaire en tant que juge d'instruction¹⁵. En 1806, la République batave est transformée en royaume de Hollande confié par Napoléon à son frère Louis, avant d'être incorporé au territoire français en 1810, et départementalisé. Dans cet ensemble institutionnel napoléonien, Meyer est devenu directeur de la *Gazette officielle*, l'équivalent hollandais du *Bulletin officiel* français, membre du conseil général du département de Zuiderzée et juge d'instruction au tribunal de première instance d'Amsterdam.
- 7 Placé, pour la première fois, au cœur de la machine administrative et judiciaire, Meyer publie, en 1813 ses *Principes sur les questions transitoires, considérées indépendamment de toute législation positive et particulièrement sous le rapport de l'introduction du code Napoléon*. L'auteur s'enthousiasme devant l'œuvre codificatrice prônée de longue date par les souverains éclairés, les jurisconsultes, les magistrats et mise en œuvre par les révolutionnaires puis Napoléon Bonaparte. La codification civile notamment, se félicite-t-il, a mis fin à l'enchevêtrement des coutumes, de la jurisprudence des arrêts, des avis des jurisconsultes, des législations plus ou moins générales, du

droit romain, du droit féodal et du droit canonique. Toutefois, déplore-t-il, en France et plus encore dans les territoires passés sous sa domination, rien n'a été expressément prévu en matière civile pour régler les questions transitoires entre les anciennes règles qui s'appliquaient sous l'Ancien Régime et les nouvelles règles du Code Napoléon. D'où l'afflux de contentieux. Meyer affirme que c'est d'ailleurs ce qui a causé l'encombrement du tribunal d'Amsterdam. Comme d'autres praticiens, il a cherché des solutions dans l'œuvre pionnière de Chabot de l'Allier – mais, l'ouvrage est démesurément long –, dans l'ouvrage de Blondeau – mais il reste introuvable – et dans les œuvres de Lassaulx, Grolman ou Weber confrontés au même problème dans les territoires allemands soumis au Code civil français. Or, si « la méthode presque entièrement philosophique d'étudier le droit en Allemagne, pouvait donner lieu d'attendre un système complet », Meyer se désole du résultat¹⁶. Aussi propose-t-il, en 218 pages, huit principes généraux pour guider les praticiens. L'ouvrage est publié en 1813, mais déjà l'Empire vacille.

- 8 En octobre, la bataille de Leipzig scelle le sort de Napoléon. Le prince Guillaume-Frédéric VI d'Orange est rappelé aux Pays-Bas et accepte le titre de souverain dans la proclamation du 2 décembre 1813. Le 21 décembre, il institue une commission chargée de rédiger une nouvelle constitution pour les Pays-Bas, c'est-à-dire les anciennes Provinces-Unies du Nord-Est à l'exclusion des territoires belges du Sud-Ouest. Proclamée en mars 1814, celle-ci s'applique un an et demi, avant que le congrès de Vienne ne valide la fondation du royaume uni des Pays-Bas, réunissant les Provinces-Unies et la Belgique. La nouvelle loi fondamentale est proclamée en août 1815. Meyer y a travaillé en tant que secrétaire de la commission chargée de rédiger le texte constitutionnel.
- 9 Placé, pour la seconde fois, au centre des affaires publiques, Meyer publie en 1817 ses remarques sur *La nécessité d'une Haute-Cour provisoire pour le Royaume des Pays-Bas*. Afin de comprendre le sens de l'œuvre, il faut savoir que dans les années 1814-1815, aux Pays-Bas comme ailleurs en Europe, la grande question est celle de savoir s'il faut conserver le système juridique, administratif et judiciaire français, s'il faut s'en débarrasser ou effectuer un tri¹⁷. La commission chargée de rédiger la Constitution de 1814 était présidée par Van Hogendorp qui avait refusé de travailler pour les Bonaparte et

avait proclamé le gouvernement néerlandais provisoire. Il avait donc pris pour base le projet de constitution monarchique qu'il avait mis au point en 1812 – un projet antidaté (1806), au cas où la police de Napoléon aurait perquisitionné son domicile¹⁸. Au sein de la commission, Van Hogendorp se montrait favorable au retour aux anciens principes constitutionnels. Mais, conscient des enjeux politiques, il avait ouvert la commission à des hommes qui avaient occupé des postes à responsabilité durant l'occupation française : Van Maanen, Elout, Röell et Van Imhoff¹⁹. Ceux-ci, favorables au maintien du système français, avaient habilement proposé de néerlandiser les noms des tribunaux, de modifier certaines règles, tout en conservant l'essentiel du modèle français qui était ainsi passé, contre l'avis initial du souverain et de Van Hogendorp, dans la constitution de 1814. Changement de cap en 1815 : l'ordre judiciaire d'origine français est modifié ; pas de Cour de cassation ; le Conseil d'État n'a plus qu'un rôle consultatif. En 1817, Meyer, démissionnaire, revient sur cette question toujours débattue. Il fonde son argumentaire sur sa double expérience. L'application des lois en tant que praticien et l'observation de leur « liaison intime » avec « toutes les autres branches du gouvernement », en tant que conseiller général puis en tant que secrétaire de la seconde commission constitutionnelle, l'ont convaincu que l'ordre judiciaire est « la pierre fondamentale de toute l'administration [au sens général des institutions publiques] »²⁰. Or, la séparation du royaume des Pays-Bas d'avec la France a produit un déséquilibre. D'un côté en effet, l'organisation judiciaire a été bouleversée. De l'autre, le royaume continue d'appliquer les lois françaises, en attendant une réforme complète des codes. Meyer déplore l'anarchie institutionnelle qui a suivi le départ des Français et s'inquiète longuement de la juxtaposition de deux peuples que leurs cultes, leur passé, leurs langages respectifs éloignent l'un de l'autre. Mais il y a pire, affirme Meyer. Les uns, au Sud, ont été incorporés à la France depuis 1793 de sorte que les anciennes lois et coutumes n'y sont qu'un vague souvenir. Les autres, au Nord, n'ont été définitivement intégrés à l'Empire qu'en 1810 après avoir connu des périodes d'autonomie juridique et institutionnelle relative. Belges et Néerlandais n'ont donc pas acculturé le modèle français avec la même intensité. Seule, plaide-t-il, une juridiction suprême commune pourrait maintenir l'unité juridique du pays. Il utilise trois modèles pour le prouver :

« On n'a qu'à voir les statuts de la Cour suprême de l'Angleterre, connue sous le nom de *Banc du Roi*, et calquée sur le modèle de pareilles institutions chez tous les peuples d'origine germanique, qui établirent leurs dominations sur les débris de l'Empire romain. Dans l'ancienne France, depuis l'établissement de la monarchie, les rois avaient cherché les moyens de réunir devant un seul tribunal toutes les causes du Royaume, et le Conseil-d'État suppléait en quelque façon à ce point de ralliement. Enfin les derniers restes de l'union germanique se rencontraient dans la Chambre aulique de Wetzlar ; et ce n'est pas sans raison que la diète de Francfort s'occupe du rétablissement d'une juridiction supérieure et commune à toute l'Allemagne. »²¹

- 10 Résumant Montesquieu, Meyer indique que la théorie et l'histoire enseignent que lorsque les constitutions furent établies et la séparation des pouvoirs garantie, on ne pouvait attendre que du pouvoir judiciaire la mission d'empêcher les abus du pouvoir exécutif. Pierre fondamentale, l'ordre judiciaire l'est donc à plusieurs titres : pour assurer l'unité du royaume, pour garantir les droits et les libertés des citoyens, pour faire appliquer partout la loi voulue par le souverain. La suite de l'ouvrage est consacrée à louer et justifier le modèle français, la cassation, le ministère public et l'uniformité dans l'application des lois.
- 11 Quelles conclusions peut-on tirer des renseignements dont dispose l'historien du droit à propos du comparatisme de Meyer ? D'une part, c'est un homme qui, comme beaucoup à l'époque, allie l'expérience pratique – il a été avocat ou juge durant toute sa carrière – à la réflexion réformatrice et la réflexion doctrinale. Outre ses ouvrages, il a produit plusieurs articles parus dans la *Thémis* sur les substitutions fidéicommissaires et dans les *Bytragen* sur le droit des obligations. Il a lu les auteurs français, les auteurs allemands (Savigny, Lassaulx, Grolman, Weber) et les auteurs britanniques (mais sans références). Il a accumulé de multiples connaissances sur les droits étrangers du fait de l'occupation des Français, puis de l'avènement de Guillaume et des mutations que ces va-et-vient ont fait subir à la Belgique et aux Pays-Bas. La comparaison est, pour lui, chose naturelle parce qu'il n'a pas observé ces phénomènes du dehors. Il les a vécus du dedans. Il les a expérimentés. Il les a pratiqués comme tant d'élites juridiques européennes de la période. C'est pourquoi

notamment, à l'égard du droit français, il relie entre eux les divers éléments du système pour en comprendre l'unité.

- 12 D'autre part, Meyer compare pour souligner les avantages et les inconvénients des mécanismes qu'il étudie et prôner le modèle français : l'abolition du pluralisme juridique, la codification, la cassation, le ministère public, l'uniformité juridique, la séparation des pouvoirs. Il identifie d'autres systèmes qu'il oppose à celui qui a sa préférence. Un exemple : dans l'ouvrage de 1817, après s'être félicité devant les progrès de la législation et de la codification, après avoir loué Charles Quint, Louis XIV et Frédéric II de Prusse, Meyer mentionne « le risque des nouveaux systèmes » pour qualifier les thèses de Savigny qu'il résume en une phrase :

« Prouver qu'il serait convenable de reconnaître le droit romain comme loi universelle, vu l'impossibilité où se trouvent les modernes de faire une bonne législation. Cette opinion a été vivement combattue par d'autres savans, et entr'autres, par le Conseiller bavaois Gönner : elle forme maintenant un point de controverse en Allemagne. »²²

- 13 De fait, Meyer se sert de tous les outils linguistiques pour développer son idée : il cite « *l'exemple des anciens* » (p. 22), il affirme que les ordonnances de Louis XIV « *ont servi de base aux codes actuels* » (p. 24), il dit du code de Frédéric II que « *son exemple a été suivi dans plusieurs pays de l'Europe* » (p. 24), il minimise « *l'exemple de la France, où les codes ont été sanctionnés en grandes masses et sans aucune discussion au Corps législatif* » (p. 30), il proclame que les anciennes constitutions ne méritent pas « *d'être citées comme des modèles à suivre* » (p. 100), il réclame une juridiction suprême « *sur le modèle de celle qu'a voulu la Loi fondamentale* » (p. 120).
- 14 En d'autres mots, Meyer s'est persuadé, à l'aune des multiples systèmes juridiques appliqués en Belgique et aux Pays-Bas, que l'organisation judiciaire était le cœur du système et que le système français, malgré les convulsions qui l'ont accompagné, était le meilleur des modèles. Il a recherché le sens des tribulations juridiques de son pays. Il a examiné les faits, il a exploré l'histoire, les causes et les effets, il a lu, il a comparé avec ce qui se passe à l'étranger. Il cherche désormais à théoriser et c'est là, précisément,

que le concept de modèle lui devient nécessaire. On ne sait pas exactement quand Meyer décide de développer les idées qui sont en germe dans son plaidoyer pour une Haute Cour. Toujours est-il qu'elles donnent lieu, un an après, à son ouvrage majeur : *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires dans les principaux pays de l'Europe*.

2. Comparaison et systèmes français, anglais, allemands et néerlandais

- 15 L'ouvrage est publié à compter de 1818 et jusqu'en 1823, en langue française, en six volumes, à La Haye. Le succès est immédiat. Le premier volume, publié en 1818, est réédité dès février 1819²³. On le trouve à Bruxelles, Amsterdam, Paris, Bordeaux, Londres, Leipzig, Francfort, Aix-la-Chapelle, Hambourg, Gotha²⁴. Les premiers volumes donnent lieu à un compte rendu dans le *Monthly Review* britannique du dernier trimestre 1821, une recension d'une centaine de pages dans l'*Hermès* allemand du premier trimestre 1822 alors qu'on annonce déjà deux traductions allemandes en Prusse et en Bavière²⁵. En France, Millelot lui consacre un long compte rendu dans le quatrième tome de la *Thémis* de 1821²⁶. Il prophétise que l'ouvrage « n'aura pas la vogue, et n'aura pas de prôneurs », mais que le temps assurera son succès, comme pour Bignon ou Montesquieu. Erreur de pronostic. Méconnu aujourd'hui, l'*Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires* a aussitôt servi de référence pour la plupart des auteurs qui examinaient les systèmes juridiques européens, spécialement en France²⁷. C'est pourquoi l'ouvrage fait l'objet d'une édition parisienne en cinq volumes chez Dufour et d'Ocagne, en 1823. L'éditeur précise que l'enthousiasme des savants est tel qu'il était de son devoir « qu'un tel ouvrage se répande avec un égal empressement »²⁸. Il sera recensé, cité, utilisé, aussi bien au Royaume-Uni qu'aux États-Unis, lors de la première *codification controversy*²⁹.

- 16 Dans cette œuvre, Meyer propose une grande fresque synchronique et diachronique de plus de 2 500 pages où les institutions judiciaires sont toujours mises en relation avec le régime politique, le droit

constitutionnel, la façon de fabriquer le droit civil, pénal ou commercial, la procédure, les libertés publiques, l'administration, le droit administratif et les juridictions administratives (lorsqu'elles existent). Bref, un vaste ouvrage de législation comparée en matière de droit public. Mais comme rien, en dehors de l'histoire, ne peut expliquer les ressemblances et les différences entre les divers systèmes d'Europe, l'auteur offre une place majeure à l'histoire du droit. L'œuvre est complexe à manipuler, parce que le projet éditorial de l'auteur a été contrarié par la prolixité de sa plume. À la base, Meyer avait réparti sa réflexion en trois parties distinctes : la partie ancienne, la partie moderne et la partie doctrinale où l'auteur propose « l'application des principes déduits » des deux premières parties précédentes. L'ampleur de ses recherches l'a conduit à présenter tout cela en huit livres qui – comble de la complexité – se présente en six volumes (édition hollandaise de 1818-1823) ou cinq volumes (édition française de 1823).

- 17 Dans la première partie, Meyer retrace l'histoire des institutions politiques (livre I) et judiciaires (livre II) des tribus germaniques, avant et après leur installation dans l'Empire romain. Il cherche ainsi à expliquer les similitudes que les institutions « ne peuvent devoir qu'à une origine commune »³⁰. Or, affirme-t-il, il n'y a que deux moments où toutes les nations d'Europe n'obéissaient qu'à une « même impulsion » : lorsque l'Europe subissait le joug des romains et lorsque les nouveaux petits États barbares, « quoique différant entre eux d'usages, de lois, de principes même, semblaient cependant, sous plus d'un rapport, être moulés d'après un prototype commun »³¹.
- 18 Dans la deuxième partie, Meyer présente les institutions de l'Angleterre (livre III), de la France avant la Révolution (livre IV), des Pays-Bas (livre V), de l'Allemagne (livre VI), de la France après la Révolution (livre VII). S'il termine par cette étude, c'est qu'il y trouve, certes avec de multiples réserves et des emprunts aux institutions anglaises, le modèle qu'il privilégie et qui forme la trame de sa troisième partie.
- 19 Dans cette troisième et ultime partie, Meyer quitte le registre de la recherche historique et de la législation comparée, pour proposer des voies d'évolution : un modèle à suivre pour moderniser les institutions en Europe. Il adopte parfois le langage de Montesquieu,

parfois celui de Bentham, il donne des consignes, anticipe les contradicteurs, prophétise les succès et les échecs à venir en matière juridique et judiciaire. Cela forme le livre IX dont le titre traduit l'esprit : *Résultats de l'expérience pour des législations futures*. Trois aspects de l'ouvrage vont particulièrement retenir l'attention, afin de comprendre les mobiles de l'auteur, sa méthode et l'interprétation qui a été faite de son travail par les auteurs de l'époque.

- 20 Quant au mobile de l'auteur, Meyer proteste de sa bonne foi comparative :

« Pour pouvoir profiter de tout ce qu'enseigne l'expérience des siècles dans une matière aussi délicate que celle dont dépend en grande partie le bien-être du genre humain, il ne faut pas borner ses recherches au seul pays auquel on destine un nouveau système de lois ; mais on doit embrasser dans ses observations, les législations des autres peuples et principalement de ceux dont la situation, les relations, les besoins et les ressources offrent le plus de similitude avec celui auquel on a voué le résultat de ses connaissances. C'est en bien étudiant la marche de leurs lois, en les examinant avec la même attention, qu'on parvient à réunir les résultats des expériences qu'ont faites tous ces peuples sur différents points de législation. »³²

- 21 Officiellement, il s'agit donc d'une comparaison qui se veut ouverte à tous les avantages et inconvénients des systèmes juridiques étudiés. De fait, Meyer examine les expériences anglaise, française, hollandaise et allemande auxquelles il consacre de longs développements. Toutefois, l'historien du droit, parce qu'il connaît les opinions et les ouvrages antérieurs de l'auteur, sait très bien que Meyer a fait son choix avant de commencer à étudier les systèmes juridiques de l'Allemagne et de l'Angleterre. Dès 1813, dès 1817, il avait comparé les institutions néerlandaises et françaises post-révolutionnaires, au profit des secondes. Son mobile réel est de montrer que, des quatre voies suivies dans les pays comparés, la voie française est la meilleure et qu'elle peut encore être améliorée grâce à quelques institutions libérales anglaises et aux idées de l'auteur. Tout cela aurait d'ailleurs pu tenir en un seul volume, mais il est à croire que Meyer s'est pris au jeu, qu'il s'est passionné pour l'histoire du droit, qu'il a pris modèle sur Montesquieu et, sans doute aussi, sur Savigny quoiqu'il condamne sa doctrine juridique. Il a

vraisemblablement enrichi son mobile principal de mobiles nouveaux³³ : présenter à la communauté scientifique l'histoire, l'esprit et l'état du droit dans quatre pays peu, pas ou mal comparés les uns aux autres.

- 22 Quant à la méthode, elle consiste à s'immerger dans l'histoire institutionnelle de chacun des quatre pays étudiés, à partir des sources et des auteurs récents. Sa clef de compréhension et de comparaison est l'histoire : chaque pays a suivi une histoire qui a produit un ensemble d'institutions propres, distinctes de celles de ses voisins. Paradoxalement, il ne s'agit pas du tout de produire des modèles réduits ; la dynamique le conduit, au contraire, à détailler les causes et les effets, à rechercher dans le passé lointain les clefs de la complexité, à présenter des listes entières d'institutions. Pourtant, Meyer a cherché à s'en tenir à ce qu'il nomme son « objet », c'est-à-dire ne retenir que « les grands traits distinctifs », « les points principaux » de divergence entre les systèmes étudiés ce qui, évidemment, lui pose problème dans les pays sans unité institutionnelle et juridique. À propos des Pays-Bas, il indique en introduction :

« Rechercher toutes les institutions particulières à chaque province nous mènerait à des détails trop minutieux, et en même temps trop étendus pour l'objet que nous nous sommes proposé. [...] C'est ainsi qu'à mesure que nous avançons dans notre travail, nous avons jugé pouvoir simplifier sa marche. [...] Nous nous bornerons simplement à ce qui peut être regardé comme plus ou moins commun à toutes, ou à la plupart des provinces comprises sous le nom des Pays-Bas, et ce qui, différant des institutions que nous avons rencontrées dans nos recherches précédentes, peut être regardé comme national. »³⁴

Il y revient dans l'introduction du livre consacré à l'Allemagne :

« En suivant la même marche, il sera possible de parvenir à l'objet que nous nous sommes proposé [...]. Nous avons en vue de faire ressortir les grands points sur lesquels l'Allemagne se distingue des pays de l'Europe que nous avons déjà passé en revue, pour ne nous occuper que des grandes masses ; et sans prétendre examiner toutes les particularités, [...] nous croyons suffire en fixant l'attention sur quelques grands traits, qui d'un côté impriment un caractère distinctif aux institutions allemandes, et qui de l'autre, quoique

généralement reçus en Allemagne, sont essentiellement dissemblables à tout ce qui s'est jusqu'ici présenté à nos observations. »³⁵

- 23 L'analyse de l'Angleterre est remarquable. Après avoir longuement exploré le droit et les institutions du pays, grâce à Blackstone, Hallam et Bentham, il synthétise ses découvertes par une mise en regard des *Grands avantages des lois anglaises* et des *Défauts des lois anglaises*, avant de proposer un résumé de cette double synthèse : « nous n'avons pas donné un traité complet du droit et de la procédure en Angleterre, mais nous croyons avoir touché les principaux points qui rentraient dans notre objet, dont plus d'un deviendra le sujet de nos observations dans la suite de cet ouvrage »³⁶.
- 24 Pour l'Angleterre :
1. L'empreinte de la féodalité dans toutes les dispositions législatives
 2. La puissance initiale de la monarchie
 3. Les grandes libertés publiques arrachées aux rois
 4. L'extension du pouvoir du parlement, spécialement sa chambre basse
 5. Le développement des juridictions royales au détriment des juridictions seigneuriales
 6. L'introduction du jury
 7. L'esprit libéral des institutions.
- 25 Pour la France :
1. L'emprunt à l'Angleterre de la représentation nationale et du jury, mais en partie vidés de leur substance à cause des convulsions révolutionnaires et de l'autoritarisme napoléonien
 2. Une législation uniforme, maintenue et conservée par une cour de cassation
 3. La liberté des juges et leur jurisprudence bornée, d'un côté par les demandes des parties ou du ministère public, de l'autre par la volonté du législateur
 4. La distinction des autorités de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif
- 26 Comment les mobiles, la méthode et les conclusions de l'auteur ont-ils été compris à l'époque ? L'interprétation de l'éditeur français (Dufour) offre une clef de compréhension. En 1823, dans la première

édition parisienne du premier volume, il salue l'intelligence de Meyer, le succès de l'édition néerlandaise, annonce l'édition parisienne de la version complète des *Institutions judiciaires*, avant de résumer l'ouvrage que les savants s'accordent à vouloir placer « dans toutes les bibliothèques, après Montesquieu et au rang des autres publicistes classiques dont s'honorent la France et l'Angleterre »³⁷. Concernant la partie moderne, l'éditeur explique :

« Elle a conduit l'auteur à donner un précis historique et critique des institutions de l'Angleterre, de la France, des Pays-Bas et de l'Allemagne. Il a reconnu que quatre systèmes distincts s'étaient établis sur celui des institutions primitives et germaniques, et que les autres pays qu'il s'est proposé de parcourir en fournissaient les modèles. »³⁸

- 27 L'éditeur, malgré l'ambiguïté des termes, a tout compris. Il a vu que Meyer était parti d'un « type commun », qu'il avait systématisé quatre ensembles complexes distincts, dont les autres pays n'étaient que des modèles (au sens ici de reproductions des modèles initiaux).

Conclusions : Meyer et sa postérité

- 28 Que retenir de la façon dont Meyer interroge, interprète et traduit la réalité juridique par des *systèmes* et des *modèles* ?
- 29 Tout d'abord, chez Meyer comme chez les comparatistes de sa génération et des décennies suivantes, le substantif *système* est utilisé aussi bien pour qualifier la complexité d'un ensemble juridique que sa réduction à certains traits généraux, ce qui conduit à utiliser le même mot pour deux objets scientifiques différents.
- 30 Ensuite, chez Meyer comme chez les comparatistes de sa génération et des décennies suivantes, le substantif *modèle* renvoie toujours, de façon directe, à l'imitation, mais aussi, de façon induite, à des types, à une typologie, à une opposition de façons d'organiser le droit et les institutions.
- 31 Enfin, le mobile principal de l'auteur est de proposer un modèle à suivre et, pour aboutir à l'objectif, sa méthode le conduit à

systematiser quatre ensembles juridiques et institutionnels – ce sont des systèmes – qu’il réduit à quatre types opposés les uns aux autres grâce à des critères de simplification (les traits généraux, les traits distinctifs, les points principaux) et qu’il combine (reprendre les éléments principaux du modèle français en y greffant l’esprit libéral des institutions anglaises) pour servir d’inspiration à son propre pays : le royaume des Pays-Bas.

- 32 Les institutions anglaises... Ce sera le dernier combat de Meyer. Combat étonnant, puisque celui-ci se met en tête, en 1830, d’offrir un guide aux Anglais, une sorte de modèle d’action, pour les aider à codifier leur droit et abandonner leur système de *common law*, sous le titre *De la codification en général et de celle de l’Angleterre en particulier en une série de lettres adressées à Mr. C. P. Cooper*. Ce dernier est un juriste britannique qui, lors de la *codification controversy*, a publié un ouvrage en plusieurs lettres pour dénoncer les apôtres de la codification, pour agresser la doctrine de Bentham, pour s’approprier celle de Savigny et vanter la sagesse du système traditionnel³⁹. L’ouvrage publié en 1827 a été réédité en 1828 et 1830. Il a été recensé, défendu ou attaqué. Meyer, prend le prétexte d’une réponse à l’auteur pour reprendre ses propres idées. Dans la première de ses lettres, il se déclare atterré par les progrès rapides de l’école historique en Europe et décide de « combattre la théorie de Mr. De Savigny »⁴⁰. Il développe ensuite longuement l’illusion qui consiste à croire que le droit romain puisse servir de fondement positif au droit actuel. Meyer raconte son propre cheminement intellectuel en défendant « le système de la codification » et en attaquant « le système de Savigny » : l’histoire du droit, écrit-il, est utile pour comprendre les fondements du système juridique actuel, mais elle ne sert à rien comme disposition législative (2^e lettre)⁴¹. Meyer défend, au contraire, la doctrine systématique et cherche à montrer que seule la loi peut servir de base juridique fixe et invariable, contrairement à la jurisprudence, aux traités ou la coutume (3^e lettre). Il en profite pour défendre le Code Napoléon, son système qui combine la fixité de la loi et la diversité de leur application aux litiges grâce aux autres sources : le droit romain, les coutumes, le droit naturel, la jurisprudence ou les opinions des auteurs. C’est à ce point du raisonnement qu’il participe à la controverse anglo-américaine sur l’abrogation du *common law* et la

codification du droit (4^e lettre). Ce système doit être soustrait à l'emprise croissante de Savigny et des praticiens britanniques. Le système devrait suivre l'évolution du droit romain et la voie française : classer le droit anglais selon le modèle de Justinien, obtenir deux recueils (un *digest*, qui compilerait le *common law*, et un *codex*, qui compilerait le *statute law*), corriger et simplifier les règles, les inscrire dans un code, en faire une large publicité auprès du public, supprimer la distinction entre cours de *common law* et d'*equity*, repenser la hiérarchie judiciaire, instituer un ministère public sur le modèle français et transformer la Chambre haute du parlement en Cour de cassation. On l'aura compris, Meyer applique à l'Angleterre la matrice du huitième et dernier livre des *Institutions judiciaires* (*Résultats de l'expérience pour des législations futures*) ; il fait passer le système britannique au moule du droit français repensé dans un sens plus libéral. Il termine en se félicitant du travail accompli, en saluant les juristes visionnaires (Bentham, Romilly, Brougham, Peel), en égratignant les juristes anglais qui, craignant sans doute les railleries de Savigny et des siens, « se sont traînés à la remorque de cette opinion subversive de toutes mes idées »⁴², et les juristes français qui ont été contaminés par les thèses de l'école historique allemande : Pardessus, Lerminier et la *Thémis*.

NOTES

1 Par exemple, J. H. WIGMORE, *A Panorama of the World's Legal Systems*, Washington, LBC, 1928, 3 vol. ; collectif, « Vergleich der Rechtssysteme », *Schriftenreihe der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Personenstandswesen und Verwandte Gebiete*, 1960, 43, p. 100 s. ; R. DAVID, *Les grands systèmes juridiques contemporains*, Paris, Dalloz, 1964.

2 « And the goal of legal comparison as a science is to bring to light the differences existing between legal models, and to contribute to the knowledge of these models » (G. MOUSOURAKIS et M. NICOLINI, *Comparative Law and Legal Traditions*, Heidelberg, New York, Londres, Springer, 2019, p. 6).

3 H. FREUDENTHAL (dir.), *The Concept and the role of Models in Mathematics and Natural and Social Sciences*, Dordrecht, Reidel, 1961 ; A. BADIOU, *Le concept de modèle*, Paris, Maspéro, 1969 ; C. BLANCKAERT, J. LEON et D. SAMAIN,

Modélisations et sciences humaines. *Figurer, interpréter, simuler*, Paris, L'Harmattan, 2016.

4 G. WILLETT, « Paradigme, théorie, modèle, schéma : qu'est-ce donc ? », *Communication et organisation. Revue scientifique francophone en communication organisationnelle*, 1996, 10, p. 1 s.

5 L. VON BERTALANFFY, *General System Theory*, New York, Braziller, 1976.

6 S. BACHELARD, *Quelques aspects historiques des notions de modèle et de justification des modèles*, Paris, Maloine, 1979, p. 23 s.

7 H. SINACEUR, « Modèle », D. LECOURT (éd.), *Dictionnaire d'histoire et de philosophie des sciences*, Paris, PUF, 1999, p. 649-651.

8 E. LEVY, « The Reception of highly developed legal systems by people of different cultures », *Washington Law Review*, 1950, p. 223 et s. ; M. RHEINSTEIN, « Types of Reception », *Annales de la faculté de droit d'Istanbul*, 1956, p. 31 et s. ; I. ZAJTAY, « La réception des droits étrangers et le droit comparé », *RIDC*, 1957, p. 690 et s. ; M. ALLIOT, « L'acculturation juridique », J. POIRIER (dir.), *Ethnologie générale*, Paris, Gallimard, 1968, p. 1180 et s. ; J. RIVERO, « Les phénomènes d'imitation des modèles étrangers en droit administratif », *Miscellanea Ganshof Van der Meersch*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1972, 3 vol., t. 3, p. 619 et s. ; A. WATSON, *Legal Transplants : an approach to comparative law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974 ; A. C. PAPACHRISTOS, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1975 ; R. RODIÈRE, « Approche d'un phénomène : les migrations de systèmes juridiques », *Mélanges Marty*, Toulouse, PUSS, 1978, p. 947 et s. ; J. GAUDEMET, « Les transferts de droit », *Année sociologique*, 1976, p. 29 et s. ; E. AGOSTINI, « La circulation des modèles juridiques », *RIDC*, 1990, p. 461 et s. ; P. LEGRAND, *The impossibility of « Legal Transplants »*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 111 et s.

9 S. SOLEIL, « Pourquoi comparait-on les droits au XIX^e siècle », *Clio@Themis*, 2017, disponible sur internet : <https://doi.org/10.35562/cliouthemis.824>.

10 G. DI RENZO VILLATA, « Un turbinio di modelli. Il processo civile in Lombardia tra fervore progettuale, realtà normativa e pratica (1801-1806) », *La formazione del primo Stato italiano e Milano capitale 1802-1814*, Milan, Giuffrè, 2006, p. 159 et s.

11 Sur les éléments biographiques, « Meyer (Jonas Daniel) », *Mémorial encyclopédique et progressif des connaissances humaines...*, Paris, Direction

du mémorial encyclopédique, 1835, t. 5, p. 113 ; « Notice nécrologique sur M. Meyer, d'Amsterdam », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, 1835, t. 2, p. 248-249 ; J. D. MEYER, *Biographie universelle (Michaud) ancienne et moderne*, Paris, Desplaces, 2^e éd., 1854-1865, t. 28, p. 169.

12 S. SCHAMA, *Patriots and Liberators : Revolution in the Netherlands, 1789-1813*, Londres, Harper Perennial, 2005 ; A. JOURDAN, *La révolution batave, entre la France et l'Amérique*, Rennes, PUR, 2008 ; R. KUBBEN, *Regeneration and hegemony. Franco-batavians relations in the revolutionary Era : a legal approach 1795-1803*, Leyde, Brill, 2011.

13 H. BEUVANT, *Les réformateurs des Républiques sœurs face au modèle juridique français*, thèse droit, université de Rennes 1, 2018, p. 17 s.

14 J. MEYER, *Disputatio juris sistens dubia de Thomae Payne doctrina in jure publico civitatum, posteros ex majorum pactis conventis non obligari*, Amsterdam, P. den Hengst, 1796.

15 En 1804 et 1809, il produit deux essais, l'un portant sur la question : *L'appréciation morale d'une action peut-elle entrer en considération quand il s'agit d'établir et d'appliquer une loi pénale ?*, l'autre sur *Le principe fondamental de l'intérêt, les causes accidentelles de ses variations et ses rapports avec la morale*.

16 J. MEYER, *Principes sur les questions transitoires, considérées indépendamment de toute législation positive et particulièrement sous le rapport de l'introduction du code Napoléon*, Paris, Amsterdam, Dufour, 1813, p. xi.

17 R. BARREAU et S. SOLEIL (dir.), *Que faire du droit privé étranger dans un territoire libéré ? Approches historiques et comparatives*, Rennes, PUR, 2022.

18 E. VON BÓNÉ, « Guillaume I^{er} (1772-1844), roi constitutionnel des Pays-Bas, tenté par l'absolutisme éclairé », S. DAUCHY et C. LECOMTE (éd.), *L'absolutisme éclairé*, Lille, CHJ, 2002, p. 152-153.

19 Cité par O. MOORMAN VAN KAPPEN, « Les conceptions des rédacteurs de la constitution néerlandaise de 1814 sur la réforme judiciaire », *Influence du modèle judiciaire...*, op. cit., p. 61.

20 J. MEYER, *De la nécessité d'une Haute-Cour provisoire pour le Royaume des Pays-Bas*, La Haye, Imprimerie Belgique, 1817, préface.

21 Ibid., p. 22.

22 Ibid., p. 24-25.

- 23 J. MEYER, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, La Haye, t. 2, 1819, avis de l'éditeur, p. II.
- 24 J. MEYER, *Esprit...*, op. cit., La Haye, t. 1, 1818, annonce.
- 25 J. MEYER, *Esprit...*, op. cit., Paris, t. 1, 1823, prospectus, p. 1.
- 26 Millelot, « Esprit et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe ; par J.-D. Meyer », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, 1821, vol. 4, p. 97 s.
- 27 S. SOLEIL, *Aux origines de l'opposition entre systèmes de common law et de droit codifié. Les controverses anglo-américaines des années 1820-1835*, Paris, SLC, 2021, p. 270 s.
- 28 J. MEYER, *Esprit...*, op. cit., Paris, 1823, t. 1, prospectus, p. 1.
- 29 Meyer est mentionné par MILLER, *An Inquiry into the Present State of the Civil Law of England*, Londres, 1825, p. 446 et 470, par REDDIE, *A Letter to the Lord High Chancellor of Great Britain, on the Expediency of the Proposal to form a New Civil Code for England*, Londres, 1828, p. 27 et 87, par COOPER, *Lettres sur la Cour de chancellerie et quelques points de la jurisprudence angloise*, Londres, 1827, p. 223. Il fait l'objet d'une recension dans « Meyer – On the judicial institutions », *The Foreign Quarterly Review*, 1828, vol. 3, p. 433 s. reprise dans « Meyer – On the judicial institutions », *The Carolina Law Journal*, 1830, vol. 1, p. 242 s. Meyer est mentionné par Humphreys, « Letter from Mr. Humphreys in reply to Dr. Reddie and Mr. Cooper », *The Jurist*, 1828-1829, vol. 2, p. 125 s., dans « Written and unwritten law », *The Jurist*, 1828-1829, vol. 2, p. 181 s. et dans « Written and unwritten systems of laws », *The American Jurist*, 1831, vol. 5, p. 23 s. L'ouvrage est abondamment mentionné dans les divers volumes de *The Law Magazine* : « English practice – French procédure », *The Law Magazine*, 1828-1829, vol. 1, p. 453 s. ; « Code d'instruction criminelle – code pénal », *The Law Magazine*, 1832, vol. 8, p. 289 s. ; « Foreign legal intelligence [à propos du décès de Meyer et du succès de son premier ouvrage] », *The Law Magazine*, 1835, vol. 13, p. 533 s. Lors la sortie de l'autre ouvrage de Meyer consacré à la codification au Royaume-Uni, *The American Jurist* rappelle que l'ouvrage de 1823 a été universellement bien accueilli par le public (*The American Jurist*, 1831, vol. 5, p. 25).
- 30 J. MEYER, *Esprit...*, op. cit., Paris, 1823, *ibid*, p. 1.
- 31 *Ibid*, p. 2.

- 32 J. Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, Paris, 1823, 5 vol., t. 1, p. XXI.
- 33 Sur les rapports entre Meyer et Savigny, voir C. TOUCHE, *Les doctrines juridiques de l'Europe libérée face aux codes napoléoniens (1811-1825)*, thèse droit, Rennes 1, 2022, p. 427 s.
- 34 *Ibid*, t. 3, p. 9.
- 35 *Ibid*, t. 4, p. 7.
- 36 *Ibid*, t. 2, p. 318-319.
- 37 *Ibid*, t. 1, prospectus, p. 2.
- 38 *Ibid*, t. 1, p. 4-5.
- 39 S. SOLEIL, *Aux origines...*, op. cit., p. 217 s.
- 40 J. Meyer, *De la codification en général et de celle de l'Angleterre en particulier en une série de lettres adressées à Mr. C. P. Cooper*, Amsterdam, 1830, p. x.
- 41 *Ibid.*, p. 121-122.
- 42 *Ibid.*, p. 284.

ABSTRACTS

Français

Les juristes ont longtemps confondu les concepts de système juridique et de modèle juridique. Pour les scientifiques, un système est une structuration des éléments singuliers et complexes de la réalité, des relations qui unissent ces divers éléments (combinaison, relations de causes à effets, cohérence, etc.) et des lois et des propriétés qui régissent ces relations. Un modèle est le produit d'une modélisation qui consiste à proposer une représentation de la réalité en choisissant, parmi ses traits d'identité (ou critères), les plus pertinents afin d'en faire un bon outil de compréhension, de réflexion et d'action.

Cette clarification s'impose dès la fin du XIX^e siècle chez les mathématiciens, biologistes et physiciens, avant de s'imposer, au milieu du siècle suivant, parmi les économistes, les sociologues et les psychologues. Rien de tel en droit. Pour les juristes, jusqu'à l'extrême fin du XX^e siècle, le substantif modèle renvoie toujours à l'imitation, tandis que le substantif système renvoie au concept de représentation simplifiée de la réalité, bref à ce que tous les autres appellent un modèle. L'œuvre de Jonas Meyer, un comparatiste célèbre en son temps (1780-1834), permet de suivre l'histoire de ces deux concepts-clefs du droit comparé.

English

Lawyers have long confused the concepts of legal system and legal model. For scientists, a system is a structuring of the singular and complex elements of reality, the relationships that unite these various elements (combination, cause-effect relationships, coherence, etc.) and the laws and properties that govern these relationships. A model is the product of a modelling process which consists of proposing a representation of reality by choosing, from among its identity traits (or criteria), the most relevant in order to make it a good tool for understanding, reflection and action. By the end of the nineteenth century, mathematicians, biologists and physicists were already making this clarification, and by the middle of the following century, economists, sociologists and psychologists were making it their own. Nothing of the sort in law. For lawyers, until the very end of the twentieth century, the noun model always referred to imitation, while the noun system referred to the concept of a simplified representation of reality, in short to what everyone else called a model. The work of Jonas Meyer, a famous comparatist of his time (1780-1834), enables us to follow the history of these two key concepts of comparative law.

INDEX

Mots-clés

Meyer (Jonas), Montesquieu, système juridique, modèle juridique, codification, common law, droit comparé

Keywords

Meyer (Jonas), Montesquieu, legal system, legal model, codification, common law, comparative law

AUTHOR

Sylvain Soleil

Sylvain Soleil est historien du droit, professeur à l'université de Rennes 1, directeur de l'axe théorie et histoire des systèmes juridiques (IODE, UMR CNRS 6262). Ses travaux portent sur l'histoire comparée du droit. Il collabore avec divers centres de recherches européens, américains et africains. Il a publié en 2014 *Le modèle juridique français dans le monde. Une ambition, une expansion (XVI^e-XIX^e siècles)* aux éditions IRJS. Il a publié en 2021 *Aux origines de l'opposition entre systèmes de common law et de droit codifié. Les controverses anglo-américaines des années 1820-1835*, aux éditions de la Société de législation comparée. Il publie à l'automne 2022 *Les modèles juridiques. Histoire, usages & théorie*, aux éditions de la Société de législation comparée.

IDREF : <https://www.idref.fr/055749135>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000043203458>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/13200130>

Le droit public comparé en Amérique latine

Carolina Cerda-Guzman

DOI : 10.35562/droit-public-compare.168

Copyright

CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. Un comparatisme congénital
2. Un comparatisme total
3. Un comparatisme instrumental
4. Un comparatisme pathologique ?
5. À l'aube d'un nouveau comparatisme ?

TEXT

- 1 L'Amérique latine et le droit comparé ont longtemps vécu une histoire d'amour à sens unique. Alors que les juristes latino-américains clamaient leur passion pour l'étude du droit étranger, les recherches comparatives ont, quant à elles, eu tendance à ignorer cette région du monde. Si, depuis la seconde moitié du xx^e siècle, cette indifférence n'est plus de mise¹, elle reste parfois encore visible. En 2006, la première édition de l'*Encyclopédie de droit comparé* dirigée par Jan M. Smits consacre plusieurs entrées aux pays européens, ainsi qu'au Japon, à l'Australie et à l'Afrique du Sud, mais aucune à un pays latino-américain ou même à l'Amérique latine dans son ensemble². Ce désintérêt a généré de l'incompréhension de l'autre côté de l'Atlantique où la vision était toute autre, puisque, dès 1909, Alejandro Álvarez (un internationaliste chilien), affirmait déjà que « l'entrée de l'Amérique latine dans la communauté des nations est un des plus importants faits de l'histoire de la civilisation »³, laissant ainsi entendre qu'il serait tout naturel que ces nations s'intéressent au droit qui y était produit. D'autant que les juristes latino-américains ont toujours été extrêmement attentifs aux autres systèmes juridiques, en particulier à l'Europe et aux États-Unis. L'influence de ces droits est telle qu'elle invite à s'interroger sur les méthodes de

droit comparé utilisées en Amérique latine : ont-elles suivi les mêmes évolutions qu'en Europe ou aux États-Unis ou présentent-elles des singularités ?

- 2 L'enjeu de cette question est important au regard du renouveau de la discipline de manière générale. L'état des lieux critique fait par Mathias Reimann en 2002 résonne encore dans les consciences. Selon lui, le droit comparé se trouve dans une impasse du fait de son incapacité à mûrir, à devenir une véritable discipline scientifique, notamment parce que depuis plus d'un demi-siècle, il se trouve engoncé dans un modèle orthodoxe établi par des universitaires européens duquel il ne parvient pas encore totalement à sortir⁴. Or examiner la pratique comparative des juristes latino-américains permettrait sans doute de déceler des pratiques dissonantes et innovantes.
- 3 Aussi intéressante soit-elle, cette étude n'en est pas moins redoutable tant elle recèle de difficultés. La première réside dans l'ampleur de la tâche liée au champ géographique considérable à couvrir. Certes, il est possible de le réduire à l'Amérique latine hispanophone, mais en réalité ce critère ne permettrait d'éliminer qu'un nombre très réduit de pays⁵. Il serait à l'inverse possible de restreindre l'étude à un ou deux pays, mais ce choix présenterait l'inconvénient de masquer les influences réciproques entre les doctrines latino-américaines, ou, en tous les cas, de ne pas pouvoir les mettre suffisamment en relief. Dès lors, le choix critiquable, mais assumé, qui a été fait est celui d'analyser la pratique du droit comparé dans l'ensemble de l'Amérique latine, en se cantonnant toutefois au droit public. Ceci implique malgré tout de devoir s'adonner à une pratique honnie par les spécialistes de droit comparé les plus rigoureux, celle du *cherry-picking* en prenant ici et là quelques exemples. Avant que les comparatistes passionnés, à qui précisément s'adressent ces lignes, ne prennent les mesures appropriées pour punir cette infamie méthodologique, il convient de souligner le caractère très rudimentaire de la recherche ici effectuée ainsi que sa portée intrinsèquement exploratoire. Loin d'être un état des lieux précis et complet de la recherche en droit public comparé dans l'aire latino-américaine, cet article vise principalement à fournir aux lecteurs quelques clés d'entrée et de compréhension du droit public comparé en Amérique latine, mais aussi d'en donner les principales

caractéristiques et évolutions. En outre, afin de garder une cohérence au sein de cette exploration, l'étude puisera principalement ses exemples dans trois pays en particulier, les plus souvent examinés par les comparatistes occidentaux (le Mexique, l'Argentine et le Chili), permettant ainsi d'éviter le sentiment d'éparpillement.

- 4 La deuxième difficulté réside dans l'approche extensive de l'expression « droit comparé ». Il serait tout à fait possible de réduire l'analyse aux seules recherches mettant en œuvre une méthodologie spécifique à la comparaison des droits. Pour autant, une telle approche n'aurait pas véritablement de sens dans le cadre d'une étude visant à retracer la pratique de la comparaison des droits dans une vaste zone géographique. En gardant une conception large du « droit comparé », vu comme outil épistémologique⁶, et donc comme outil de connaissance du droit étranger, il est alors possible d'examiner un ensemble plus étendu de pratiques et de revenir notamment aux origines du comparatisme, lorsque celui-ci ne s'était pas encore doté de méthodologie spécifique.
- 5 Enfin, la dernière difficulté tient à l'identification de la doctrine publiciste latino-américaine en droit comparé, car analyser le droit comparé *en* Amérique latine et analyser le droit comparé *de* l'Amérique latine sont deux choses totalement différentes. Dans le premier cas, il s'agit d'étudier comment est effectuée la comparaison des droits par les juristes latino-américains. Dans le second, il s'agit de s'intéresser à la manière dont l'Amérique latine est traitée comme objet de comparaison, que cette étude soit faite par des auteurs latino-américains ou non. Si l'on souhaite se focaliser sur le droit comparé *en* Amérique latine (et non *de* l'Amérique latine), il est important de s'appuyer uniquement sur des auteurs latino-américains, donc ayant la nationalité d'un pays d'Amérique latine et/ou ayant enseigné dans une université de la région. Ce choix du critère de la nationalité ou du lieu de profession des auteurs est encore peu utilisé et explicité dans les analyses de la doctrine comparatiste. Il s'agit cependant d'un choix clair et assumé de la part de l'auteur de ces lignes dans le but de parvenir à avoir une vision idoine de ce qu'est le droit comparé *en* Amérique latine.
- 6 Une fois ces délimitations opérées, reste maintenant à procéder à cette étude dont la nature exploratoire complique l'approche. Au

moment de construire la présentation, la traditionnelle structure binaire (voire tertiaire pour les plus téméraires d'entre nous) que l'on retrouve dans les publications académiques en droit français n'est pas apparue comme la plus adaptée. Il est apparu plus judicieux de structurer cet article autour de cinq grands chapitres qui sont tout autant de traits caractéristiques du droit public comparé en Amérique latine. Cette présentation offre ainsi un aperçu de ses forces et de ses faiblesses, mais surtout de ses différentes facettes, car loin d'être univoque, le droit comparé en Amérique latine est un ensemble de voix très différentes, à l'image de celles chantées si merveilleusement par la grande interprète argentine Mercedes Sosa⁷.

1. Un comparatisme congénital

- 7 Bien souvent, au moment de retracer l'histoire du droit public comparé, les publicistes latino-américains décrivent l'histoire de la discipline au niveau mondial, en la faisant débiter en 1869, au moment de la création de la Société de législation comparée à Paris⁸. Or, ce faisant, ils omettent les véritables origines du droit public comparé en Amérique latine, et son caractère congénital, en ce sens où le penchant de l'Amérique latine pour l'étude du droit étranger est inscrit dès la naissance de son droit public. Comme l'a démontré Javier Malagón Barceló, l'Amérique est née sous le signe du droit⁹, puisque la colonisation espagnole et portugaise ne s'est pas seulement caractérisée par un asservissement physique, il était aussi juridique. Dans l'Amérique hispanisée, les *Letrados* ont joué un rôle moteur de la conquête en introduisant sur ces territoires un culte important du droit. Dès son origine, le droit latino-américain fut d'abord un droit étranger, puisque puisé dans les anciens codes castillans, peu à peu adapté aux réalités locales¹⁰. Ces relations juridiques intenses avec l'Espagne et le Portugal à l'époque coloniale ont laissé des traces importantes dans le droit public latino-américain. La Constitution de Cadix de 1812, appliquée quelques années avant les mouvements d'indépendance, a continué à produire ses effets, dans la mesure où elle a influencé la définition de nombreuses notions centrales du droit public : nation, souveraineté ou droit des personnes¹¹. Cette influence s'est prolongée à travers les hommes, puisque les premières assemblées constituantes latino-américaines furent composées de rédacteurs de la Constitution

de Cadix¹². Puis, ce lien humain a perduré sous d'autres formes. La création en 1908 de l'Institut ibéro-américain de droit positif comparé en atteste. Le choix de sa localisation à Madrid et le fait que ses membres fondateurs soient tous exclusivement espagnols montrent la volonté de maintenir un lien d'influence sur le droit latino-américain. Par ailleurs, de nombreux juristes espagnols ont continué à former les juristes locaux afin de construire des réseaux d'intellectuels. De fait, l'Institut de droit comparé de l'Université nationale autonome du Mexique a été fondé par Felipe Sánchez Román, un grand juriste espagnol, arrivé en exil à Mexico en 1939¹³.

- 8 Ces données historiques expliquent en grande partie pourquoi le regard des juristes latino-américains est traditionnellement, et même pourrions-nous dire instinctivement, tourné vers l'Espagne et le Portugal, mais elles n'expliquent pas à elles seules leur penchant atavique pour la comparaison. La raison est en réalité plus profonde. Le colonialisme porte en lui des présupposés axiologiques : l'universalisme et l'impérialisme. Le pays colonisateur affirmait œuvrer au nom d'un universalisme philosophique et religieux, tout en définissant *a priori* la philosophie et la religion en cause, conduisant ainsi à un impérialisme. Ces présupposés ont eu des incidences sur la conception du droit. Si le droit du pays colonisateur est mis en place, ce n'est pas uniquement parce qu'il est imposé par la force, mais aussi parce qu'il est universel car œuvre de raison. Dès lors, ce n'est pas uniquement le droit espagnol ou portugais qui doit faire l'objet de l'intérêt des juristes latino-américains mais également tous les droits européens qui sont l'expression de cette œuvre de raison universelle.
- 9 Si tout au long du ^{xix}^e siècle il est possible d'identifier de nombreux emprunts juridiques au droit public européen, les premiers travaux académiques se présentant comme des études de droit comparé n'apparaissent que durant la seconde moitié de ce ^{xix}^e siècle. Un des plus importants ouvrages est celui d'un juriste vénézuélien, Ricardo Ovidio Limardo, paru en 1869 visant à comparer la législation commerciale en Europe et en Amérique¹⁴. Pour autant, il est encore ardu à cette époque de parler de véritable intérêt de la doctrine latino-américaine pour le droit comparé. Les législateurs sont très férus d'études de législation comparée, mais la doctrine, quant à elle, ne produit qu'à la marge des études de droit comparé. Cette

recherche n'a pris de l'ampleur qu'à l'entrée dans le ^{xx}^e siècle, et peut être attestée par la multiplication des instituts, chaires ou programmes d'études dédiés à la comparaison des droits¹⁵. C'est en 1939 qu'est créé le premier institut de droit comparé en Amérique latine, sis à Córdoba, en Argentine. L'année suivante, un même institut est créé au Mexique. Il convient également de souligner qu'initialement les études de droit comparé étaient plus fréquentes parmi les civilistes. Le poids de la codification napoléonienne, impulsée en Amérique latine par la traduction et la réadaptation qu'en a fait Andrés Bello, explique l'existence d'un tel pré-carré. De fait, les premiers instituts de droit comparé mentionnés ont principalement été créés par des civilistes, comme l'était Enrique Martínez Paz, le fondateur de l'institut à Córdoba.

- 10 Du côté des publicistes, l'attrait pour l'étude du droit étranger fut, du moins au ^{xix}^e siècle, plus marqué en droit administratif et en droit international public. Concernant le droit administratif, des pays comme le Brésil, la Colombie ou le Chili ont pris plus spécifiquement appui sur le droit administratif français. Au Chili, l'étude de ce droit étranger a connu un essor important après l'instauration de la Constitution de 1833, qui se caractérisait par sa très forte centralisation du pouvoir, et a perduré par la suite¹⁶. Concernant le droit international public, l'étude du droit produit entre les États européens était considérée comme cruciale par la doctrine latino-américaine, et ce dès le ^{xix}^e siècle. Un des plus emblématiques membres de la doctrine fut l'Argentin Carlos Calvo (1822-1906), dont le travail de comparaison du droit international public avait pour objectif principal d'incorporer le continent américain dans l'histoire classique du droit international¹⁷. Il est intéressant à cet égard de souligner qu'à cette époque, la plupart des travaux que les internationalistes latino-américains produisaient étaient écrits en français, dans l'objectif de s'adresser à une audience européenne.
- 11 La doctrine constitutionnaliste a, quant à elle, connu un important déclin entre le ^{xix}^e siècle et le début du ^{xx}^e siècle¹⁸, expliquant le faible nombre de travaux sur ce sujet pendant cette période. Pour ne donner qu'un exemple, entre 1924 et 1989, moins de cent ouvrages furent publiés en droit constitutionnel au Chili, alors que l'on compte plus de 300 publications dans cette discipline entre 1989 et 2009¹⁹. Aujourd'hui, et depuis une quarantaine d'années, le droit

constitutionnel a regagné ses lettres de noblesse en Amérique latine. Les recherches menées dans cette discipline ont fréquemment recours au droit comparé, comme méthode d'analyse, ou aux citations de droit étranger, comme éléments d'illustration, de sorte qu'aujourd'hui, le droit constitutionnel est devenu la discipline privilégiée de la comparaison parmi les publicistes latino-américains.

- 12 Comme on a pu le voir, ce penchant pour le droit étranger est dans les gènes du droit public latino-américain et il perdure encore aujourd'hui. Ce caractère atavique de la comparaison se double également d'une tendance à l'omni-comparaison, c'est-à-dire à des comparaisons à très grande échelle, en multipliant le nombre de systèmes étrangers étudiés.

2. Un comparatisme total

- 13 Le droit public comparé latino-américain ne se distingue pas par sa modération. Le recours à l'exemple étranger ou à l'argument tiré de la doctrine étrangère est non seulement omniprésent, mais il est aussi pluriel, dans le sens où la doctrine opère rarement une étude comparative limitée à deux systèmes juridiques (le national et un autre). Au contraire, elle multiplie les doctrines et ordres juridiques de référence. Ainsi, à la lecture de la littérature comparative latino-américaine émerge une sensation de comparatisme total : tout est comparable et tout peut être comparé²⁰. Pour autant, il faut admettre que certains pays ou ordres juridiques sont davantage privilégiés. Si tout est théoriquement comparable, dans les faits tout n'est pas comparé ou pas avec la même intensité.
- 14 Dans le cas du droit constitutionnel, la doctrine se focalise sur l'étude de quatre grands modèles : les États-Unis, l'Espagne libérale, la pensée française des Lumières et dans une moindre mesure la pensée anglaise²¹. Si cette affirmation peut relever de l'évidence, dans la mesure où le constitutionnalisme moderne a été conçu par la doctrine de ces pays, il importe de revenir quelque peu sur leur influence en Amérique latine, car il est possible de déceler quelques spécificités nationales.
- 15 En droit constitutionnel, l'intérêt pour la comparaison avec le droit des États-Unis s'explique en grande partie par le fait que ce pays a été

le premier à obtenir son indépendance sur le continent. Puis, cette influence fut entretenue par les juristes nord-américains eux-mêmes qui, conformément à la doctrine Monroe exposée en 1823, ont cherché à contrôler le développement politique et juridique des pays du Sud du continent. De fait, la Constitution des États-Unis a eu une très forte influence sur les libéraux latino-américains dans la seconde moitié du ^{xix}^e siècle ²². À ces raisons s'ajoute également la prévalence généralisée pour le régime présidentiel en Amérique latine ²³. Cependant, cette influence ne fut pas uniforme sur tout le continent. Certains pays, pour des raisons géographiques mais aussi pour des choix d'organisation étatique, ont été plus enclins à s'appuyer sur l'exemple des États-Unis. C'est le cas du Mexique où la Constitution des États-Unis a été la référence étrangère la plus influente ²⁴. Ce texte sert de point de référence pour analyser les règles du fédéralisme et les compétences du président mais aussi pour analyser le traitement juridique des communautés autochtones ²⁵. Alors que certaines doctrines latino-américaines étaient plus hermétiques à ce droit, un changement s'est opéré à partir des années 1970, pour des raisons en partie sociologiques. Les États-Unis et les pays anglophones étant devenus des lieux d'études privilégiés pour les juristes latino-américains, ces derniers sont ensuite revenus enseigner et écrire sur leurs terres natales, en gardant les cadres de pensée nouvellement étudiés. L'ouvrage écrit par Carlos Santiago Nino ²⁶, un universitaire argentin qui a fait sa thèse à l'université d'Oxford et a entretenu d'importantes connections avec la *Yale Law School*, marque ce tournant en contribuant à la diffusion massive en Amérique latine d'auteurs encore peu connus dans cette région à cette époque, comme Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, Robert Dahl ou H. L. A. Hart.

- 16 L'intérêt pour l'étude du droit européen est quant à lui plus ancien mais aussi plus diffus. L'Europe est une source d'inspiration naturelle pour la doctrine publiciste latino-américaine, notamment à travers le rôle d'intermédiaire joué par l'Espagne dans le transfert des idées juridiques ²⁷. Toutefois, à nouveau, il est possible de percevoir des préférences plus marquées pour certains auteurs ou certains droits. Bien évidemment, pour des raisons historiques, le Brésil se tourne plus naturellement vers le droit portugais que ses voisins latino-américains. Mais la doctrine publiciste brésilienne, et en

particulier constitutionnaliste, est aussi extrêmement attentive au droit italien. La Constitution de 1947 y est fréquemment prise comme point de repère²⁸, et les écrits de Luigi Ferrajoli²⁹ y sont abondamment cités. Hormis le Portugal et l'Italie, il convient surtout de mettre en avant l'influence jouée par le droit public français. On l'a vu concernant le droit administratif, qui est considéré comme « une des contributions majeures de la culture juridique française à l'histoire du droit »³⁰, mais la Constitution de la V^e République a également pu servir de source d'inspiration. Un des mécanismes les plus repris est la réglementation du second tour pour l'élection présidentielle, que l'on retrouve dans les Constitutions costaricaine, chilienne ou uruguayenne. Concernant l'Allemagne, son droit et sa doctrine ont longtemps connu un succès très confidentiel au sein de la doctrine publiciste latino-américaine. Puis, progressivement l'intérêt a été de plus en plus marqué. Aujourd'hui, en droit constitutionnel, le travail de Robert Alexy fait l'objet d'une attention particulière. Enfin, si l'on s'intéresse à la place qu'occupe le droit espagnol, il convient de souligner qu'après la Constitution de Cadix, l'influence de l'Espagne au sein des comparatistes latino-américains fut plus modeste. Par la suite, du fait des expériences dictatoriales, les juristes latino-américains ont suivi avec grand intérêt le processus espagnol de négociation qui a abouti à la Constitution de 1978. Aujourd'hui, Jorge Carpizo voit des influences de cette Constitution dans les textes constitutionnels colombien et paraguayen, notamment dans l'importance accordée au pluralisme politique, vu comme une valeur supérieure³¹.

- 17 Cependant, il convient de souligner que la comparaison n'est pas uniquement opérée avec des systèmes juridiques situés hors de l'Amérique latine mais aussi, et devrions nous dire surtout, entre les droits latino-américains eux-mêmes. Cette comparaison intra-Amérique latine est d'autant plus aisée que l'on retrouve, tout du moins en droit public, de nombreuses institutions ou principes communs entre les pays de la région. L'exemple le plus emblématique est sans nul doute constitué par le recours à l'*amparo*³². Ce recours, qui permet la protection des droits et garanties constitutionnels, est apparu la première fois dans la Constitution mexicaine de 1857 et s'est progressivement implanté dans tous les pays latino-américains, à l'exception de Cuba, tout au long du xx^e siècle³³. Pour Allan B.

Brewer-Carías, l'*amparo* est d'autant plus typiquement latino-américain qu'il ne possède aucune origine espagnole ou même européenne³⁴. L'existence d'une institution similaire entre tous les pays latino-américains favorise indéniablement les rapprochements et les études comparatives³⁵. De même, les pays de la région partagent des problématiques communes, qui elles aussi invitent à la comparaison. C'est notamment le cas des droits des populations autochtones ou originaires³⁶. Ces dernières années, la comparaison intra-régionale a été favorisée par le développement du système interaméricain des droits de l'homme, qui, malgré des résistances³⁷, conduit à une convergence des institutions juridiques et des pratiques³⁸. Depuis la fin des années 80, on remarque une intensification des recherches comparatives, en particulier sur une question qui était encore peu traitée par la doctrine latino-américaine : celle du contrôle de conventionnalité des lois³⁹. Cette évolution qui apparaît comme récente ne doit pas pour autant induire en erreur. Certes, la comparaison entre les droits publics latino-américains s'est intensifiée ces dernières décennies, mais elle a toujours existé avec des mouvements de flux et de reflux. La seconde moitié du xx^e siècle marque surtout l'institutionnalisation de cette recherche. Un des événements clés fut la création en 1974 de l'Institut ibéro-américain de droit constitutionnel à Buenos Aires qui réunit les constitutionnalistes d'Amérique latine, d'Espagne et du Portugal⁴⁰. Il s'agit d'une des sociétés savantes les plus actives sur cette thématique. Aujourd'hui, plusieurs revues se concentrent uniquement sur ce type de comparaison. C'est le cas de l'*Annuaire de droit constitutionnel latino-américain* ou de la *Revue latino-américaine d'études constitutionnelles*. Cette analyse fondée uniquement sur les pays latino-américains apparaît de plus en plus fructueuse et permet l'émergence de nouveaux courants ou théories. À titre d'illustration, sont à évoquer les recherches effectuées par le constitutionnaliste argentin Roberto Gargarella, à l'origine d'un courant appelé « le constitutionnalisme dialogique ». Ce dernier prend principalement appui sur une analyse comparative et historique des différents droits constitutionnels latino-américains⁴¹. Cet exemple apparaît d'autant plus topique qu'il illustre également l'intention dans laquelle les comparaisons sont effectuées en Amérique latine. Loin d'être des purs exercices épistémologiques, les

travaux comparatifs latino-américains tendent bien souvent à poursuivre un but déterminé.

3. Un comparatisme instrumental

- 18 Tout comme en Europe, le droit public comparé en Amérique latine au ^{xix}^e siècle consistait essentiellement en une présentation très statique des différentes législations, dans l'unique objectif de déterminer les meilleures règles. Dans l'œuvre pionnière de Ricardo Ovidio Limardo de 1869 déjà mentionnée, le but était clairement de parvenir à déterminer les règles qui permettraient de satisfaire toutes les nécessités des hommes. Cette quête du droit parfait repose sur la croyance que le droit peut changer la société⁴².
- 19 Mais au-delà de la recherche d'une amélioration du droit national, le recours au droit comparé a également pu constituer un moyen pour la doctrine comparatiste latino-américaine, à l'instar de la doctrine européenne, d'élaborer un droit unique. Ce désir d'unification est ancien en Amérique latine, comme en attestent toutes les tentatives infructueuses d'unification du territoire, dont les plus importantes furent celles initiées par Simón Bolívar en 1826 ou par les gouvernements du Chili et du Pérou en 1858 et 1864. L'ambition du *ius commune* qui a animé les comparatistes de la région a pendant un temps été abandonnée, entre la fin des années 80 et le début du ^{xxi}^e siècle. Bien qu'à cette période demeuraient encore quelques juristes persuadés de la nécessité d'aboutir à un droit unifié – une pensée que Rogelio Pérez-Perdomo qualifie de « pascalienne »⁴³ – il est clair que cet objectif n'était plus celui de la majorité des comparatistes latino-américains. Toutefois, aujourd'hui dans un contexte de globalisation du droit⁴⁴, cette recherche réapparaît. Ces dernières années, les travaux menés entre le Max Planck Institute et l'Institut d'études constitutionnelles de Querétaro au Mexique visent à démontrer l'existence d'un « *Ius Constitutionale Commune in Latin America* »⁴⁵. Ce nouveau droit commun serait composé de toutes les voies empruntées pour renforcer le constitutionnalisme, l'État de droit, la démocratie et les droits de l'homme. Cependant, ce courant fait l'objet de critiques. Non seulement, la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, du fait de sa jeunesse, n'a pas encore permis le développement d'un socle suffisamment

large de règles communes, mais surtout il tend à masquer les divergences en droit positif et en doctrine, au sein de la région ⁴⁶. Le droit public commun latino-américain n'existe donc pas encore, mais il est indéniable qu'il constitue un objectif que se sont fixés de nombreux comparatistes ⁴⁷. Aussi noble soit-elle, cette aspiration a toutefois eu des incidences plus négatives sur la discipline elle-même, car aveuglés par la quête finale, certains comparatistes latino-américains ont parfois porté peu d'attention aux méthodes employées pour effectuer les comparaisons.

4. Un comparatisme pathologique ?

20 Bien que l'étude du droit étranger ait toujours été présente dans la doctrine publiciste latino-américaine, celle-ci n'a pas systématiquement abouti, à proprement parler, à une véritable comparaison des droits, faute de cadre méthodologique clairement défini. Le recours à l'argument de droit étranger par les juridictions offre un tel constat. Au Brésil – comme dans d'autres pays de la région – les décisions de justice fourmillent de références à des droits étrangers. Cette attitude est en réalité ancienne puisqu'un décret de 1890 établissait déjà que la justice fédérale brésilienne était autorisée à appliquer de manière subsidiaire « les statuts des peuples cultivés, et en particulier ceux qui régulent les relations juridiques au sein de la république des États-Unis d'Amérique du Nord » ⁴⁸. Malgré l'ancienneté du procédé, les recherches montrent l'absence de critère méthodologique dans cette pratique. Selon Carlos Bastide Horbach la majorité de ces références ont un fond « fonctionnaliste ». Cela signifie que les juges citent des institutions ou des règles étrangères ayant la même fonction que l'institution ou la règle nationale, mais cela reste encore faiblement articulé ou exprimé ⁴⁹. Les juges ne s'encombrent donc pas à recontextualiser la norme citée ni même à expliquer les choix de la citation de telle ou telle règle.

21 Cette absence de recontextualisation se constate également au sein de la doctrine publiciste latino-américaine lorsqu'elle fait usage de doctrines étrangères. Lorsque l'analyse est faite dans le domaine de la théorie ou de la philosophie du droit, il est évident que le croisement transnational des idées et des arguments est tout naturel ⁵⁰. En

revanche, l'emprunt de théories ou d'analyses en droit constitutionnel sans prendre le soin de les replacer dans leur système juridique de naissance peut parfois conduire à des erreurs. Cette décontextualisation se constate, par exemple, dans les écrits de Renato Cristi et de Pablo Ruiz-Tagle, qui se sont largement inspirés de la théorie de Robert Alexy sur les droits fondamentaux⁵¹. Or comment mobiliser cette théorie dans un pays qui repose sur une organisation du pouvoir et une déclaration des droits extrêmement éloignées du système allemand ? Comment concevoir les droits fondamentaux de la même façon alors que les réalités sociales et économiques sont si différentes ? En appliquant de manière mécanique la théorie allemande, Renato Cristi et Pablo Ruiz Tagle font ce que Jorge L. Esquirol qualifie de « dévalorisation injustifiée » de leur droit national⁵², puisqu'ils nient la réalité de leur propre droit.

- 22 Ces mêmes problèmes de contextualisation ont pu être constatés au moment d'implanter des principes, procédures, institutions ou définitions issus d'un ou de plusieurs droits étrangers. En retraçant l'histoire constitutionnelle du sous-continent, Roberto Gargarella a mis en lumière un problème actuel : celui de l'impossibilité de tirer tous les fruits des nouveaux droits sociaux, économiques et environnementaux inscrits dans les Constitutions. Ce problème réside selon lui dans le fait que l'organisation très centralisée des pouvoirs est restée inchangée. Il pointe du doigt le décalage existant entre les catalogues des droits fondamentaux et ce qu'il appelle la « machinerie interne de la Constitution », c'est-à-dire l'organisation institutionnelle du pouvoir⁵³. Ces contradictions apparaissent à moyen terme très perturbantes, car elles génèrent des problèmes d'interprétation constitutionnelle et de l'incertitude dans la délimitation du pouvoir ou de la portée des droits. Pour le constitutionnaliste argentin, les raisons de ces contradictions ou incohérences constitutionnelles sont difficiles à déterminer. Une de ses hypothèses est qu'il s'agirait d'un choix conscient en faveur d'une stratégie de l'accumulation afin de refléter le caractère plural de la société et de l'État⁵⁴. Cette analyse intéressante du point de vue constitutionnel peut également être complétée du point de vue du droit comparé, car on peut voir dans cette stratégie de l'accumulation le simple reflet d'une pratique anarchique de la greffe juridique⁵⁵. Communes à de nombreux pays et aires géographiques, ces

problématiques paraissent affecter plus particulièrement l'Amérique latine. En masquant les particularités locales, la focalisation excessive de la doctrine publiciste sur le droit occidental conduit à maintenir jusqu'au bout ces incohérences, et donc à terme à un droit « failli » selon Jorge L. Esquirol⁵⁶.

- 23 Or toute pathologie appelle à des remèdes. Pour Jorge L. Esquirol, le constat d'une faillite du droit doit conduire à une transformation de la culture juridique⁵⁷. Appliquée au droit comparé, cette affirmation appelle donc à la mise en place d'une nouvelle méthodologie du droit comparé en Amérique latine.

5. À l'aube d'un nouveau comparatisme ?

- 24 À l'image des réflexions qui animent l'ensemble de la communauté des comparatistes, les publicistes latino-américains s'interrogent eux aussi sur leur méthode de comparaison. Actuellement, la plus utilisée est la méthode fonctionnaliste de Konrad Zweigert et Hein Kötz, qui consiste à comparer les catégories, règles ou institutions de différents systèmes juridiques qui occupent une même fonction⁵⁸. Dans ce choix, rien de véritablement original. Toutefois, si le droit comparé dans ce continent ne se distingue pas véritablement par sa méthode *per se*, il se distingue en réalité par deux éléments, dont la prise en compte revient avec fréquence sous la plume des comparatistes latino-américains.
- 25 Le premier élément est l'importance de la culture juridique dans la comparaison des droits. Depuis sa formulation par Lawrence Friedman⁵⁹, cette notion n'a eu de cesse d'être analysée et débattue par la doctrine comparatiste du monde entier. Ce débat fut particulièrement suivi par la doctrine comparatiste latino-américaine, sans qu'initialement il n'induisse un changement réel des pratiques. Cependant, l'analyse de la culture juridique a connu un regain d'intérêt ces dernières années, nourrie des enseignements tirés des débats sur la globalisation du droit⁶⁰. Face à ce phénomène, il est apparu nécessaire pour les comparatistes de la région de prêter davantage attention à leur propre culture juridique et à celle des pays comparés, y compris latino-américains. Précisément, c'est dans le

cadre de la comparaison intra-Amérique latine que la prise en compte de la culture juridique apparaît la plus complexe, tant ce continent a connu des destinées parallèles et a semblé baigné dans une culture juridique commune. Le partage d'une langue commune, pour les pays hispanophones, a conduit à renforcer ce sentiment ⁶¹, puisqu'il évite les problèmes de traduction et diminue les risques de faux amis juridiques ⁶². Pourtant, même avec une langue partagée, ces risques peuvent exister. Un des plus notables est celui de l'*amparo*. Si dans la très grande majorité des États latino-américains, le terme « *amparo* » renvoie à une même procédure, ce n'est pas le cas partout. Par exemple, au Chili, il est appelé « *recurso de protección* ». Ceci ne pourrait être qu'un détail, mais le problème étant qu'il existe un autre recours appelé « *amparo* » dans la Constitution chilienne, qui se rapproche davantage de l'*habeas corpus* puisqu'il consiste à demander à un juge de vérifier la légalité d'une privation de liberté ⁶³.

- 26 De plus en plus conscients des problèmes liés à une comparaison trop statique du droit, les publicistes latino-américains insistent chaque jour un peu plus sur les différences de culture juridique pouvant exister ⁶⁴. Ceci implique dès lors une ouverture des publicistes vers d'autres disciplines permettant d'éclairer ce contexte. La transdisciplinarité est une aspiration qui a une quarantaine d'années. Ce n'est que très récemment qu'elle commence à porter des fruits au sein de la doctrine publiciste latino-américaine. En s'appuyant sur les travaux de Manfred Max-Neef ⁶⁵, David Enríquez a formulé une série de questions épistémologiques qui devrait fonder toute recherche transdisciplinaire en droit comparé ⁶⁶. Par exemple, avant de débiter la recherche, le chercheur devrait se demander si son objet peut être ou a déjà été défini de manière collaborative. Il devrait également s'assurer que le plan des recherches a été défini de manière collective et qu'il associe pleinement toutes les disciplines concernées. Certes, l'ouverture du droit à d'autres disciplines n'est pas encore totalement généralisée. Certains comparatistes latino-américains considèrent qu'il s'agit d'une dénaturation de la discipline et rejettent que cela puisse être considéré comme du droit, et encore moins du droit comparé ⁶⁷. Toutefois, il semblerait qu'un nouveau souffle comparatiste gagne progressivement les publicistes latino-américains.

27 Ce souffle se trouve prolongé par un autre mouvement qui porte plus spécifiquement sur la nécessité d'identifier la singularité des droits nationaux. En effet, le second élément qui marque le droit public comparé en Amérique latine ces dernières années est l'identification des particularismes nationaux ou locaux. Ce changement d'optique dans les finalités de la comparaison est crucial à prendre en compte dans le cas latino-américain, car il conduit à interpréter différemment les références constantes faites par les doctrines nationales aux droits et doctrines étrangères. Si pendant de nombreuses décennies, ces références étaient perçues comme une sorte d'admiration aveugle à l'égard des modèles juridiques européens ou nord-américains, aujourd'hui le regard a changé. Les références aux droits étrangers ne sont pas nécessairement perçues comme un moyen de dénigrer le droit national, mais de plus en plus comme un moyen d'en percevoir ses particularités. Ceci implique un travail d'introspection des comparatistes latino-américains sur leurs propres *a priori* juridiques. C'est dans ce sens que l'on peut comprendre l'appel formulé par Jorge L. Esquirol à se débarrasser de la fiction de la parenté européenne du droit latino-américain⁶⁸. De son point de vue, l'objectif n'est pas de nier les racines européennes du droit public latino-américain, mais de cesser de les survaloriser. D'autres formulent le problème différemment et appellent à mettre fin au « créolisme » du droit public latino-américain. Dans la mesure où le terme « créole » peut avoir des significations historiques très différentes, il importe d'en clarifier la portée. Comme le souligne Liliana Obregón, le terme de « créole » (« *criollo* ») est habituellement utilisé en Amérique latine afin de faire référence aux habitants nés sur le sol latino-américain mais de descendance européenne⁶⁹. Ainsi, le terme renvoie à une partie de la population, qui bien que se sentant très patriote, ne se considère pas pour autant comme appartenant à une communauté autochtone. Si les créoles se considèrent différents des Européens, ils ne s'en considèrent pas moins les héritiers⁷⁰. Dès lors, le « créolisme » latino-américain contient en lui un déni des racines autochtones et une fascination, matinée par moments de méfiance, pour l'Europe⁷¹. Vu de l'extérieur, cet appel à la « décréolisation » du droit pourrait être assimilé au courant postcolonialiste impulsé par la doctrine nord-américaine. S'il est possible de voir une parenté, il est nécessaire de les distinguer nettement. Dans le cas de l'Amérique latine, du fait du métissage

particulièrement marqué de la population, la catégorie de « créole » renvoie moins à une appartenance ethnique qu'à une perception de soi-même, à un état d'esprit, à une mentalité. En appelant à la « décréolisation », l'idée n'est pas ici de mettre fin à l'oppression par les colons. Il s'agit plutôt de faire admettre aux personnes nées sur ce territoire le caractère syncrétique des peuples d'Amérique latine⁷², en ce sens qu'ils sont le résultat d'une fusion de plusieurs origines, y compris autochtones, qui implique une superposition des conceptions des relations sociales et donc du droit.

- 28 En focalisant l'attention sur les enseignements tirés de la comparaison des droits sur le droit national, le droit public comparé latino-américain s'éloigne de plus en plus de la simple juxtaposition d'études de droit étranger. Cependant, cette évolution est récente et n'est pas encore généralisable à l'ensemble de la production doctrinale latino-américaine. Surtout, elle est encore et toujours une affaire d'individus. Comme le soulignait John Bell, le développement juridique dépend plus des personnes que des idées⁷³. Toutefois, certains signes laissent à penser que le droit comparé en Amérique latine est sur la voie d'une autonomisation durable. Parmi ces signes de bonne augure, il y a la hausse du nombre de thèses en droit soutenues sur le continent. Bien que ce chiffre reste modeste, il laisse croire à un renouvellement de la pensée des futurs membres de la doctrine et donc du droit comparé dans son ensemble, car l'Amérique latine recèle encore en elle de nombreuses voix qui peuvent contribuer au progrès des sciences sociales⁷⁴.

NOTES

1 On peut par exemple évoquer l'étude réalisée par le constitutionnaliste allemand Karl Lowenstein qui a opéré les premières classifications du régime présidentiel au sein des pays latino-américains en 1949. Voir : K. LOEWENSTEIN, « La "presidencia" fuera de los Estados Unidos (estudio comparativo de instituciones políticas) », *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, n° 5, 1949, pp. 21-28.

2 J. M. SMITS (dir.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham Northampton Mass., 2006.

- 3 A. ÁLVAREZ, « Latin America and International Law », *American Journal of International Law*, n° 3, 1909, p. 347.
- 4 M. REIMANN, « The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century », *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, n° 4, 2002, p. 685.
- 5 On passe de 21 pays à 18 pays (Brésil, Haïti et Belize étant mis de côté).
- 6 Sur ces questions voir : M.-Cl. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, coll. Corpus droit public, Paris, 2^e édition, 2021, p. 72 et s.
- 7 Ici il est fait référence au titre « Canción con todos » écrite par Armando Tejada Gómez, mis en musique par César Isella et interprété par Mercedes Sosa. Cette chanson est un hymne à la fraternité latino-américaine et le refrain vibre avec cette phrase : « Todas las voces todas » (« Toutes les voix toutes »).
- 8 Voir par exemple : A. V. TEIXEIRA, « El método en derecho constitucional comparado : contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa », *Opinión Jurídica*, vol. 10, 2020, p. 314.
- 9 J. MALAGÓN-BARCELÓ, « The Role of the *Letrado* in the Colonization of America », *The Americas*, vol. 18, n° 1, 1961, p. 1.
- 10 L. OBREGÓN, « Completing civilization: Creole consciousness and international law in nineteenth-century Latin America », in A. ORFORD (dir.), *International Law and its Others*, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 251.
- 11 H. FIX-ZAMUDIO, « Influencia del constitucionalismo gaditano en la Nueva España », in J. M. SERNA DE LA GARZA et D. A. BARCELÓ ROJAS (dir.), *Memoria del seminario internacional: Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de Cádiz. Las ideas constitucionales de América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexico, 2013, p. 3.
- 12 J. CARPIZO, « En búsqueda del ADN y las influencias en algunos sistemas presidenciales y parlamentarios », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° spécial, 60^e anniversaire, 2008, p. 188.
- 13 A. GARCÍA-LÓPEZ SANTAOLALLA, « Sexagésimo aniversario del Boletín Mexicano de Derecho Comparado », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° spécial, 60^e anniversaire, 2008, p. 419.

- 14 Le titre exact de l'œuvre est le suivant : *Legislación comercial ó sea Códigos de comercio de Europa y América comparados entre sí con una introducción y apreciaciones crítico-filosóficas sobre los principios de legislación que les sirven de base*. Il est intéressant de souligner que cet ouvrage fut édité à Paris.
- 15 R. PÉREZ-PERDOMO, « El derecho comparado y la comparación de culturas jurídicas. Una perspectiva latinoamericana », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 146, 2016, p. 482.
- 16 P. PIERRY ARRAU, « Transformaciones del derecho administrativo en el siglo XX », *Revista de derecho*, Consejo de Defensa del Estado, n° 5, 2001, p. 25. Voir également : A. VERGARA BLANCO, « Panorama general del derecho administrativo chileno », in *El Derecho administrativo iberoamericano*, Instituto de Investigación Urbana y Territorial, Madrid, 2005, pp. 136-183.
- 17 L. OBREGÓN, art. préc., p. 257.
- 18 Selon J. COUSO, la chute du droit constitutionnel au sein de la doctrine latino-américaine a débuté aux alentours des années 1860 et 1885. Voir : J. COUSO, « The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America », in J. COUSO, A. HUNEEUS et R. SIEDER (dir.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010, p. 146.
- 19 Sachant que le volume de publication pour les autres branches du droit est resté constant. Voir : *ibidem*, p. 149.
- 20 Comme le plaide I. B. FLORES, « La cama o el lecho de Procrustes. Hacia una jurisprudencia comparada e integrada », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° spécial, 60^e anniversaire, 2008, p. 289.
- 21 J. CARPIZO, art. préc., p. 184.
- 22 R. GARGARELLA, « Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The problem of the “Engine Room” of the Constitution », in P. FORTES, L. BORATTI, A. PALACIOS LLERAS et T. G. DALY (dir.), *Law and Policy in Latin America. Transforming Courts, Institutions and Rights*, Palgrave Macmillan, St Antony's Series, Londres, 2017, p. 208.
- 23 Il y a quelques rares expériences de régime parlementaire en Amérique latine. Est souvent évoqué le cas du Chili entre 1891 et 1924, même si cet exemple peut également être discuté dans la mesure où il présentait lui-même certaines particularités, comme l'absence de motion de censure contre le chef du gouvernement (l'organe législatif pouvait cependant

censurer d'autres membres du gouvernement). Voir : J. J. OROZCO HENRÍQUEZ, « Tendencias recientes en los sistemas presidenciales latinoamericanos », *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, n° spécial, 60^e anniversaire, 2008, p. 794.

24 J. CARPIZO, art. préc., p. 188.

25 R. P. MIRANDA TORRES, « Análisis de los derechos reconocidos a los pueblos originarios en el Derecho Comparado (el caso de las comunidades autóctonas de México y las tribus de los Estados Unidos de Norteamérica) », *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, n°7, 2018, p. 91.

26 *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

27 A. A. RODRIGUEZ VILLABONA, « La circulation des modèles juridiques : l'exemple de la réception en Colombie de la doctrine de Duguit au début du XX^e siècle », in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *Espaces du service public. Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, t. 1, Presses universitaires de Bordeaux, Pessac, 2013, p. 619.

28 J. CARPIZO, art. préc., p. 203.

29 Cet ouvrage, publié en espagnol est souvent cité : *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1995).

30 R. PÉREZ-PERDOMO, art. préc., p. 488.

31 J. CARPIZO, art. préc., p. 202 et 203.

32 Nous aurions également pu évoquer l'exemple du principe *pro homine*.

33 J. CARPIZO, « Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado », *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 7, t. 1, 2006, p. 288.

34 A. B. BREWER-CARÍAS, *Constitutional Protection of Human Rights in Latin America. A Comparative Study of Amparo Proceedings*, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 81.

35 Voir par exemple : A. B. BREWER-CARÍAS, *Leyes de amparo de América Latina. Con un estudio preliminar sobre el amparo en el derecho constitucional comparado latinoamericano*, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, Caracas-New York, 2016 ; C. LANDA, « El proceso de amparo en América latina », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2011, pp. 2017-226.

36 R. P. MIRANDA TORRES, art. préc., p. 79.

- 37 A. HUNEEUS, « Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights », in J. COUSO, A. HUNEEUS et R. SIEDER (dir.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, op. cit., p. 112-128.
- 38 M. TORELLY, « Transnational Legal Process and Fundamental Rights in Latin America: How does the Inter-American Human Rights System Reshape Domestic Constitutional Rights ? », in P. FORTES, L. BORATTI, A. PALACIOS LLERAS et T. G. DALY (dir.), *Law and Policy in Latin America. Transforming Courts, Institutions and Rights*, op. cit., p. 21-38.
- 39 Voir par exemple : Cl. NASH ROJAS, « Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos », *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2013, pp. 489-509 ; J. DE JESÚS NAVEJA MACÍAS et J. F. PALOMINO MANCHEGO, *Control de convencionalidad en América latina. Desarrollo y estatus actual*, Editorial Flores, Mexico, 2020 ; A. J. MARTÍNEZ LAZCANO, « Control difuso de convencionalidad: transición de la cultura jurídica en América latina », *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, vol. 12, n° 23, 2020, pp. 250-270.
- 40 Mais qui aujourd'hui comprend quelques branches nationales hors des pays mentionnés. De fait, l'Institut comprend une section française (présidée actuellement par Renaud Bourget), mais aussi une section aux États-Unis, en Allemagne et en Italie.
- 41 R. GARGARELLA, art. préc., pp. 205-219 ; R. GARGARELLA (dir.), *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI Editores, Mexico, 2019.
- 42 En 1948, Agustín García López, le directeur de l'Institut de droit comparé de Mexico, signalait comme lignes directrices pour le bulletin de l'institut (aujourd'hui le *Bulletin mexicain de droit comparé*), la nécessité de « recueillir le matériel nécessaire pour élaborer une théorie jurisprudentielle ; juger les normes juridiques en vigueur au Mexico et à l'étranger ; proposer des formules d'amélioration du droit justes, belles, bonnes » (nous traduisons). Voir : A. GARCÍA LÓPEZ, « Editorial », *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, n° 1, 1948, p. VIII. Voir plus récemment : M. GARCÍA-VILLEGAS, « Law as Hope. Constitutions, courts and social change in Latin America », *Eurozine*, 25 février 2004.
- 43 Pour cela, il prend appui sur cette citation de Blaise Pascal : « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au-

delà » (*Pensées*, n° 294). Cette citation permet de souligner la croyance dans le fait que le vrai droit, c'est-à-dire le droit juste, ne peut être qu'un pour toute l'humanité, puisqu'il est conforme à la raison. Voir : R. PÉREZ-PERDOMO, art. préc., p. 478.

44 *Ibid.*, p. 495.

45 A. VON BOGDANDY, M. MORALES ANTONIAZZI et E. FERRER MAC-GREGOR (coord.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Mexico, 2017 ; A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONIAZZI et F. PIOVESAN (dir.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

46 Comme le souligne clairement A. CODDOU MC MANUS, « A critical account of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America : An Intellectual map of contemporary Latin American constitutionalism », *Global Constitutionalism*, octobre 2021.

47 A. FERRANTE, « Entre derecho comparado y derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica », *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n° 2, 2016, p. 601.

48 Article 386 du décret n° 848 du 11 octobre 1890.

49 C. B. HORBACH, « El derecho comparado en la jurisdicción constitucional brasileña », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 149, 2017, p. 608.

50 D. E. LÓPEZ MEDINA, « Kelsen, Hart, Dworkin en Hispanoamérica: condiciones de posibilidad de una filosofía local del derecho », in Enrique Cáceres, I. B. FLORES, J. SALDAÑA et E. VILLANUEVA (coord.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico, 2005, p. 426.

51 R. CRISTI et P. RUIZ-TAGLE, *La República en Chile : Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano*, LOM, Santiago du Chili, 2006, p. 275.

52 J. L. ESQUIROL, *Ruling the Law. Legitimacy and Failure in Latin American Legal Systems*, Cambridge University Press, New York, 2019, p. 6.

53 R. GARGARELLA, art. préc., p. 215.

54 R. GARGARELLA, « Constitution making in the Context of Plural Societies. The "Accumulation Strategy" », in J. ELSTER, R. GARGARELLA, V. NARESH et

B. E. RASCH (dir.), *Constituent Assemblies*, Cambridge University Press, New York, 2018, p. 21.

55 Pour un autre exemple de problèmes créés par un problème d'agencement de greffes juridiques en Amérique latine, cette étude revient sur les raisons de l'absence de juridiction administrative au Chili : C. CERDA-GUZMAN, « Importation d'objets juridiques et cohérence de l'ordre juridique administratif chilien », *Revue internationale de droit comparé*, 2007, n° 2, p. 307-332.

56 J. L. ESQUIROL, *op. cit.*

57 *Ibid.*, p. 13.

58 K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon, Oxford, 3^e éd., 2011.

59 L. FRIEDMAN, « Legal Culture and Social Development », *Law & Society Review*, vol. 4, n° 1, 1969, pp. 29-44.

60 R. PÉREZ-PERDOMO, art. préc., p. 495.

61 J. CARPIZO, « Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado », art. préc., p. 271.

62 Sur l'importance de la maîtrise de la langue en droit comparé latino-américain, voir : A. FERRANTE, art. préc., p. 601-619.

63 De son côté, en Colombie, ce recours est appelé « *acción de tutela* ». Il est à noter qu'au Mexique le terme « *amparo* » est, à l'inverse, bien plus large et est utilisé à la fois dans le sens premier, mais il inclut également l'*habeas corpus* (appelé dans ce cas « *amparo libertad* »), le recours de cassation (« *amparo casación* ») ou un recours spécifique aux droits agraires (« *amparo agrario* »).

64 J. CARPIZO, « En búsqueda del ADN y las influencias en algunos sistemas presidenciales y parlamentarios », art. préc., p. 183 ; R. PÉREZ-PERDOMO, art. préc., p. 500.

65 M. MAX-NEEF, *Fundamentos de la transdisciplinariedad*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, 2004.

66 D. ENRÍQUEZ, « Interculturalismo y transdisciplinariedad: coordenadas en el mapa del derecho comparado sustentable », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 132, 2011, p. 1119.

67 R. PÉREZ-PERDOMO, art. préc., p. 502.

68 J. L. ESQUIROL, *op. cit.*, p. 5.

69 L. OBREGÓN, art. préc., p. 249.

70 *Ibid.*, p. 254.

71 Cette citation de Simón Bolívar pourrait peut-être permettre aux lecteurs de se faire une idée plus précise : « Nous ne sommes ni Indiens ni Européens, mais une espèce de mélange entre les propriétaires légitimes de ce pays et les usurpateurs espagnols. En somme, bien que Américains de naissance, nos droits découlent d'Europe, et nous devons affirmer ces droits contre ceux des natifs, tout en nous maintenant sur le pays contre l'arrivée des envahisseurs. Ceci nous place dans la plus extraordinaire mais la plus inextricable situation » (nous traduisons). Voir : S. BOLÍVAR, *La carta de Jamaica*, 6 septembre 1815.

72 R. P. MIRANDA TORRES, art. préc., p. 91.

73 J. BELL, « The relevance of Foreign Examples to Legal Development », *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 21, 2011, spéc. pp. 448 et 449.

74 Fr. POUPEAU, « Ce que l'Amérique latine fait aux sciences sociales », AOC, 14 décembre 2021, <https://aoc.media/analyse/2021/12/13/ce-que-lamerique-latine-fait-aux-sciences-sociales/>

ABSTRACTS

Français

L'Amérique latine est indéniablement une terre de comparatisme. Ce constat est particulièrement vrai en droit public, dans la mesure où, dans les différents pays de la zone, cette branche du droit s'est souvent construite à travers l'importation d'objets juridiques étrangers. Malgré cette historicité, la pratique de la comparaison y demeure hétérogène, compliquant toute entreprise de systématisation. Pour contourner cet obstacle, l'article propose une approche plus exploratoire, à travers l'analyse des cinq grands traits de ce droit public comparé. Celui-ci apparaît congénital (c'est-à-dire, intrinsèquement lié à son contexte de naissance), total (dans le sens où tout y est comparé car tout est comparable), instrumental (dans la mesure où la comparaison y a des finalités claires), mais aussi, à certains égards, pathologique (puisqu'il a pu conduire à des impasses), expliquant les efforts plus récents de renouvellement (avec une prise en compte accrue des cultures juridiques nationales).

English

Latin America is undeniably a stronghold for comparative law. This is particularly true of public law. Indeed, in the various countries of the region,

this part of law has often been built up through importation of foreign legal ideas. Despite this historicity, the practice of comparison remains heterogeneous, which makes difficult any attempt at systematization. In order to overcome this obstacle, the article proposes an exploratory approach, through the analysis of the five main features of Latin American comparative public law. The latter seems to be congenital (i.e., intrinsically linked to the context in which it was born), total (in the sense that everything is compared because everything is comparable), instrumental (insofar as comparison has a clear purpose), but also, in some respects, pathological (since it may have led to dead ends), explaining more recent efforts at renewal (with greater consideration of national legal cultures).

INDEX

Mots-clés

Amérique latine, droit public comparé, méthodologie, culture juridique, décréolisation, ius constitutionale commune

Keywords

Latin America, comparative public law, methods, legal culture

AUTHOR

Carolina Cerda-Guzman

Maîtresse de conférences en droit public, université de Bordeaux, CERCCLE (EA 7436)

IDREF : <https://www.idref.fr/112921248>

ISNI : <http://www.isni.org/000000012349374X>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16576487>

Comparative Public Law Scholarship in the United States

John C. Reitz

DOI : 10.35562/droit-public-compare.117

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. Inescapable Foreign Law
2. Anti-Cosmopolitan Refusals to Look to Foreign Law
 - 2.1. Little to No Use of Comparative Law in Preparing Legislation
 - 2.2. The Supreme Court Debate about Citing Foreign Law
3. A Brief Overview of the Rich and Vigorous Comparative Public Law Literature in the United States
 - 3.1. Increase in the Volume of Comparative Public Law in the Twentieth Century
 - 3.2. Relative Volumes of Various Types of Comparative Literatures
 - 3.3. Improvements in Quality of Comparative Public Law
4. Some Concluding Thoughts about Cosmopolitanism and Its Critics in American Comparative Public Law Study

TEXT

I gratefully acknowledge the assistance of Iowa law students, Waleey Fatai, Sahil Kumar, and Wen Qin. Thanks to my wife Sharyn H. Reitz for her support when the writing took so much time.

- 1 The status of comparative public law scholarship in the United States may seem somewhat paradoxical. Although much foreign law is inescapable in modern life and even though foreign law models played a substantial role at the founding of the country and for some time thereafter when there was not much American law, comparative study of foreign models of public law no longer plays much of a role in the preparation of legislation or constitutional amendments. Moreover, a high-profile debate at the Supreme Court has revealed significant antipathy on the Court to the use of comparative law in interpreting domestic law. In those senses, comparative public law

scholarship appears to have little impact on U.S. law. The failure of legislatures to consult comparative law scholarship and the Supreme Court debate suggest a certain lack of cosmopolitanism¹ in America and an actual aversion to modeling U.S. law on foreign law. These impulses are reinforced by structural and ideological aspects of U.S. law. But as elsewhere, the forces of globalism expose lawyers and courts in the United States constantly to foreign and international law. In fact, a strong body of scholarship in the areas of international and comparative law has developed in the United States, a fact which attests to a curiosity and openness to learning about foreign law at least on the part of comparative law scholars. This in turn suggests that cosmopolitanism remains quite strong in the country. America, it seems, is home to strong tendencies in both directions: cosmopolitanism and its opposite, nationalism or chauvinism. This report describes the development of comparative public law scholarship in the United States between these opposing impulses.

1. Inescapable Foreign Law

- 2 Foreign and international law is actually impossible to avoid in the United States. We live in a global age, and like a leaky boat that lets the water shoot into the boat from holes in the hull, American legal systems have to admit foreign law in a variety of situations. Each of these ways spawns a need for and ultimately a body of comparative and international law scholarship. The most important ways involve the American rules of private international law (called in the U.S. conflict of laws), and treaty obligations requiring some degree of harmonization of domestic law and foreign law.
- 3 The operation of the conflicts rules in American jurisdictions regularly exposes American courts and lawyers to foreign law when those rules require courts to apply foreign law to cases pending in U.S. courts. The conflicts rules are part of U.S. law and do not change the content of U.S. law; they just substitute foreign rules in the place of American rules for resolution of certain issues. The exposure to foreign law could influence how U.S. lawyers and courts think about the relevant legal issues and that influence could affect them not only when they have the opportunity to participate in law reform projects involving those issues, but even as they craft arguments about how to

interpret their own domestic law. But none of that influence is direct, and any arguments to adopt the foreign law's solutions in interpreting existing U.S. law have to be justified on the basis of the materials within U.S. law. For that reason, the impact on U.S. law itself from the operation of conflicts of law rules appears unlikely to be large. In fact, it is reduced even further by the fact that there are a number of conflicts rules that restrict the reach of foreign public law into U.S. courts, including exceptions for *ordre public* and foreign penal and tax law.²

- 4 Treaty provisions, by contrast, may require changes directly in U.S. law but only if the U.S. agrees to the changes by signing and ratifying the treaty. Such treaty provisions are usually for the purpose, at least in part, of harmonization, and harmonization is an important tool for securing international human rights. The "national treatment" and "most favored nation" clauses of Friendship, Commerce, and Navigation treaties are old examples of a fairly minimal form of harmonization, but they are also important parts of the General Agreement on Trade and Tariffs (GATT).³ Harmonization has been expanded to include many examples of substantive standards that have been harmonized. The Convention on the International Sale of Goods (the CISG), for example, seeks to harmonize the rules for international sales of goods. Other harmonization treaties concern such issues as the international trade in endangered species, climate change, or marine pollution.
- 5 The United States has even entered into a few international agreements that go beyond establishing uniform standards for national law. These so-called "mutual recognition agreements" (MRAs) require U.S. customs officials to forgo their own inspections to see if imported goods and services comply with U.S. standards for the protection of health, safety, consumers, or the environment. Instead, under these agreements, the U.S. officials are required to accept the inspections and certifications by foreign compliance assessment bodies under foreign law standards, something we do only with trusted trading partners.⁴
- 6 Harmonization treaties may have a significant impact on U.S. public law, but only if we agree to them, and the United States has refused to ratify treaties thought to be inconsistent with U.S. law.⁵ Moreover,

the process of harmonizing through international treaties is probably not generally perceived to involve the imposition of foreign standards. The United States often supports harmonization efforts because it wants every country's law to change in certain ways, for example, to be more protective of the environment. Harmonization may in fact seem to be the way a dominant country like the United States can extend the content of its law to many other countries. There appear to be some specific circumstances in which a kind of involuntary harmonization may result without our country's agreement, but these possibilities seem to be limited to products liability litigation against companies in international trade and chiefly affect the scope of document disclosure.⁶

2. Anti-Cosmopolitan Refusals to Look to Foreign Law

2.1. Little to No Use of Comparative Law in Preparing Legislation

- 7 The clearest and most significant impacts of comparative public law scholarship would involve the use of foreign law as a model for law reform in the United States. If foreign law models were being used as part of the process of either legislative reform or litigation to change the domestic law that would also imply a very significant openness to foreign law. However, it is difficult to find any evidence for this kind of impact of foreign public law in the United States. In 1998, George Bermann, one of our leading comparative law scholars and a specialist in comparative public law, made a similar statement about comparative law in general. After giving his opinion that U.S. lawyers were not making sufficient use of the comparative method to identify general principles of law, he contrasted that lack of effort with the activity in Europe to find common principles of private law:

Recent initiatives in the direction of codifying and synthesizing the law of various nations, particularly in the field of private law, is very largely European- rather than American-driven.

As for domestic law reform as such, no one has measured the extent to which legislatures actually resort to foreign law and the comparative law method, but the impression nevertheless remains that foreign law and the comparative law method are seriously underutilized in the U.S. in pursuit of these purposes.⁷

- 8 I am unaware of any significant examples that would show that the situation has changed today, certainly not in the realm of public law. There is in fact very little evidence that legislatures even consider foreign law before adopting new statutes or codes. At least, we do not have a general practice for federal or state legislative bodies to commission or seek out comparative law surveys relating to issues pending before them. I have been unable to uncover any significant examples in public law, and informal conversations with my colleagues who teach and write in public law areas and my own experiences teaching and writing in the field of administrative law suggest that there are none of any importance. There is one minor example that provides the exception to prove the rule, but it is quite minor.⁸ A review of tables of contents and indices of some of the leading treatises in constitutional and administrative law in the United States further support these conclusions because they make no reference to any developments in American law that were based on foreign models.⁹

2.2. The Supreme Court Debate about Citing Foreign Law

- 9 Any consideration of the status of comparative public law in the United States has to take into account the debate that broke out on the Supreme Court in the 2000s about the propriety of citing foreign and international law on questions of U.S. domestic constitutional law. The debate did not result in a clear rule forbidding the use of comparative law on such domestic law questions, but some justices advocated for such a ban.
- 10 Probably the fullest and best known statement of the debate was in *Roper v. Simmons*¹⁰ in which Justice Kennedy's majority opinion invalidated a state juvenile death penalty under the Eighth and Fourteenth Amendments. After concluding that there was a basis

under U.S. law to so hold, Justice Kennedy said that he found “confirmation” for his interpretation of U.S. law in the fact that all other countries in the world had abolished capital punishment of juveniles or publicly disavowed the practice.¹¹ In other words, Justice Kennedy made it clear that he was citing foreign law, not as controlling authority, but only as non-binding authority that he thought added to the persuasive power of his opinion. Justice Scalia’s opinion for three of the four dissenting justices included a host of objections to the reference to foreign law.¹² As the debate continued in subsequent cases, opponents of citing foreign law were in usually in dissent, but in the last case involving significant debate on the issue, *McDonald v. City of Chicago*,¹³ Justice Alito raised the objection in his opinion for the Court.

11 The debate is surprising because the Court has regularly cited foreign law at least since the first Justice Marshall.¹⁴ It may be a little difficult to see what the objections could possibly be to references to non-binding authority, but there is a huge literature analyzing this debate from all points of view.¹⁵ I bring up the debate here because of the one objection that makes the most sense to me, even though I personally reject it. That objection is based on national identity. In a 2006 article, Steven Calabresi argued that the popular view of our national identity includes the self-understanding that we are an exceptional nation, composed in large measure of people who fled or who are descended from people who fled other countries. Our exceptionalism is bound up in the U.S. Constitution so that, at least to the popular mind, it offends our sense of identity to have that document interpreted in light of foreign law.¹⁶ In effect, he argued, cosmopolitanism does not fit the United States, at least it does not fit the popular understanding of our Constitution.

12 It is a bit unclear where we are on this debate. The conservative justices who argued against foreign law succeeded in making that an argument for the Court only in the last of the cases mentioned, *McDonald*, but more conservative justices have joined the Court since that case. The controversy over this debate seems to have quieted down in recent years. In 2022 the Supreme Court issued its controversial decision on abortion in which opinions both for and against constitutional protection cited to foreign law in academic *amicus* briefs.¹⁷ But comparative law appears to have played at most a

minor confirmatory role for both sides, and no justice objected to the references to comparative law.

3. A Brief Overview of the Rich and Vigorous Comparative Public Law Literature in the United States

- 13 Despite these ways in which the use of foreign law models have been rejected, there is in fact a rich comparative public law literature in the United States.

3.1. Increase in the Volume of Comparative Public Law in the Twentieth Century

- 14 When Clifford Larsen surveyed the field of comparative public law in 1998, he was of the view that comparative law in the United States had concentrated on

private law and “anatomy of the legal system” subjects such as basic contract and tort principles, litigation methods and procedural law, the structure of the legal system and of the legal profession, Roman law sources of civil law and the spread of private civil law concepts around the world. The same generalization holds true for legal journals: they tend to print primarily private law and “legal structure” articles.¹⁸

- 15 Comparative coverage of most aspects of public law, he argued, was seriously deficient. He specifically highlighted the need for comparative scholarship with respect to school systems; pension systems and social security; health care, especially care of the aged; family law issues including parental leave, adoption and foster care; land use regulation; criminal law; governmental structure, including federalism; and environmental regulation.¹⁹

- 16 I do not know if he was right that at that time coverage of all of these areas was so deficient, but I am sure he was right that public comparative law was underdeveloped by comparison with private comparative law and that comparative public law was the most promising area for new work in comparative law. My own feeling upon as a new professor in the late-1980s was that comparative public law, especially administrative law, was a relatively underdeveloped area, a kind of new frontier for comparative law.
- 17 In fact, there were good foundations on which to build. The principal founders of the study of administrative law in the United States at the end of the nineteenth and beginning of the twentieth century were Frank Goodnow, Ernst Freund, and Woodrow Wilson. They all included comparisons with European administrative law in their writings,²⁰ and Goodnow and Ernst both labelled one of their books a “comparative” study.²¹ But as the study of administrative law matured in the United States, comparative studies fell out of the picture, with just a few exceptions. Bernard Schwartz wrote a comparative work covering French law²² at mid-century, and two later books on British administrative law²³ but his treatise on U.S. administrative law does not mention any comparative perspectives.²⁴ Arthur von Mehren and Jim Gordley’s introduction to the civil law legal systems included substantial sections on French administrative and constitutional law.²⁵
- 18 The comparative perspective was certainly lacking from my courses in constitutional and administrative law when I was a law student in the early 1970s at the University of Michigan, and comparative public law, except for some constitutional structure connected with the development of the constitutional courts, was also largely missing from my course on comparative law at Michigan. But Eric Stein’s course on what was then called the Common Market did expose those of us who took that rather specialized course to a foreign form of public law and one which drew on European sources. By the 1980s and 1990s, when I started teaching, comparative public law had largely disappeared from what I understood to be the main channels of comparative law teaching and scholarship, but it was gaining in importance as the Common Market project in Europe gained in importance. What we now call European Union law may be the main

introduction for many U.S. students to European thinking about administrative law.

- 19 Meanwhile, the tumultuous political events and relentless globalization of life in the second half of the twentieth century had exposed the country and the law schools to strong forces for internationalization. The end of World War II ushered in a wave of constitution-making and marked the beginning in many countries of judicial review of legislation for compliance with the constitution. This development was accelerated by the defeat or collapse in more countries of Communist Party or other authoritarian rule in the 1980s and '90s. Constitutional words were meant to be given legal force in courts of law for the first time in many legal cultures, so issues of constitutional law were suddenly important in many more countries and American lawyers needed to know how to deal with such new legal issues. At the same time, the fall of the Iron Curtain and the improvement in relations with China unleashed a wave of new students and even some new professors from countries that formerly had highly limited contacts with the U.S. These new students and scholars in U.S. law schools had the interest and the linguistic knowledge to research and write about law in their former countries, many of which were not well represented in the literature up to that time. Students and scholars raised in the United States began expanding their linguistic and comparative law skills.
- 20 The result by the end of the twentieth century and the beginning of the twenty-first was a flowering of comparative scholarship and teaching, including much work focused on public law. Quite a few law schools started new law journals devoted to international and comparative law. In the first decade or so of the new millennium, at least three casebooks on comparative constitutional law were published in the United States.²⁶ One prominent American constitutional law treatise cites some foreign law though only as isolated examples to show that the law could be different.²⁷ To my knowledge no one has published a comparative administrative law casebook, but the 2010 edition of the Koch treatise on administrative law has some short discussions of key features of a few foreign systems of administrative law and citations to some comparative studies of different countries.²⁸ Consistent with the relative number of casebooks in the two fields, I have the impression that there have

been far more courses on comparative constitutional law than comparative administrative law in recent years.²⁹ But comparative studies of different areas of administrative law and different countries' administrative systems have greatly multiplied. Electronic searches for journal articles and books in the last twenty years show that the areas that Larsen identified in 1998 as in need of comparative law study are no longer ignored by comparative scholarship. The individual works are too numerous to mention here.

3.2. Relative Volumes of Various Types of Comparative Literatures

- 21 The fact that the volume of comparative public law literature has grown in recent years naturally raises the question about the extent of that volume as compared to comparative private law studies and the related questions about the relative size of literature on certain subtopics within the field of comparative public law, especially constitutional and administrative law. I have found no studies of these questions and my own attempts to gather empirical data on these questions have foundered on the difficulties of the classification issues that would need to be resolved.
- 22 The first problem is the line between public and private law. That line may seem clearer in a jurisdiction that strictly separates public law teaching from private law teaching, but we do not do so in the United States. The line between constitutional and administrative law is equally problematic because, at least in the United States, certain core constitutional doctrines like separation of powers and due process are taught in the basic courses in both areas. Scholarship about privacy illustrates the difficulties in all these distinctions. Privacy is in part a constitutional right, but it is also an important consideration in fashioning all manner of regulation concerning the collecting, handling, and transfer of personal data. Privacy is also protected to some extent by tort and contract law and therefore a subject of private law. Scholarship about privacy issues may often concern at least two if not all three of these aspects. Many areas of law raise similar questions about these categories: for example, bankruptcy, involves a settlement of conflicting private claims. In that sense it seems like a form of private law, but it could also be viewed

as a type of procedural law that is neither constitutional nor administrative law but, like other forms of procedural law.

Employment law looks like private law in its unregulated form in the United States because of at-will employment, but in most other countries large numbers of employment relationships are subject to regulation that severely limits at-will employment; even in the United States, employment law is subject to constitutional and statutory limitations on discrimination on the basis of race and other “suspect categories,” not to mention the administrative law that applies to protect the right to unionize.

- 23 Not fully appreciating these definitional difficulties, I attempted to gather some empirical data using two databases readily available at Iowa. The first comprises the articles published by the *American Journal of Comparative Law* (AJCL). The AJCL is the flagship comparative law journal in the United States and because it is a peer-reviewed journal, I thought it would more reliably indicate the interests of the teachers and professional comparative law scholars than any other American law journal, most of which are edited by students. With the help of a research assistant, I attempted to survey the last twenty years of articles in the AJCL. We classified the articles into five categories: public or private law or neither (works that were about U.S. law without any significant comparison to foreign law), and within the comparative public law category, whether about constitutional law, administrative law, or other (a fairly large category that includes, for example, international law, criminal law, civil and criminal procedure, and arbitration). Based on our efforts to sort the articles, we estimated that there were almost twice as many comparative public law articles published as articles about private law, and about four times as many comparative articles about constitutional law as about administrative law.
- 24 The second database was the record of purchase of new books by the Iowa Law Library, which has an ambitious program of acquisition of new books on all aspects of law and is one of the leading research law libraries in the country.³⁰ Don Ford, the Foreign, Comparative, and International Law Librarian (FCIL) at the Iowa Law Library, suggested that he could analyze the Law Library’s new book purchases by using the search capabilities of the Iowa Law Library’s online public access catalog (OPAC). Based on that study, Ford estimated that there are

roughly one third more comparative administrative law books than constitutional books published since 2000.

- 25 In view of the definitional difficulties I have mentioned, I am not willing to make strong claims of validity for our studies. The most important lesson they taught me is that in order to obtain meaningful results from such a process of classification, it is necessary to have very tight agreement on the criteria to use in coding. My research assistant and I did have a written set of guidelines, but I think they proved to be too loose. We uncovered too many difficult cases that were not resolved by our guidelines. In the end, the criteria ended up being adjusted on an ad hoc basis so that I have no confidence that we could repeat the process with roughly the same results. Although the cataloguing of books for the Law Library's OPAC is done by experienced, professional cataloguers, I was not able to learn enough about the way they define the differences between categories to compare them to our definitions.
- 26 So in the end, I am left to depend on my intuitions and I mention my failed attempts at empirical study only to show that their results are not so wildly different from my intuitions that they should shake confidence in my own judgments. We do know that comparative law in the nineteenth and early twentieth centuries had a strong focus on private law.³¹ Professor Larsen argued that that focus had persisted to the end of the twentieth century.³² My own sense was that sometime between mid-century and the beginning of the twenty-first century, the focus was shifting for the geopolitical reasons I have mentioned. The shift undoubtedly reflected the fact that in every country, governmental regulation has come to play an ever-increasing role in modern life. Everywhere there a need for regulatory intervention to counter the massive economic power of huge companies and to deal with looming environmental challenges. The shift no doubt accelerated with the fading of Communist Party power after 1989, as discussed above in Section 3.1. For all those reasons, I have the impression that comparative public law studies probably now exceed comparative private law studies, and based on the importance of constitutional law, especially the expansive nature of constitutional protections for human rights, I expected that comparative constitutional studies probably exceed comparative

administrative studies. I see no reason to doubt those impressions, but I do not claim to have proven them empirically.

3.3. Improvements in Quality of Comparative Public Law

- 27 The increase in the volume of comparative public law does not necessarily shield the field from criticism. Expressions of disappointment with the field seem to be a fixture of comparative law in general. In his 1999 review of comparative law in the United States, George Bermann wondered, “Why has the progress of comparative law in the United States been modest at best, in some respects, and apparently unsatisfactory in others?”³³ It seems that Professor Bermann’s question could be directed at comparative public law as much as at any other branch of comparative law studies.
- 28 To evaluate comparative law’s performance, Bermann gave us a list of five objectives for comparative law in general. His list would appear to be equally valid for individual subfields, like comparative public law. Comparative law, he said,

may serve a variety of objectives, running the gamut from the *intellectually ambitious* (e.g., achieving a better understanding of law and law’s relationship to society, more fully elucidating general legal concepts), to the *programmatically ambitious* (e.g., unifying or harmonizing national law on different legal subjects to facilitate transnational transactions and relations, distilling general principles of law by which those transactions and relations may then more suitably be governed), to the *socially useful* (e.g., law reform, whether practiced by legislators, judges, or academic commentators), to the *professionally useful* (e.g., facilitating the application of foreign law in counseling, drafting and litigation settings whenever and wherever foreign law might be considered to be “applicable”), to the *culturally edifying* (e.g., demonstrating the relativity and contingency of one’s own law and exposing its unstated assumptions and possible biases).³⁴

- 29 Of these five goals, he thought the last two, professional utility and cultural edification, had gained the most widespread support in the U.S. and were generally regarded as “reasonably well achieved.”³⁵ It

was thinking about programmatic ambitions to harmonize laws and to identify general principles) and the social utility of comparison that led him to bemoan the failure of U.S. law to use comparative law for purposes of domestic law reform. But the “most deficient” aspect of comparative law in the United States, Bermann argued, concerned the intellectually ambitious goal. Comparative law was not “deepening our knowledge about law, whether as a social phenomenon or as a field of concepts and ideas.”³⁶

- 30 When I started trying to put together a reading list for a course about comparative regulation of a market economy in 1990, my experience confirmed Bermann’s diagnosis. I found little comparative law literature that helped me grasp the basic differences that distinguished different systems of systems of public law. One exception was Mirjan Damaška’s intellectually exciting book about different systems of civil procedure,³⁷ but it was not easy to read and it was not about my core interest in the seminar, regulatory law. One of the most useful sources I found for my course was written by scholars who appeared to see themselves primarily as political scientists.³⁸
- 31 Now the situation is quite different. I would argue that comparative public law scholarship is responding positively to Professor Bermann’s call for deepening the analysis. In all the outpouring of literature, I believe we are starting to see more and more the kind of search for general principles, the study of fundamentals, and the effort to bring into the study the methods and insights of other disciplines that Bermann called for. For lack of space, I would name just a few of the promising projects regarding comparative administrative law, which is the area I know the best. A major milestone was the publication in 2010 of the first edition of a volume of essays edited by Professors Susan Rose-Ackerman and Peter Lindseth, now in its second edition.³⁹ A similar, analytically ambitious volume of essays edited by Francesca Bignami and David Zaring was published in 2016.⁴⁰ These volumes are better focused than is usually true of edited volumes, and the focus is on examining the different solutions in a variety of countries to key issues like judicial review, public participation, and privatization. The best essays make connections with history and political theory. My own project of studying the way differences in legal structures and rules reflect the

differences in “political economy”—a term meant to capture the differences in the dominant expectations and preferences concerning the degree to which the state should intervene in the economy—is an attempt to use the new institutional literature of political science to forge connections between law, ideology, and political and economic structure.⁴¹

- 32 I do not mean to suggest that the field of comparative public law has achieved all five of Bermann’s goals and that nothing remains to be done. I suppose that Professor Bermann would agree that the goals are true goals and therefore can never be fully achieved. My point is just that good starts have been made in the right direction. The volumes I mention above are among those pointing us in the right direction. But as Bermann said in his essay, “sound theoretical scholarship in any field is a difficult achievement, . . .”⁴² There is probably a call for scholars to achieve a deeper level of analysis in every area of legal scholarship, but perhaps this tendency is pronounced in comparative law because the field seems to hold such strong promise. Good comparative law scholarship may be, however, as Bermann, said,⁴³ especially difficult. Nevertheless, despite the need for continuing work to push the level of analysis to higher levels, I think it is right to say that the United States is now beginning to produce a comparative public law literature that is both voluminous and rich, holding great promise for the future.

4. Some Concluding Thoughts about Cosmopolitanism and Its Critics in American Comparative Public Law Study

- 33 I come back to the tension between advocates of cosmopolitanism and advocates of nationalism: The United States has been strengthening its openness to the world by developing a much larger and stronger body of comparative public law scholarship, but legislators apparently are still not interested in foreign models and the Supreme Court debate about citing foreign law gave expression to a form of legal nationalism or isolationism. It is hard to gauge the

importance of the Supreme Court debate. It is not clear that it provides any closure on the issue of the relevance of comparative public law with respect to domestic constitutional issues. But I do believe that no knowledgeable advocate, either before that debate or afterward, would ever expect to succeed in the U.S. with the argument, in or out of court, that the United States should adopt a rule for domestic law solely because it has been adopted by one or more systems of foreign law. No one in the Supreme Court debate about citing foreign law made such an argument. There is something in the U.S. culture that rejects the notion that the U.S. should be governed by—or even decisively influenced by—foreign cultures. That kind of fierce sense of one's own identity may be found in other countries, as well, but it seems especially strong in the United States and seems to set real limits to cosmopolitanism in the United States.

34 There are also structural and institutional barriers in the United States to adopting foreign models, and this is especially true in the fields of public law. The presidential form of our national government is very different both from forms of parliamentarianism and from other forms of presidential government. The U.S. version of federalism is quite different from the German version. I have argued in a string of articles that these differences in institutional structure reflect different forms of “political economy”—a term by which I mean to capture the differences in national expectations and preferences concerning the degree of intervention by the state in the economy—from that in Germany and France, for example, or even from that in Great Britain or New Zealand.⁴⁴ If that is so, there may be very little chance that foreign constitutional ideas could be successful in the United States.

35 The barriers to importing foreign administrative law are probably even greater. The United States has long permitted broader delegations of lawmaking power to agencies than many other countries are comfortable with, and that difference has implications for judicial review of agency power, as well. Moreover, the U.S. model of combining in one administrative body or agency the functions of enforcing the regulations for a specific area of regulatory law and conducting the primary fact-finding for judicial review is quite unique. Most other countries put the fact-finding for judicial review in a court or at least in another administrative body.

- 36 Even for the most committed cosmopolitan, seeking confirmation in foreign law for some aspects of U.S. constitutional or administrative law may not make sense in light of the differences in law and legal structure. But these differences do not stand as barriers to all possible uses of foreign law to confirm the reasonability of arguments under U.S. law. It is especially difficult to see why they would stand in the way of finding confirmation in foreign law with respect to a court's interpretation of the open-textured human rights provisions at issue in the cases involved in the Supreme Court debate about citing foreign law. The claims there about homosexual rights and the death penalty turned on general constitutional clauses like "cruel and unusual punishments" or "due process." These standards may not be so different from the standards that apply in many other countries. It is always possible, of course, that on a specific point, foreign law really does represent values different from those that underlie U.S. law. In that case, the foreign law would not serve as a source to confirm the argument under U.S. law. But it does not seem reasonable to claim that U.S. law is so different on all issues that foreign law can never provide confirmation. The objection to citing foreign law needs to be justified on a retail basis, not wholesale.
- 37 In fact, U.S. willingness to engage with other legal systems, especially on questions of public law, has in recent years more typically involved transfer of legal ideas in the opposite direction. The United States was very active in efforts to export its legal models in the wake of the various waves of democratization in the twentieth century.⁴⁵ It may be that a certain amount of pride—one might say, hubris—results from the fact that Americans think of themselves as exporting their law to others, and that pride may also account for some of the resistance to imports of foreign law.
- 38 The wealth of comparative public law scholarship in the United States today attests to a lively curiosity about and interest in foreign law. In that development we have been blessed by the wealth of our universities and law schools that enables them to attract foreign students and scholars, the miseries of world history that have driven some of them to our shores, and the fact that English has become de facto the world language for scholarly communication. There is thus another definitional issue hiding in the very title of this paper. What should count as U.S. comparative public law scholarship? Many of the

people who publish their work in American journals like the *AJCL* live and work outside this country. The journal itself is edited currently by Europeans who teach, one at a U.S. law school and one at a Canadian law school. Home-grown scholars like me publish our work in journals outside the United States, as I am doing with this article. In short, the globalization of academic life has helped us immeasurably in the United States to develop a vigorous comparative literature because we have such easy access to foreign law and foreign scholars through English, and they have enriched us with their contributions.

- 39 Maybe the definitional issue is not so important. The point is that we now have a global comparative law literature, a significant portion of which is written in English by scholars from all over the world, and all that literature is available to scholars in the United States. Indeed, U.S. scholars participate substantially in writing that literature. It is a sizeable and rich literature. So it seems reasonable to say that, despite the significance of a definite resistance to cosmopolitan views in the United States, there are also strong cosmopolitan forces in the United States that support a vigorous comparative public law scholarship. That scholarship has developed strongly in the last several decades in volume and quality and is well positioned for further development.

NOTES

1 For a useful discussion of cosmopolitanism and comparative law, see H. DEDEK, 'Where the "Real Action" Is: From Comparative Law to Cosmopolitan Jurisprudence', in H. DEDEK, ed, *A Cosmopolitan Jurisprudence: Essays in Memory of H. Patrick Glenn* (CUP 2022). Dedek quotes Ulf Hannerz' definition of cosmopolitanism as "first of all an orientation, a willingness to engage with the Other" that is premised on an intellectual openness to diversity itself." *Ibid* 5, quoting U. HANNERZ, 'Cosmopolitans and Locals in World Culture' (1990) 7 *Theory, Culture & Society* 237, 239.

2 S. C. SYMEONIDES & W. COLLINS PERDUE, *Conflict of Laws: American, Comparative, International Cases and Materials* (3rd edn, West 2012) 99-123.

3 M. W. JANIS, *An Introduction to International Law* (Little, Brown 1988) 206-11.

4 J. C. REITZ, 'Recognition of Foreign Administrative Acts', (2014) 62 (Supp.) *Am. J. Comp. L.* 589.

5 The U.S. has, for example, signed but not ratified the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). Some of the objection to the treaty comes from people who argue that the treaty might force the U.S. to restrict several constitutional rights, including privacy, freedom of speech and association. H. J. STEINER and P. ALSTON, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals* (2nd ed., OUP 2000) 207-08.

6 D. ZAMBRANO, 'How Litigation Imports Foreign Regulation', (2021) 107 *Virginia L Rev* 1165. Zambrano argues that plaintiffs in products liability litigation against companies also subject to regulation in other countries with stricter standards for liability or for document disclosure may be able to obtain the documents and disclosures required by foreign law through document requests under U.S. civil procedure rules. If the foreign regulator makes findings against the defendant company or institutes enforcement proceedings based on a stricter form of regulation, an American court will not apply those same standards to the case in the U.S. if U.S. standards are different, but the foreign findings or proceedings may be enough to help the U.S. plaintiffs avoid summary judgment so that it can get to discovery and trial.

7 G. A. BERMAN, 'The Discipline of Comparative Law in the United States', (1999) 51 *Revue internationale de droit comparé* 1041, 1043.

8 The example concerns methods of presenting expert testimony, which in common law courts can be quite confusing because each party may present its own expert and they may testify at very different times during the trial so that the trier-of-fact (the jury or, if there is no jury, the judge) can easily be confused. The method, known as "concurrent expert evidence" or more colorfully, "hot tubbing," was first developed in Australia and requires both sides' experts to work out a joint statement of agreed-upon facts and a clear indication of where they disagree. The rule has been adopted by a number of federal judges for particular cases in their courtroom, and it has been adopted into the rules the Colorado Supreme Court issued for their Water Court cases. K. KRAUSE, 'Hot Tubbing and Expert Conferences—Using Concurrent Expert Evidence to Streamline Construction Arbitration', (2020) 74 *Disp Resol J* 79. Thanks to Christopher H. Reitz for telling me about this example of a public law import.

9 For constitutional law: J. F. NOWAK & R. D. ROTUNDA, *Constitutional Law* (8th edn, Thomson West 2010); L. H. TRIBE, *American Constitutional Law* (3rd edn, Foundation P 2000). For federal administrative law: K. E. HICKMAN & R. J. PIERCE, *Administrative Law Treatise* (6th edn, Wolters Kluwer 2019); C. H. KOCH, Jr., *Administrative Law and Practice* (3rd edn, West 2010) (with 2021 supplement by Richard Murphy and Charles H. Koch, Jr., with appendices, tables, and index). For state administrative law: A. E. BONFIELD, *State Administrative Rule Making* (Little, Brown & Co, 1986). Only Tribe and Koch even mention foreign law at all and then only to show that there could be another way, but not to advocate for the foreign model. See notes 27-28 below and associated text.

10 543 U.S. 551 (2005).

11 *Ibid* 575.

12 *Ibid* 622-28. Justice O'Connor filed her own dissent to note her disagreement with Scalia's position on citing foreign law. *Ibid.* 604-07.

13 561 U.S. 742, 781 (2010). Justice Scalia's concurrence mentioned his objections, *ibid* 800-01, and Justice Stevens' dissent cited foreign law, *ibid* 895-96.

14 For extensive citation to cases, see S. G. CALABRESI and S. DOTSON ZIMDAHL, 'The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision', (2005) 47 *Wm. & Mary L. Rev.* 742.

15 For citation to a large portion of the relevant U.S. literature, see S. G. CALABRESI and B. G. SILVERMAN, 'Hayek and the Citation of Foreign Law: A Response to Professor Jeremy Waldron', 2015 *Mich. St. L. Rev.* 1, 10 n 72. For international reaction to the debate, see M. ANDENAS and D. FAIRGRIEVE (eds), *Courts and Comparative Law* (OUP 2015).

16 S. G. CALABRESI, "A Shining City on a Hill," *American Exceptionalism and the Supreme court's Practice of Relying on Foreign Law*, (2006) 86 *Boston ULR* 1335. Relying on the idea of *ius gentium*, Professor Calabresi defended a much different and more positive approach to citing foreign law in a later article. CALABRESI and SILVERMAN (n 15).

17 *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____, 142 S. Ct. 2228, 2243 & n.15, 2249 (majority opinion); 2312 (Roberts, C.J., concurring); 2340-41 (dissent) (2022).

- 18 C. LARSEN, 'The Future of Comparative Law: Public Legal Systems', (1998) 21 *Hastings Int'l & Comp L Rev* 847, 849 (footnotes omitted).
- 19 *Ibid* 852-56.
- 20 E.g., F. GOODNOW, *Comparative administrative law* (1893); E. FREUND, *Administrative Powers over Persons and Property: A Comparative Survey* (1928); W. WILSON, 'The Study of Administration', (1887) 2 *Pol. Sci. Q.* 197.
- 21 GOODNOW (n 20); ERNST (n 20).
- 22 B. SCHWARTZ, *French administrative law and the common-law world* (NYUP 1954).
- 23 B. SCHWARTZ and H. W. R. WADE, *Legal control of government: administrative law in Britain and the United States* (Clarendon P 1972); B. SCHWARTZ, *Lions over the throne: the judicial revolution in English administrative law* (NYUP 1987).
- 24 B. SCHWARTZ, *Administrative Law* (3rd edn. Little, Brown 1991)
- 25 A. T. VON MEHREN and J. R. GORDLEY, *The Civil Law System* (Little Brown P, 1957; 2nd edn, Little Brown 1977).
- 26 N. DORSON and others, *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (West 2003 and Thomson Reuters, 2nd edn 2010); V. C. JACKSON and M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law* (Foundation P 1999; 2nd edn Foundation P 2006); S. ROSS, H. IRVING and H. KLUG, *Comparative Constitutional Law: A Contextual Approach* (LexisNexis 2014).
- 27 TRIBE (n 9). Tribe cites the law of the European Union, the new South African constitution, and laws of Great Britain, Canada, Australia, and a variety of other European states. *Ibid* 129, 157 n 19, 172, 210 n 11, 265, 618, 624, 666, 796 n 4, 798 n 1, 799 n 2, 833 n 34, 874 n 78, 1015 n 15, 1027 n 27.
- 28 KOCH (n 9) sections 1:14, 2:13, 7:43 [2].
- 29 In 2006 we published a symposium issue in the international journal at Iowa on comparative constitutional law with five tenured members of the Iowa faculty and two foreign law professors who taught regularly at Iowa, one of whom, Sir Geoffrey Palmer, had twice been a tenured member of our faculty. Six of the seven had taught courses on comparative constitutional law and all of them had published in the field. J. C. REITZ, 'Introduction to Symposium: Comparative Constitutional Law at Iowa', (2006) 15 *Transnatl L & Contemp Probs* 481.

30 The Iowa Law Library's collection peers are Yale, Harvard, University of Texas, Georgetown, Berkeley, University of Pennsylvania, Duke, and the University of Minnesota. The University of Iowa Library system is a leader in the Big Ten university library network, and our collection is so large that with respect to the interlibrary loan service, Iowa participates chiefly as a lender, not as a borrower. In short, the Iowa Law Library is one of the superior libraries in the United States for legal and interdisciplinary research.

31 D. S. CLARK, 'Nothing New in 2000? Comparative Law in 1900 and Today', (2001) 75 *Tulane L Rev* 871. At the great international meetings, starting with the Congrès international de droit comparé in 1900, the focus was on harmonization of law codes and the most important law codes at the time were the codes of civil law. The French comparative law society was called at that time the "Société de législation comparée." *Ibid* 875-76.

32 LARSEN (n 18) 857.

33 BERMANN (n 7) 1048.

34 *Ibid* 1042.

35 *Ibid*.

36 *Ibid*. 1043-44.

37 M. R. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority* (Yale UP 1986).

38 R. BRICKMAN, S. JASANOFF, and T. ILGEN, *Controlling Chemicals: The Politics of Regulation in Europe and the United States* (Cornell UP 1985). At least one or two of the authors also had a legal education, but the book was presented as a work of political science.

39 S. ROSE-ACKERMAN, P. L. LINDSETH, and B. EMERSON (eds), *Comparative Administrative Law* (2nd edn, Edward Elgar 2017).

40 F. BIGNAMI and D. ZARING (eds), *Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process* (Edward Elgar 2016).

41 For example, 'Comparative Law and Political Economy', in D. S. CLARK (ed), *Comparative Law and Society* (Edward Elgar 2012) 105; 'Political Economy and Separation of Powers', (2006) 15 *Transnatl L & Contemp Probs* 579; 'Political Economy and Abstract Review', in S. J. KENNEY, W. M. REISINGER, and J. C. REITZ (eds), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective* (McMillan Press 1999) 62.

42 BERMANN (n 7) 1050.

43 *Ibid* 1051 (citing J. C. REITZ, 'How to Do Comparative Law', (1998) 46 *Am. J. Comp. L.* 617, 635).

44 For example, REITZ 2012 (n 41); J. C. REITZ, 'Political Economy and Separation of Powers', (2006) 15 *Transnatl L & Contemp Probs* 579; J. C. REITZ, 'Political Economy and Abstract Review', in KENNEY and others (n 41) 62.

45 J. DE LISLE, 'Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond', (1999) 20 *U. Pa. J. Intl Econ L Rev* 179; J. C. REITZ, 'Export of the Rule of Law', (2003) 13 *Transnatl L & Contemp Probs* 429.

ABSTRACTS

English

The article addresses the paradoxical nature of comparative public law scholarship in the United States. The globalization of life makes foreign law as inescapable in the United States as in any other modern country. Foreign law models played a substantial role at the founding of the country and for some time thereafter when there was not much American law. But today comparative study of foreign models of public law plays hardly any role at all in the preparation of legislation or constitutional amendments in the United States, and a high-profile debate at the Supreme Court revealed significant antipathy on the Court to the use of comparative law in interpreting domestic law. In those senses, comparative public law scholarship appears to have little impact on U.S. law. There are, moreover, a number of unique features of American law that make it difficult to import legal models from other countries, most notably the especially strong skepticism toward reliance on the state and state regulation that pervades American society and legal thinking about law.

One might conclude that a cosmopolitan world view is not very strong in America, but the article argues for a more nuanced view. The forces of globalism expose lawyers and courts in the United States constantly to foreign and international law, immigration continues to enrich the body of scholars working and teaching in the United States, and there is a rich body of foreign and comparative law scholarship in English that is readily available to students and scholars in the United States and that is produced at least in substantial part by scholars working in the United States. These features attest to a curiosity and openness in the United States to learning about foreign law. The article argues that America is home to strong tendencies in both directions, cosmopolitanism and its opposite, nationalism or chauvinism, and comparative public law scholarship in the United States should be seen as navigating between these opposing impulses.

Français

Cet article traite de la nature paradoxale de la recherche en droit public comparé aux États-Unis. La mondialisation rend le droit étranger aussi incontournable aux États-Unis que dans tout autre pays moderne. Les modèles de droit étranger ont joué un rôle important lors de la fondation du pays et jusqu'à ce que qu'un véritable « droit américain » émerge.

Néanmoins, l'étude des modèles étrangers de droit public ne joue désormais pratiquement plus aucun rôle dans la préparation de la législation ou des amendements constitutionnels aux États-Unis. Un débat très médiatisé à la Cour suprême a même révélé une antipathie significative de la Cour à l'égard de l'utilisation du droit comparé dans l'interprétation du droit national. En ce sens, la recherche en droit public comparé semble n'avoir qu'une très faible influence sur le droit américain. En outre, le droit américain présente un certain nombre de caractéristiques uniques qui rendent difficile l'importation de modèles juridiques d'autres pays. C'est en particulier le cas s'agissant du scepticisme marqué à l'égard de l'État et de sa réglementation, qui imprègne la société et la pensée juridique américaines.

On pourrait en conclure qu'il n'y a pas véritablement de place pour une vision cosmopolite du monde aux États-Unis, mais cet article tente d'adopter une position plus nuancée. Les forces de la mondialisation exposent constamment les avocats et les tribunaux américains au droits étrangers et international, de plus en plus d'universitaires étrangers travaillent et enseignent aux États-Unis, et il existe un riche corpus d'études de droit étranger et comparé en anglais, facilement accessible aux étudiants et aux universitaires américains. Il est pour une large part l'œuvre d'universitaires qui travaillent aux États-Unis. Cela atteste, de l'existence, aux États-Unis, d'une certaine curiosité et d'une certaine ouverture au droit étranger. L'article démontre que les deux tendances opposées que sont le cosmopolitisme et le nationalisme ou le chauvinisme se retrouvent aux États-Unis, et que la recherche en droit public comparé aux États-Unis navigue entre ces deux pôles.

INDEX

Mots-clés

doctrine en droit public comparé, droit constitutionnel comparé, droit administratif comparé, Cour suprême des États-Unis, traités internationaux, mondialisation, droit privé comparé

Keywords

comparative public law scholarship, comparative constitutional law, comparative administrative law, Supreme Court, international agreements, globalization, comparative private law

AUTHOR

John C. Reitz

Edward L. Carmody Professor Emeritus, University of Iowa College of Law.

IDREF : <https://www.idref.fr/077147421>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000114168099>

Comparative Public Law in the United Kingdom

John Bell

DOI : 10.35562/droit-public-compare.115

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. European comparisons
 - 1.1. Cross-national comparison
 - 1.2. Comparison with transnational European laws
 2. Common law comparisons
 - 2.1. Cross-national comparisons
 - 2.2. Seeking general principles
- Conclusion: the place of comparative law in judicial decisions

TEXT

- 1 Comparative public law is likely to be of increasing importance in the United Kingdom. Globalisation has increased the need to provide solutions that are not purely nation-specific. Bodies such as the OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) are a major vehicle for sharing the experiences of different countries on a wide range of topics in public governance.¹ It produced important studies on topics such as privatisation.² At the same time, in very recent years, the United Kingdom has become deliberately more legally insular. Withdrawal from the European Union in 2020 and proposals on *Human Rights Act Reform* in December 2021 to ensure British courts adopt a British interpretation of the European Convention,³ rather than that of the Court of Strasbourg will enhance British distinctiveness. As a result, the UK will have different rules in public law areas from its former EU partners. The UK will also have a 'British Bill of Rights' which will differ in some respects from rights in other countries of the Council of Europe. But, interestingly, there will be a distinctive British interpretation of

common norms. After the exit from the European Union, very many rules of EU law remain in force as 'retained EU law'. But without the jurisdiction of the European Court of Justice, it is left to the UK courts to interpret these provisions. So there is the real possibility of a distinctive British interpretation of aspects of EU law. The idea of distinctive British interpretations of common European norms is even more explicit in the proposals of December 2021. The Human Rights Act 1998 incorporated the European Convention on Human Rights into UK domestic law and in section 2 it instructed courts to have regard to the case law of the European Court of Human Rights in interpreting Convention rights. Proposals in 2021 and in 2022 deliberately planned to remove this instruction. At one stage, the proposal suggested the repeal of the incorporation of the Convention and only gives effect to it in domestic law to the extent that these rights are included in the new 'British Bill of Rights'. Furthermore, the proposal required the UK courts to interpret the Convention rights that are part of the British Bill of Rights as laid down by the UK courts, in particular the UK Supreme Court. The case law of the Strasbourg court would no longer to be considered part of UK law. These proposals are on hold for the moment. But specific legislation is already derogating from Convention provisions in relation to immigration. Such trends suggest that a new discipline of comparative public law is emerging – a comparison between the UK's interpretation of common European norms and the interpretation given to them by other European countries, especially by their specific common courts in Luxembourg and Strasbourg. This will mirror to some extent what has already been happening in the common law. Whereas until about 1945 the common law applied within the British Empire (now Commonwealth) could have been considered fairly uniform, this has become increasingly less the case since then. The UK's move into the orbit of the European Union and the Council of Europe made its public law different from other Commonwealth countries. Independence obtained by Commonwealth members ensured that they had distinct institutions, constitutional principles and public law jurisprudence. This is very noticeable in countries like India, Pakistan, Malaysia, Singapore and Hong Kong, as well as later in South Africa. Especially since the 1980s, Canada has moved in a very different direction on fundamental rights from Australia. The fragmentation of the Commonwealth countries

and their interpretation of common law rules and principles has accelerated the diversity within the common law that began with the independence of the United States. Arguably, the centre of influence for common law legal developments, even within the Commonwealth, is no longer the United Kingdom, but the United States and Canada.

- 2 The result of these developments is that comparative public law has expanded beyond comparison between two or more countries. It now encompasses comparison with common systems of legal rules and principles of which the UK is part, both within Europe and within the common law. This article will focus on these latter dynamics.
- 3 Before looking at specific areas, it is necessary to clarify how UK lawyers use the term 'public law'. Conventionally, public law is divided into two general subjects: constitutional law and administrative law. Within constitutional law, a certain number of matters which might be included in continental European definitions of the subject are not usually included in UK definitions of constitutional law. These would include parliamentary procedure, electoral law and the institutions of government. Such matters are more likely to be included in non-legal discussions in political science or in studies of 'British Government'. In addition, many matters are governed by constitutional *conventions*, rather than constitutional *law*, such as the powers of the sovereign to appoint ministers or to summon, prorogue and to dissolve Parliament. Constitutional *law* only tends to consider such questions when they might involve the courts, as in the Brexit cases, *Miller 1* and *Miller 2*.⁴ Many of the following topics will not feature in discussions of 'public law' and thus in comparisons of public law in different legal systems: public finances, the maintenance of public order, the conduct of public meetings, planning procedures and non-judicial compensation for wrongs by public officials. The result is that comparison in public law is predominantly about aspects of the general principles of public law with a very strong focus on what the courts do in different countries. This concentration on courts is a particular feature of common law scholarship, both in the United Kingdom and the United States.
- 4 Finally, it is worth clarifying the subject matter of comparative public law in the United Kingdom. Classically, attention is paid to the work of academic institutions, mainly universities but also independent

research institutions such as the British Institute of International and Comparative Law in London, which has been a major contributor and catalyst to comparative legal research for over 60 years. These have teaching and research activities and produce publications. Today in the United Kingdom publishing houses provide a major platform for comparative law scholarship. Scholars from around the world convene seminars and workshops and then they have their fruits disseminated by these publishers. The research may not take place in the UK, but the UK is the base for its editing and dissemination. In addition, publishers with their own series, such the Hart series on constitutional systems of the world⁵ and on comparative public law⁶ or the *Oxford Handbook* series⁷, actively commission comparative work from scholars from around the world. The work of publishers enhances the vitality of the research which goes on in the UK. More recently, with the substantial increase in online workshops and seminars, such as those organised by the British Association of Comparative Law,⁸ scholars from around the world are convened to undertake research together without a physical association with the United Kingdom. Furthermore, it needs to be remembered that the hiring patterns for academics within UK universities are different from many other European countries. University academics are not civil servants and there is no national set of standards for recruitment. There is no *Habilitation* or *agrégation* process. Universities hire whomsoever they want. Those who are hired need not have a degree in any of the legal systems of the UK. This flexibility has enabled UK universities to recruit highly talented colleagues from around the world who are not UK nationals and who bring a diversity of wider legal experience to enrich the UK research environment. This has been particularly helpful in comparative law because such individuals will often bring knowledge of their own legal system (and a wider fluency in languages other than English) as a starting point for comparison with the laws of the UK. The traditional model of UK-educated common lawyers studying 'foreign' legal systems and drawing comparisons is no longer typical. Scholars based in the UK may actually be natives of a wide variety of non-UK legal systems. All these developments show that the dynamics of comparative law research are changing, and that ideas of a nation-specific tradition or pattern of comparative law research are actually fluid and need re-thinking. The presentation of a nation-specific UK

pattern of comparative law research which follows needs to be understood within this broader perspective.

1. European comparisons

- 5 Comparisons of the United Kingdom with other parts of Europe take two forms. On the one hand, there are comparisons between the UK (often just England) and one or two other specific European countries (1.1). On the other hand, there are comparisons between the UK and supranational European legal systems – the European Union and the European Convention (1.2). The former is concerned with understanding similarities and differences between national legal traditions in addressing common problems of government and public policy. The latter is concerned with how the United Kingdom matches up to uniform legal rules and principles established at a transnational level. As has already been said, this is likely to be an issue of increasing importance. But it is not only the increasing legal importance of the second approach which determines its attractiveness to scholars. A major reason of growing importance of a focus on comparison with transnational law is the weakness of knowledge of European languages within the United Kingdom. The British Academy has been reporting on this issue for nearly twenty years without making any impression on the school curriculum.⁹ The result is that, although the internet now makes a huge improvement in the accessibility of legislation and judicial decisions from different European countries, British-educated (and particularly English-educated) legal scholars are less likely to have the linguistic ability to study these foreign sources in their original language. By contrast, EU law and ECHR law are readily available in English, as is a large body of scholarship, even by scholars who are not themselves based in the UK. It is therefore very likely that the second form of scholarship will predominate increasingly in coming years.

1.1. Cross-national comparison

- 6 The comparison between different European legal systems is very old. Among the earliest public law comparisons were those of Dicey. Dicey's *An Introduction to the Law of the Constitution* in 1885¹⁰ had long discussions about French and Belgian public law, especially

the French *droit administratif* and the Belgian constitution. But there are also references to German scholarship in comparative law. In lectures which have only been published in recent years, Dicey showed that he undertook research of considerable depth into French and German public law, especially administrative law.¹¹ The focus on French administrative law continued to dominate until the 1980s. It reached its zenith perhaps when the Vice-President of the Conseil d'Etat was invited to give evidence to the public inquiry into the control of governmental power and the role of the courts in 1956.¹² Comparison between English administrative law and French administrative law gave rise to a number of books in that period, notably by Hamson from Cambridge University and Brown and Garner from Birmingham and Nottingham universities respectively.¹³ These were general works which had the objective of providing a broad introduction to the French administrative law system with the purpose of encouraging reflection on English (and more generally UK) administrative law which was really in its infancy. The French legal system offered an example of a developed and coherent system of rules and principles which contrasted with the fragmentary and unsystematic pattern of English law before the reforms of 1977. Works of this substantial kind continue, primarily connected with the present author. But the purpose is now less to offer lessons for the development of English administrative law. Its purpose is much more to discover general principles relating to the control of the administration which are shared between the two countries and to understand the factors which lead to divergences between them.

- 7 Although comparison with French administrative law is the older topic, comparison with French constitutional law has developed since the 1980s, particularly because of the role of the Conseil constitutionnel as a constitutional supreme court. In particular, there have been books by an English-educated scholar (the present author) and a French-educated scholar based in the UK, Sophie Boyron.¹⁴ Much of the work here is predominantly explanation of how the French constitutional system works and why it is distinctive. There is more limited space given to comparison with the UK because of the distinctive institutional structures in the UK. All the same, explanation of French law to a UK-based readership involves a

significant element of comparison, since it draws out the features which are most different between the two.

- 8 Whilst scholarship on French law is the most substantial, in recent years there has been a significant effort to broaden the range of countries about which scholars write. As exemplified by Boyron, the UK has been able to recruit talented foreign scholars to work in its universities. She is among a number of scholars who have contributed volumes to the Hart Publishing series on *Constitutional Systems of the World*, edited by Peter Leyland, Andrew Harding, Benjamin Berger, Rosalind Dixon and Heinz Klug.¹⁵ The series includes presentations of the constitutional laws of Austria, Belgium, Finland, France, Germany, Ireland Italy, Poland, Romania, Russia, Spain and the United Kingdom. Most of these short works make this information available to an English-speaking audience. For the most part, they are not very comparative and are written by scholars based in the country in question.¹⁶ Henderson (UCL) on Russia and Boyron (Birmingham) on France are exceptions as authors based in the UK, but writing on other countries. This very valuable series demonstrates the importance of the English language as a medium for the broad dissemination of studies.
- 9 The linguistic importance of English may help to explain why comparative topics undertaken by scholars who are not based in the UK are published by UK publishers. To take a recent example, Kettemann and Lachmayer's collection, *Pandemocracy in Europe*¹⁷ examines the powers of parliament and executive in dealing with the Covid crisis across Europe. It has seven case studies: UK, Germany, Italy, Sweden, Hungary, Switzerland, and France. These are written by scholars in those countries and then there are comparative conclusions and analysis. This work is one many which illustrate that comparative public law is often written in English and published by UK publishing houses in order for it to be accessible for a world-wide audience. So the linguistic limitations of British-educated scholars is compensated by the importance of the English language as the major medium for the publication of comparative law.
- 10 This choice of English as the medium for disseminating comparison is seen in major works on comparative constitutional law. Rosenfeld and Sajó's *Oxford Handbook* on the topic¹⁸ is a major achievement

covering a wide range of topics from rights to constitutional institutions. Very few of the excellent scholars who contributed to this volume work in the UK, yet this must be one of the major reference points in the field today available in English from an English publisher. The convening power of international scholars working with UK publishers to bring some of the world's leading scholars to work together provides perhaps the major contemporary platform for comparative public law in the United Kingdom.

- 11 The format of the Kettemann and Lachmayer volume is typical of many works of comparative law. It involves bringing together scholars from different legal systems to discuss a common topic with the aim of producing not only summaries of those different laws, but drawing conclusions on whether there are general principles and identifying what may be salient reasons why some or all of the systems are similar or different. This format is not peculiar to public law, but is particularly effective when the institutions of different legal systems differ so much.
- 12 The importance of the English language is shown by some of the journals which regularly publish comparative public law material. The most notable is *European Public Law* which has been edited from the University of Hull since its foundation by Professor Patrick Birkinshaw in 1995. This has regularly published short articles on recent developments and longer articles on issues related to national public law in Europe, both constitutional and administrative law.
- 13 Other monographs and articles on comparative law reflect the linguistic abilities and interests of particular individuals. Among works which could be cited include the work of Dupré (Aberystwyth and Exeter) on the importation of constitutional ideas of human dignity mainly from Germany into Hungary.¹⁹ She has also edited a collection on Icelandic constitutional reform.²⁰ Fairgrieve (originally Oxford and now BIICL) and Harlow (LSE) have published substantial works on state liability concentrating on comparisons between English and French law.²¹ Turenne (Cambridge) has published on judicial appointments and independence in a variety of countries.²² Each shows the significance of individual interests in countries and topics within public law.

14 Place of Public and Private law.

In the United Kingdom, there are very few specific centres of comparative public law, and scholars are spread over a range of institutions. By contrast, in private law, there are some centres which are with a substantial number of scholars, such as the Oxford Institute of European and Comparative Law. The British Institute of International and Comparative Law (BIICL)²³ in London has been a major centre of comparative law scholarship since 1960. Its work covers both comparative public law and comparative private law. It would be fair to say that much of its work over the years has been in private law, e.g. consumer law and commercial law. But it has also had public law projects, especially on human rights. More recently, with the creation of the Bingham Centre for the Rule of Law within the British Institute, there is significant attention to rule of law and governance issues.²⁴ Its interests extend beyond Europe, but pay significant attention to Europe.

1.2. Comparison with transnational European laws

- 15 Much contemporary comparative research is conducted in relation to transnational European laws. One major question is how far the UK has been able to receive and be transformed by the laws of the European Union or the European Convention.²⁵ The discussion of the approach of national courts to the application of such European laws may be general, as in the work of Bjorge (Bristol),²⁶ or on a specific topic such as human dignity.²⁷ The detailed study of Bjorge shows the way in which the study of national legal systems can illuminate the emergence and extent of a really transnational legal order in Europe. The existence of the right of individual petition has enabled citizens to challenge the application of the Convention in the domestic legal order and to mark out the conflict which may exist between European and domestic norms and practices. The incorporation of the European Convention into domestic law has occurred differently in different countries. The advantage of national case studies is that they can test out whether this really makes much difference. Each country has its own constitutional traditions and traditions of legal interpretation. The case studies also test how far

these might act as barriers to effective implementation of treaty obligations. Bjorge examines French, German and English domestic laws as they apply principles like proportionality and autonomous ECHR concepts. His conclusion that these national courts go far in avoiding friction with the Strasbourg Court. In this they are acting as 'faithful trustees' of Convention rights, interpreting it honestly and in good faith, and usually in line with the jurisprudence of that transnational Court.²⁸ All the same, studies of specific topics, such as human dignity may show the influence not so much of European Convention law on domestic law, but the influence of particular national legal systems which have a high reputation and which may also go out of their way to purvey their influence to others. This is particularly shown by the work of Dupré on the influence in Hungary of German ideas on human dignity, which was stronger in a direct way than the European Convention case law.²⁹

- 16 Similar approaches to European Union law can be equally insightful. For example, Zahn³⁰ (Strathclyde) wrote a study on the way trades unions in a number of specific 'old' EU countries (Austria, Germany, Ireland, Sweden and the UK) reacted to the enlargement of the EU in 2004 and 2007. Their influence on domestic laws shows how far EU free movement of workers could be applied not just as a result of political decisions, but also because of the influence of policy actors. Authors not based in the UK have published major works on comparative public law in the UK. Tuori³¹ examines the way in which national constitutional debates interacted with developments in EU constitutionalism. It shows the importance of an alignment between national and transnational opinion for the advancement of the EU constitution. Van Gestel and de Poorter have studied the problems of national supreme administrative courts in their dialogue with the Court of Justice of the European Union.³² Such work included interviews with national judges. Their conclusion is that the preliminary reference procedure as conducted by the Luxembourg court is not really a 'dialogue', which challenges the perception which that court like to portray of the process. Even in general EU law, discussion of national situations illuminates the EU law and identifies areas where national resistance is likely to be found.³³
- 17 Often comparison may include both EU and ECHR law, for example in the study of proportionality or legitimate expectations.³⁴ The same

has been true of the comparison of state liability.³⁵

2. Common law comparisons

- 18 The common law tradition involving in particular England, Ireland, Canada, Australia, New Zealand, and, for these purposes, Scotland, Malaysia, and South Africa has been an increasingly active forum of debate. Because they were administered as parts of the British Empire, there was a close connection between the administrations of the different countries and this persisted, even after independence. Particularly where countries are federal, they may have significant differences from Britain in their modern constitutional and governmental organization. But there is still a significant commonality in traditions and approaches that they can be seen as having a sufficient family resemblance to enable fruitful debate and mutual understanding in difference. Other common law countries have developed differently, especially in constitutional structure and in the activeness of the judiciary in relation to Government. In particular, one would single out the United States, India and Pakistan.
- 19 The increasing importance of comparison within the common law is demonstrated by the work of Taggart.³⁶ He convened discussions among scholars from different common law systems to examine the state of administrative law and the values which underpinned it. This has now been carried on by the 'Public Law Conference'. The volumes of essays from the first three conferences³⁷ demonstrate the ease of debate between lawyers from different common law jurisdictions, but also the differences which constitutional and institutional traditions bring to the way issues are handled. The differences extend also to doctrines, such as 'jurisdictional error', 'legitimate expectation' and 'proportionality'. Reasons can be offered for these specific differences. But Saunders suggests that there is a fundamental unity in this diversity and offers three reasons: 'the trajectories of legal and political developments in relation to public law; the cross-fertilisation of legal experience between common law jurisdictions; and...the equilibrium of common law doctrine, in which, despite often apparently dramatic developments, a broadly similar state is often maintained.'³⁸ Within this common law tradition, the American material is not only accessible in terms of language, but also in terms

of its broad conceptual structure, even if there are also radical differences.³⁹ The same would be true of India and Pakistan. Within such a nexus, the character of the discussion goes well beyond documenting similarities and differences between rules (2.1). Rather, the debate seeks to identify solutions to what are perceived as common problems arising not only from a common inherited legal and administrative tradition, but also in the application of common values (2.2).

2.1. Cross-national comparisons

- 20 Comparisons between specific countries has been frequent throughout the history of the common law. But one has to distinguish between citations of decisions or legal provisions from other common law jurisdictions and fully developed comparison. The former really belongs in the second section of this Part as an example of the search for common principles.
- 21 Particularly since 1945, US law has been a point of reference in the UK common law world not only for constitutional law (especially the judicial protection of fundamental rights), but also in administrative law, both as a source of inspiration for different ways of governing and also of well-developed public law scholarship, especially at a time when universities in other common law countries were not fully developed in this area.⁴⁰ A common pattern of comparative works, similar to cross-European studies, involves the use of specific national case studies. So, for example, in a study on religious freedom in the liberal state, Ahdar and Leigh examined Australia, Canada, New Zealand, the USA, the UK and the Council of Europe.⁴¹ Conclusions in this area of fundamental rights may be more amenable to drawing out common principles or ideas. But, as here, the conclusion is more often that there are similar questions achieving different answers in terms of rules and institutional practices. All the same, issues of fundamental rights frequently compare the UK and the US with other comparisons from within the common law family or from the European Convention.⁴² A good example of divergence within the common law lies in the role of supreme courts in relation to the legislature. Chandrachud's study of India and the UK was originally a doctoral work in the UK, but it reveals a radically different and

activist role for the supreme court in India, with its *suo moto* actions, compared with the deference shown in the UK but its supreme court.⁴³

22 Once institutions are the main focus, then the focus is more on similarity of questions, rather than of similarity of solutions. Craig and Tomkins studied the extent to which the executive is controlled by and is accountable to the legislature in Australia, New Zealand, Scotland, the USA and the UK, as well as in a few European Union countries.⁴⁴ The purpose was to draw out whether there are common themes and mechanisms of control, rather than to develop specific common rules, which would not be possible because of the constitutional and institutional differences between countries. The delegation of powers to private actors would be another institutional practice which gives rise to differences even within the common law.⁴⁵ This applies not only to governmental and regulatory institutions, but also those bodies involved in adjudication of disputes brought by citizens against the administration. Such disputes are handled in the common law not only by courts, but also by tribunals and the comparison of these shows significant differences within the common law world.⁴⁶

23 It is in these areas of institutional and policy divergence that empirical research is sometimes undertaken. Because of the difficulties of collecting and understanding data (especially the necessary contextual information needed for understanding), language is a significant issue. Much of the comparative empirical research is conducted within the common law family of legal systems.⁴⁷ But interview research has been conducted by Mak and Marique and they have been able to span both common law and continental European systems.⁴⁸

2.2. Seeking general principles

24 In his recent book *Understanding Administrative Law*,⁴⁹ Daly seeks to organise the principles of judicial review of administrative action around four values: individual self- realisation, good administration, electoral legitimacy and decisional autonomy. In his view, these represent 'the core features of judicial review of administrative action, those which are common to multiple jurisdictions'.⁵⁰ In

particular, he studies in depth Australia, Canada, England and Wales, Ireland and New Zealand as leading common law jurisdictions. The author is well aware of the constitutional and institutional differences between these different countries. But he considers that they share sufficient in terms of common values, common legal concepts and procedures to provide a solid foundation for general common law principles of judicial review to be discerned. Such an approach follows the path trodden by a number of common law scholars in recent years.⁵¹ There is a significant body of comparative research on general principles and specific elements of the judicial review of administrative action. In this field, the basic principles and case law are sufficiently common that lawyers from one system read the materials from another with ease and even cite them without much need to refer to differences in the legal context in which judicial review operates in different systems.

- 25 When it comes to constitutional law, matters are different. Dixon and Landau have warned of the danger of abusive constitutional borrowing. Norms and institutions from one legal system can be taken into another in ways that are superficial, selective, acontextual and distorting the purpose which the original item borrowed serves in its original jurisdiction.⁵² At the same time, the common heritage may make borrowing and common development legitimate and plausible. In particular, this may apply to fundamental rights. The first reason is that common institutions and people have shaped more than one of the jurisdictions. Although now very limited in its jurisdiction, the Privy Council provided for much of the twentieth century a common supreme court for many countries in the Commonwealth. Although it did not cover the United Kingdom, its members were largely the same as those of the House of Lords, so the two courts tended to operate in step with each other. In addition, until the strong growth of Canadian, Australian and New Zealand universities in the last third of the twentieth century, it was common for able scholars from these countries to undertake masters or doctorate programmes in English universities, notably the University of Oxford with its Rhodes Scholarships. These built a degree of commonality in thinking which is now translated into dialogue between scholars and courts. All the same, it is notable that there has been an increasing growth of distinctive thinking in the different

leading common law countries, not least in constitutional law where choices about federalism and the entrenchment of Bills of Rights have been taken in different ways.⁵³ As Daly makes clear, similarities exist around a number of values, including the rule of law which provide the basis for a fruitful comparison between common law legal systems.

- 26 Apart from judicial review, topics which have proved particularly amenable to finding common principles and approaches across the common law jurisdictions of Australia, Canada, Ireland, New Zealand and the United Kingdom include the interpretation of constitutions⁵⁴ and statutes⁵⁵ as well as judicial activism.⁵⁶ More modern issues such as environmental rights have equally been explored with a view to developing general principles.⁵⁷

Conclusion: the place of comparative law in judicial decisions

- 27 Although much comparative law activity is undertaken by scholars, in the common law world impact depends in no small part on the reception and use of comparative materials by judges. The comparative law literature is sceptical that foreign decisions from outside a cognate legal family have much influence on judicial decisions. Gelter and Siems⁵⁸ and Groppi and Pontoreau⁵⁹ have developed data on the use of citations by supreme courts in Europe, the former being more sophisticated than the latter. Both point in the direction that judges will be comfortable making use of arguments from cognate systems (Ireland-UK, or UK with common law), rather than with other legal systems. This very much reflects what is found in public law cases. There is frequent reference to common law courts in other countries, occasional reference to the European Court of Human Rights (and in the past to the European Court of Justice), but very rarely to the national courts of other European states.
- 28 Groppi and Ponthereau⁶⁰ conclude that judges are more likely to cite foreign precedents in cases about human rights than about the institutions of government. Human rights norms have more obvious claims to be universal, not only because there are international law

reference points. The human condition and values such as human dignity are not specific to particular countries. By contrast, the roles of presidents and legislators can be very specific. This would be borne out in the UK setting where decisions on fundamental rights from Canada, the US and the European Court of Human Rights are often cited, but not in relation to topics like the separation of powers or the institutions of government. This is borne out by Mak in her interviews with UK and other judges. They are likely to be influenced through what they perceive as their engagement as ‘partners in a common judicial enterprise’.⁶¹

- 29 Andenas and Fairgrieve have suggested that comparison may go further to cover common problems more generally.⁶² But this is difficult to establish and the examples they quote mainly return to the use of common law and European Court of Human Rights decisions. Bobek rightly notes that comparative law may be cited in novel or complex cases where national rules may be unclear, unsatisfactory or be lacking.⁶³ Foreign law serves as inspiration in this context. But, if materials are merely inspiration, then they are not essential to be included as references. Reading such materials does constitute intellectual engagement, but citing them has another purpose – it serves to add authority to the decision reached or to the decision-maker. Mak quotes a French judge who drew the analogy with scaffolding. Foreign law provides inspiration whose presence may be obvious during the construction work, but once the building is complete, the scaffolding is taken down and it leaves no trace of its presence in the structure of the completed building.⁶⁴ Bobek rightly points out that judges will not always cite everything they have read. The material may be left out because, if it is only a supporting argument, it adds little and may make the argument more vulnerable to attack.⁶⁵ Bobek notes that continental European courts tend to prefer foreign law that has been subject to scrutiny by academic authors,⁶⁶ and the same is true of the UK. UK courts will receive submission from counsel for each side and will not undertake much independent research themselves. It will be rarely that they are presented with foreign judicial decisions. The studies undertaken do not suggest that the parties’ lawyers are able or willing to provide presentations of foreign law which are sufficiently comprehensive and objective. Judges have good reason to be sceptical about the

quality of what they are being presented. Reliance on decisions of Strasbourg or Luxembourg, rather than national courts reflects the ability of these courts to sift through national decisions and find what is reliable and representative.⁶⁷

- 30 I have suggested elsewhere that it is best not to seek uses of foreign law as independently weighty justifications for a judicial decision.⁶⁸ The accumulation of reasons may provide a reinforcement of a particular result, adding weight or lustre to available domestic legal arguments. So it is not so much that a foreign judgment supplants a domestic judgment, but that it enhances the standing of existing domestic options. Mak's analysis based on interviews confirms this picture. She suggests that

Judges with an interest to learn about non-binding foreign legal sources can be found in all of the examined highest courts. However, the judges generally consider the usefulness of comparative law for judicial decision-making should not be over-rated.⁶⁹

- 31 But she also comments that they are discussed internally in the court more than is apparent from the citations available in the judgment.⁷⁰ In brief, comparative law is an influence but not a determining one in UK judicial decisions, unless it comes from a familiar source, mainly in the common law. Scholarly comparative law, which is substantial and thriving, contributes in a more indirect fashion to create an environment in which some decisions become thinkable.

NOTES

1 See <https://www.oecd.org/governance/>

2 See W. L. MEGGINSON and J. M. NETTER, 'From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatization' (2000), <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceofstate-ownedenterprises/1929649.pdf>.

3 *Human Rights Act Reform. A Modern Bill of Rights*, CP 588, December 2021.

4 *R (on the Application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; *R (on the Application of Miller) v Prime Minister* [2019] UKSC 41 J. BELL, 'La Cour suprême au Royaume-Uni et le Brexit', *Revue française de droit administratif* 2017, 1.

5 <https://www.bloomsbury.com/uk/series/constitutional-systems-of-the-world/>

6 <https://www.bloomsbury.com/uk/series/hart-studies-in-comparative-public-law/>

7 M. REIMANN and R. ZIMMERMANN (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2019; M. ROSENFELD and A. SAJÓ (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012; P. CANE, H. HOFMANN, E. C. IP and P. L. LINDSETH (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

8 <https://british-association-comparative-law.org/>

9 See British Academy, *Languages in the UK. A Call for Action*: <https://www.thebritishacademy.ac.uk/documents/61/Languages-UK-2019-academies-statement.pdf>.

10 A. V. DICEY, *An Introduction to the Law of the Constitution*, edited by J. W. F. ALLISON, Oxford, Oxford University Press, 2013.

11 A. V. DICEY, J. W. F. ALLISON, *Comparative Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

12 See J. Bell and F. LICHÈRE, *Contemporary French Administrative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 2. See generally, J. BELL, 'The Role of Doctrinal Writing in Creating Administrative Law: France and England Compared' (2018) 15 *Glossae* 140-154.

13 J. HAMSON, *Executive Discretion and Judicial Control: An Aspect of the French Conseil d'Etat*, London, Stevens, 1954; L. N. BROWN and J. F. GARNER (with the help of N. QUESTIAUX), *French Administrative Law*, 1st ed., London, Butterworths, 1967.

14 J. BELL, *French Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 1992; S. BOYRON, *The French Constitution. A Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2012.

15 Above n 5.

16 Earlier series on introductions to foreign legal systems were often similar, e.g. G. L. CERTOMA on *Italian Legal System*, London, Butterworths, 1985.

17 M. C. KETTEMANN and K. LACHMAYER (eds.), *Pandemocracy in Europe*, Oxford, Hart 2021.

18 Above n 7.

- 19 C. DUPRÉ, *Importing the Law in Post-Communist Transitions: the Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Oxford, Hart 2003.
- 20 A. T. ARNASON and C. DUPRÉ (eds.), *Icelandic Constitutional Reform: People, Processes, Politics*, Abingdon, Routledge 2020.
- 21 D. FAIRGRIEVE, *State Liability in Tort*, C. HARLOW, *State Liability. Tort Law and Beyond* (Oxford: Oxford University Press, 2004, C. HARLOW, *Compensation and Government Torts*, London, Sweet and Maxwell, 1982.
- 22 S. TURENNE (ed.), *Fair Reflection of Society in judicial systems: a Comparative Study*, Berlin, Cham: Springer 2015.
- 23 <https://www.biicl.org/>
- 24 <https://binghamcentre.biicl.org/>
- 25 See, for example, G. ANTHONY, *UK Public Law and European Law: The Dynamics of Legal Integration*, Oxford Hart Publishing, Oxford 2002
- 26 E. BJORGE, *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*, Oxford, Oxford University Press 2015.
- 27 E.g. A. DIMOPOULOS, *Issues in Human Rights Protection of Intellectually Disabled Persons*, Farnham, Ashgate 2010.
- 28 BJORGE, above n 26, p. 66.
- 29 Above n 19.
- 30 R. ZAHN, *New Labour Laws in Old Member States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017. See also A. VAUCHEZ, *Brokering Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, shows the importance of members of legal professions in Europe in the development of EU law.
- 31 K. TUORI, *European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- 32 E. VAN GESTEL and J. DE POORTER, *In the Court We Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- 33 See, e.g., C. MURPHY, *EU Counter-terrorism Law*, Oxford, Hart, 2015, pp. 205-6.
- 34 N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European law: A Comparative Study*, London, Kluwer, 1996; E. ELLIS (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart, 1999; S. SCHONBERG,

Legitimate Expectations in Administrative Law, Oxford, Oxford University Press, 2001.

35 D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS and J. TORT *Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London: BIICL, 2002.

36 M. TAGGART (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, which has contributions from academics in Australia, Canada, New Zealand, the United Kingdom, and the USA.

37 J. BELL, M. ELLIOTT, J. N. E. VARUHAS and P. MURRAY, *Public Law Adjudication in Common Law Systems. Process and Substance*, Oxford, Hart, 2016; M. ELLIOTT, J. N. E. VARUHAS and S. W. STARK, *The Unity of Public Law?*, Oxford, Hart, 2018; J. N. E. VARUHAS and S. W. STARK, *The Frontiers of Public Law*, Oxford, Hart, 2020.

38 C. SAUNDERS 'Common Public Law: Comparative Reflections' in *Public Law Adjudication* (n 29), 353 at p. 362.

39 See P. CRAIG, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, Oxford University Press, 1990 and earlier B. SCHWARTZ and H. W. R. WADE, *Legal Control of Government*, Oxford, Oxford University Press, 1972.

40 See *ibid* and already W. I. JENNINGS, W. A. ROBSON and E. C. S. WADE, 'Administrative Law and the Teaching of Public Law' (1938) J. S. P. T. L. 10 and B. SCHWARTZ, *Law and the Executive in Britain*, New York, New York University Press, 1949, before the publication of the first major UK textbook, J. A. G. GRIFFITH and H. STREET, *Principles of Administrative Law*, London, Pitman, 1952. Also later authors such as I. HARDEN and N. LEWIS, *The Noble Lie: The British Constitution and the Rule of Law*, London, Hutchinson, 1988.

41 R. AHDAR and I. LEIGH (eds.), *Religious Freedom in the Liberal State*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

42 For example, D. MILO, *Defamation and Free Speech*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

43 C. CHANDRACHUND, *Balanced Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

44 P. CRAIG and A. TOMKINS (eds.), *The Executive and Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

45 See C. DONNELLY, *Delegation of Governmental Power to Private Parties*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

- 46 P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Oxford, Hart 2009.
- 47 M. HERTOIGH and S. HALLIDAY (eds), *Judicial Review and Bureaucratic Impact: International and Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- 48 See E. MAK, *Judicial Decision-Making in a Globalised World*, Oxford, Hart, 2013, and Y. MARIQUE, *Public-Private Partnerships and the Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014.
- 49 P. DALY, *Understanding Administrative Law in the Common Law World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 1.
- 50 *Ibid*, p. 2.
- 51 H. WILBERG and M. ELLIOTT (eds.), *The Scope and Intensity of Substantive Review*, Oxford, Hart, 2015; M. LEWANS, *Administrative Law and Judicial Deference*, Oxford, Hart, 2016.
- 52 R. DIXON and D. LANDAU, *Abusive Comparative Borrowing*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- 53 See P. C. OLIVER, *The Constitution of Independence*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- 54 J. GOLDSWORTHY, *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- 55 J. EVANS, *Statutory Interpretation: Problems of Communication*, Oxford, Oxford University Press, 1988.
- 56 B. DICKSON, *Judicial Activism in the Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- 57 T. HAYWARD, *Constitutional Environmental Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- 58 M. GELTER and M. SIEMS, 'Citations to Foreign Courts – Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe' (2014) 62 *American Journal of Comparative Law* 35.
- 59 T. GROPPi and M.-C. PONTTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart, 2013.
- 60 T. GROPPi and M.-C. PONTTHOREAU, 'Conclusion. The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future' in *ibid*, pp. 416-18

61 E. MAK, *Judicial Decision-Making in a Globalised World*, Oxford, Hart 2013, p. 83; see also pp. 141-150.

62 G. CANIVET, M. ANDENAS and D. FAIRGRIEVE, *Comparative Law Before the Courts*, London, BIICL, 2004, p. xxxi; M. ANDENAS and D. FAIRGRIEVE, *Comparative Law and the Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2015, ch. 1.

63 M. BOBEK, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts* Oxford, Hart, 2013, p. 245.

64 *Ibid*, p. 159.

65 *Ibid*, p. 234.

66 *Ibid*, p. 191.

67 See P. MAHONEY and R. KONDAK, 'Common Ground' in Andenas and Fairgrieve, *Courts and Comparative Law*, ch. 7.

68 J. BELL, 'The Argumentative Status of Foreign Legal Arguments' (2012) 8 *Utrecht Law Review* 8, 10. See also ANDENAS and FAIRGRIEVE, pp. 19-22.

69 MAK, above n 61, p. 162.

70 *Ibid*. p. 198.

ABSTRACTS

English

In the UK, comparative law is an influence but not a determining one in judicial decisions, unless it comes from a familiar source, mainly from the common law. Scholarly comparative law, which is substantial and thriving, contributes in a more indirect fashion to create an environment in which some decisions become thinkable to judges and legislators. In the current atmosphere of a retreat from European-wide legal rules, comparing different national legal systems will be more influential than the appeal to pan-European standards in both judicial decisions and in inspiring legislation.

Français

Au Royaume-Uni, le droit comparé n'a qu'une influence négligeable sur les décisions de justice, sauf lorsque les références sont puisées dans des systèmes juridiques voisins, relevant de la tradition de common law. Par contraste, les travaux doctrinaux en droit comparé sont importants et florissants, et contribuent, bien que de façon indirecte, à créer un environnement susceptible d'influencer la pensée des juges et du

législateur. Dans le contexte actuel de recul de l'influence européenne, la comparaison des différents systèmes juridiques nationaux aura davantage d'influence que la référence à des standards juridiques européens sur les décisions juridictionnelles et sur la législation.

INDEX

Mots-clés

droit public, droit européen, décisions juridictionnelles, droits humains, principes généraux du droit

Keywords

public law, European law, judicial decisions, human rights, general principles of law

AUTHOR

John Bell

Emeritus Professor of Law, University of Cambridge

IDREF : <https://www.idref.fr/031612687>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000110821791>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/12279387>

Developments in Comparative Public Law in South Africa

Geo Quinot

DOI : 10.35562/droit-public-compare.119

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. Introduction
2. Comparative method in (public) law
3. The comparative foundations of South African public law
4. The Constitutional dispensation
 - 4.1 Legislative processes
 - 4.2 Jurisprudence
5. Conclusion

TEXT

1. Introduction

- 1 The comparison of different legal systems as a method of legal scholarship and practice has a long history in South Africa. This is hardly surprising given the mixed nature of the South African legal system where consecutive colonial powers imposed (aspects of) their own legal systems on the country without completely displacing existing law, whether those of the preceding colonial power or local indigenous and religious communities. Prior to the enactment of a supreme constitution in 1994, South African law thus consisted of a complicated mix of legal rules stemming from Roman-Dutch law, English law, localised indigenous law and religious legal systems. Working within this mix, comparative method was almost inevitable at both an internal level, between the different legal traditions represented in the local mix, and externally, between the local system and other legal systems sharing a common heritage. The introduction of constitutional supremacy in 1994¹ and the consolidation thereof by

way of the 1996 Constitution,² further cemented the importance of comparative legal method. The constitution-making process itself was an exercise in comparative method with the final text of the 1996 Constitution drawing extensively from other legal systems (whether by inclusion or exclusion of constitutional provisions). The Constitution furthermore explicitly endorses comparative method by stating in section 38 that a court “may consider foreign law” when interpreting the Bill of Rights.

- 2 It follows that comparative method is an important aspect of both scholarship and practice of law in South Africa today. This applies across all areas of law. However, constitutionalisation has certainly increased the interest in and practice of comparative method in public law. In this contribution, I explore the role of comparative legal method in South African public law with specific reference to constitutional law and administrative law. This is not to suggest that comparative method does not also play an important role in other areas of public law, such as criminal law. It does. My focus, however, is more specifically on constitutional and administrative law. I start by briefly setting out my understanding of the nature of comparative legal method. That is followed by a broad sketch of the comparative background to South African public law prior to the adoption of the 1994 Constitution. In section 4 I explore the influence of constitutionalisation on comparative public law in South Africa, both in constitutional and legislative drafting and jurisprudence.

2. Comparative method in (public) law

- 3 A comprehensive discussion of comparative law is beyond the scope and purpose of this contribution.³ In this section, I briefly set out the core concepts and approaches of comparative law to serve as a basis for and relevant to the discussion of the particular practices of comparative public law in South Africa.
- 4 Comparative law is concerned with the study of different legal systems, but does not equate to the study of one or more “other” legal system. As commentators have noted, to have in-depth knowledge of and thus be familiar with more than one entire legal

system is extremely rare, even for comparative lawyers.⁴ Comparative law transcends knowledge of different legal systems by focusing on the comparison of particular aspects of different legal systems for particular purposes. Generally, the focus falls on convergence and divergence in the legal treatment of distinct phenomena, issues or problems and an attempt at uncovering why different legal systems would adopt similar or divergent treatments. Such analyses may include a normative element, assessing whether a particular approach is good or bad, better or worse than another, but does not have to. Kischel describes the central question of comparative law as the classification and evaluation of the differences and similarities that exist in the solutions adopted by different legal systems to the problem under review.⁵ In its simplest form, comparative law involves placing two objects of comparison in relation to each other with reference to one or more comparative criteria, the so-called *tertium comparationis*.⁶ The exact content and nature of the criteria depend largely on the particular method of comparative legal study adopted, often influenced by particular schools of thought on comparative law, and the purpose of the comparative exercise.

- 5 The criteria could focus on the function being fulfilled by particular legal rules and compare legal treatment in different systems with reference to such function. This is the common approach in functionalism, which is one of the most common methods of comparative law.⁷ As a slight variation to this functional approach, the criteria may also focus on the common goal pursued by the relevant objects of comparison, the common problem they are meant to address or a common factual scenario in which they are meant to be applied.⁸ A different approach is to compare legal positions with reference to particular basic norms.⁹ The comparative criteria could also simply be descriptive of common denominators in the compared systems, however defined, such as institutions, processes, terms, concepts or categories.¹⁰ Beyond positive law, the comparative criteria could be legal traditions, culture, practices, socio-economic context or theoretical constructs.¹¹ All of these approaches are subject to critique and remain contested in the expansive literature of comparative law method.¹²

- 6 In the specific context of comparative public law, Hofmann has usefully put forward “approaches to identifying frameworks of comparative research”.¹³ Such a framework would define “which kind of law should be compared, to which end, and serving which objective.” He analyses three categories of comparative frameworks that can be used, namely “law as category”, “law as source” and “law as variable”.¹⁴ The law as category framework involves the categorisation of legal systems into distinct categories or legal families using specific factors of divergence or similarity between individual systems that would place them in the same or different categories. A key example is the distinction between common law and civil law legal systems. Given the origins of this framework in private law and civil procedure, its usefulness for comparative public law is doubtful.¹⁵ As Hofmann, for example, shows, the common law/civil law divide does not seem particularly useful when comparing constitutional law as there are seemingly as many similarities between constitutional systems across this divide as there are differences between those within the same category.¹⁶ Another major problem with this framework as applied in the context of comparative public law is the fundamental shifts in public law that occur within individual systems from time to time and often over surprisingly short periods. Constitutional reforms may call into question the continued categorisation of a system in terms of an historic label. The law as source framework relies on comparative law to identify legal options to deal with particular challenges.¹⁷ In this sense, comparative law involves the search for “building blocks” for new ways of dealing with particular problems in any given system. An analysis of the possibilities, strengths and weaknesses, successes and failures of particular regulatory interventions can provide a rich source for lawmakers (including courts) to consider when contemplating a new or revised regulatory regime. The law as source framework underlies the notion of legal transplants from one area to another or one system to another and with it the diffusion of legal concepts.¹⁸ The law as source framework is not only relevant for comparison of actual legal treatment of particular problems or issues in different systems, but also for the debates that accompany the adoption or rejection of particular legal treatments in different systems. Such debates can greatly enrich the consideration of particular mechanisms to achieve a policy outcome. The third

framework of law as variable utilises law as the factor of comparison between different systems.¹⁹ Unlike the first two frameworks, this one does not aim at producing some outcome in relation to law. That is, the research does not aim to contribute to law itself. Rather, law is just a factor in the comparison of other phenomena. Such a framework may be particularly useful in regulatory studies where aspects of regulation, other than the legal instruments employed, are of primary concern.

3. The comparative foundations of South African public law

- 7 The geographical area that would become first the Union of South Africa (in 1910) and later the Republic of South Africa (in 1961), was inhabited by a large number of different communities of varying sizes and institutional organisation before colonisation.²⁰ These communities ordered their societies according to a multitude of indigenous legal systems, including rules governing their administration and exercise of sovereign power.²¹
- 8 The colonisation of this area started in the mid-seventeenth century with the establishment of a supply station at the Cape of Good Hope by the *Vereenigde Nederlandsche Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie*²² (“the VOC”).²³ The VOC brought with it Roman-Dutch law, as the legal system governing its operations. While the VOC was in essence a commercial entity, albeit with considerable public interest, it effectively constituted the state administration at the Cape. The result was that Roman-Dutch law constituted the start of European settlement. While the VOC did not formally replace existing indigenous law with Roman-Dutch law, it did apply Roman-Dutch legal rules to the exclusion of indigenous law in its own interactions with indigenous communities, including in its enforcement of administrative and governmental power over such communities.²⁴
- 9 The Dutch was replaced by English colonial masters in 1806. Following the established rules of both English law and international law, the law of the conqueror did not wholesale replace existing law in the conquered territory.²⁵ English law thus only displaced

indigenous and Roman-Dutch law in operation in Southern Africa to the extent that it was either explicitly or by implication applied. While much of indigenous and Roman-Dutch law remained, especially in the private sphere, English law explicitly and by necessary implication governed public administration and governmental functions given that it was formally the British Crown that governed in the Southern African colonies. Post 1806, public law was thus dominated by English common law as far as it applied to European authorities, but operated alongside indigenous laws governing local communities (in both public and private spheres) and Roman-Dutch law in the private sphere.

- 10 During this period, comparative law, primarily within the framework of law as source, played an important role in the public law of the emerging independent republics, the Zuid-Afrikaansche Republiek and the Orange Free State Republic. Both these republics adopted constitutions drawing directly on the US Constitution.²⁶ In the Zuid-Afrikaansche Republiek, this influence went further with the High Court drawing directly on the celebrated US Supreme Court judgment in *Marbury v Madison*²⁷ to declare that it had the power to judicially review enactments against the constitution and declare them invalid if found to be in conflict with the constitution.²⁸
- 11 When the Union of South Africa came into being in 1910, public law across the new state continued to be dominated by English common law. Firstly, the South African constitutional state was created in terms of English law.²⁹ Secondly, the British established an English system of public administration.³⁰ Thirdly, the judicial system was largely modelled on the English example.³¹ However, at the same time, some Roman-Dutch law influence remained in certain aspects of public law³² and indigenous law continued to govern certain public-law dimensions of local communities.³³
- 12 The overall legal system in South Africa is thus a so-called mixed legal system with elements from a range of different legal systems and legal traditions existing alongside each other. This is also the case in public law, although, unlike most areas of private law, constitutional and administrative law was largely dominated by English law prior to constitutionalisation in 1994, with the English law doctrine of parliamentary sovereignty at the heart of local public law.³⁴ The most

important point, however, is that comparative law played a key role in the development of South African law right from the outset. From the earliest days of the Union, comparison of the local legal position in public-law matters with at least that in England and often also in other English common law jurisdictions such as Australia, India and Canada, was commonplace.³⁵ In fact, much of the earliest doctrines in constitutional and administrative law were transplanted from England in local judgments that relied directly on English precedent. For example, in *Harris v Minister of the Interior*³⁶ the court relied extensively on precedent from primarily English courts, but also other jurisdictions and comparative law literature, in pronouncing on important doctrines such as *stare decisis*, the mischief rule in statutory interpretation and state sovereignty. The inherent variability of the content of the rules of natural justice as formulated by Tucker LJ in the English Court of Appeal judgment in *Russell v Duke of Norfolk*³⁷ has repeatedly been endorsed by South African courts.³⁸ This practice of relying directly on English precedent continued throughout the pre-constitutional era. Thus, in 1989, in *Administrator, Transvaal v Traub*,³⁹ Chief Justice Corbet applied the doctrine of legitimate expectations in South African law following extensive analysis of the development of the doctrine in English law with reference to key House of Lords judgments such as *Ridge v Baldwin*⁴⁰ and *Council of Civil Service Unions and Others v Minister for the Civil Service*.⁴¹ The Chief Justice imported the doctrine into South African law on explicit comparative law basis, noting: “The question which remains is whether or not our law should move in the direction taken by English law and give recognition to the doctrine of legitimate expectation, or some similar principle.”⁴²

- 13 The dominance of comparative law use of English law in South African jurisprudence is not to suggest that comparative law beyond the immediate origins of local public law did not occur. Given the pervasive reliance on comparative law methods across most areas of law, systems other than those in the English-common law family were also targeted in public-law comparisons. A notable example is the work of one of the pioneers of administrative law scholarship, Marinus Wiechers. In his doctoral study of 1964, which is widely viewed as the first comprehensive, systematic study of administrative

law in South Africa, Wiechers placed much emphasis on French law.⁴³

- 14 The law as category framework also played a notable role in comparative public law in South Africa as a tug of war between Roman-Dutch and English common law unfolded in certain circles. Imbued with ideological and nationalist propensities, some jurists pursued a “purist” agenda in seeking to rid South African common law from English-law influence in order to safeguard a pure Roman-Dutch basis.⁴⁴ These endeavours quite evidently adopted comparative law methods in a law as category framework, viewing common law and civil law, specifically English common law and Roman-Dutch civil law, as clearly delineated, mutually exclusive categories of legal families or traditions. While this movement was most prominent in private law, it also extended to public law with scholars disagreeing on whether South African constitutional common law was premised on Roman-Dutch or English law.⁴⁵

4. The Constitutional dispensation

- 15 The view of and approach to comparative public law changed dramatically in South Africa with the advent of constitutional democracy in 1994 and in particular under the influence of the 1996 Constitution. This influence is evident in both law-making and jurisprudence. As noted in the introduction above, this is not surprising given 1. that the drafting of both the 1993 and 1996 constitutions relied extensively on comparative law and 2. the 1996 Constitution explicitly endorses reference to foreign law in the interpretation of the Bill of Rights. However, as Constitutional Court Justice Ackermann has noted, the enthusiasm with which especially the Constitutional Court has engaged in comparative public law cannot be solely ascribed to the explicit mandate contained in the Constitution, but was as much influenced by the “comparative law ethos in South Africa”.⁴⁶

4.1 Legislative processes

- 16 Klug has argued, largely within a law as variable framework, that the process of constitution-making in South Africa following the collapse of apartheid from the early 1990s coincided with increasing hegemonization at an international level around desirable liberal constitutional principles.⁴⁷ This meant that a set of constitutional principles, or a particular constitutional model, drawing on specific Western liberal systems, became “prerequisites for international constitutional respectability”.⁴⁸ The process of drafting a new constitution for South Africa, within the transition from apartheid to democratic rule, was heavily influenced by this international hegemony and consequently involved extensive reliance on comparative law.⁴⁹ The adoption of principles and mechanisms from foreign examples by way of comparative law methods in the constitution-making process meant that “South Africa’s new constitutional order was shaped by and reflects the post-cold war hegemony of an American-style constitutionalism”.⁵⁰
- 17 There are many examples from the 1996 Constitution that bear testimony to the significant influence of comparative law on its drafting. The particular model of federalism, under the term co-operative government, set out in chapter 3 of the Constitution drew heavily from especially German conceptions of intergovernmental relations⁵¹ as did the creation of the second chamber of the national legislature, the National Council of Provinces.⁵² The notion of limitation of fundamental rights in the Bill of Rights was adopted under influence of Canadian law.⁵³ The newly established Constitutional Court was largely influenced by the model of the German Constitutional Court.⁵⁴ The inclusion and particular wording of many rights contained in the Bill of Rights were significantly influenced by comparative law.⁵⁵ Rights such as freedom of expression, freedom of religion, belief and opinion, labour rights and the right to housing, for example, were all formulated against the backdrop of extensive comparative law analyses of various foreign constitutions such as those of Canada, the US, Germany, Namibia, India and Japan.⁵⁶ The material role of comparative law in the making of the 1996 Constitution is also clearly on display in the Constitutional Court’s certification judgments that formed part of the

process of adopting the Constitution.⁵⁷ Especially the so-called First Certification Judgment, in which the Court declined to certify the draft and sent it back for revision, is littered with comparative references.⁵⁸

- 18 In the wake of the comparative law influence on the making of the democratic constitutions of South Africa, a similar effect can be seen in the crafting of legislation. This is particularly evident in respect of legislation aimed at operationalising particular constitutional provisions. A prime example is the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 (“PAJA”).
- 19 PAJA was created on the instruction of the 1996 Constitution itself, which, in section 33(3) states that national legislation must be enacted to give effect to the rights to administrative justice guaranteed in that section.⁵⁹ The drafting of PAJA involved notable comparative law influence, which has not been an entirely happy experience. In enacting PAJA, the legislature borrowed notably from Australian and German statutory law. This is most evident in PAJA’s definition of “administrative action”, which forms the threshold concept for the application of the Act.⁶⁰ Part of that definition is the concept of a “decision”, which is separately defined in PAJA⁶¹ and which definition was taken over from the Australian Administrative Decisions (Judicial Review) Act of 1977.⁶² The definition of “administrative action” furthermore requires a decision to have a “direct, external legal effect” before it will qualify as an administrative action. This concept was taken from the German *Verwaltungsverfahrensgesetz*.⁶³ Both of these elements of the definition have, unfortunately, caused confusion in South African administrative law. One particular problem is the different functions that the definition serves in PAJA on the one hand and the two foreign statutes from which the definition is derived on the other. While PAJA is meant to be a general statute on administrative justice and the definition of “administrative action” is thus meant to convey the scope of the entirety of the rules of administrative justice, the concept of an administrative action, and particularly the borrowed elements, in the foreign statutes play a more limited role. The Australian statute explicitly only deals with judicial review, not administrative justice generally. In that context, it makes sense to define a decision in specific, individualistic terms, thereby excluding

decisions of a generalised nature or having general effect. The same is, however, not true of PAJA. The result of this injudicious borrowing has been to create uncertainty in South African law whether delegated rule-making (e.g. the making of a regulation) is subject to PAJA given that such action does not easily fit into the definition of a “decision”. Prior to the enactment of PAJA, the making of delegated rules by administrators was subject to administrative law⁶⁴ and PAJA itself seems to target such actions by providing for procedural fairness prescripts in cases where decisions have generalised impact.⁶⁵ The German import has been equally problematic. Wolf has argued that the incorrect interpretation of the import of the phrase “direct, external legal effect” in German law has led South African scholars and courts astray in attaching an effect to the phrase which is not borne out by its German use.⁶⁶ Wolf argues that the phrase does not relate to the finality of the decision itself, as has generally been held in South African law, but only to the requirement of communication of an administrative decision for it to take effect.⁶⁷

- 20 South African courts have, however, been alive to the potential comparative law pitfalls in uncritically following the meaning ascribed in the foreign system to transplanted statutory provisions. In relation to the definition of “administrative action” in PAJA and the above-mentioned borrowings, Chief Justice Chaskalson thus warned as follows in the *New Clicks* matter:⁶⁸

“In the academic writings on PAJA reference is made to the fact that certain of its provisions have been borrowed from German and Australian law. PAJA must, however, be interpreted by our courts in the context of our law, and not in the context of the legal systems from which provisions may have been borrowed. In neither of the countries is there a defined constitutional right to just administrative action. Transplanting provisions from such countries into our legal and constitutional framework may produce results different from those obtained in the countries from which they have been taken.”

- 21 While South African courts, led by the Constitutional Court, have enthusiastically taken up the invitation to rely on comparative law in constitutional matters, they have generally done so with caution,⁶⁹

bearing in mind the well-known risks of comparative (public) law, which Tushnet aptly summarised as follows:

“Particular institutions serve complex functions in each constitutional system, and there is little reason to think that directly appropriating an institution that functions well in one system will produce the same beneficial effects when it is inserted into another.”⁷⁰

4.2 Jurisprudence

- 22 The extent to which South African courts have utilised comparative law in public-law matters since constitutionalisation in 1994 has far exceeded any prior jurisprudential use of comparative method, in any area of law.⁷¹ The increase in reliance on comparative public law can be seen in both the volume of cases in which reference to foreign law is made and the systems used in such comparisons.⁷² In contrast to the pre-1994 comparative practice, comparisons were now more readily made with systems other than those that had colonial, historic links to South Africa.
- 23 From the very start, the newly-established Constitutional Court engaged in extensive comparative analyses in its judgments. In its first judgment, in *S v Zuma*, the Court noted in respect of the question at hand that “[f]oreign courts have grappled with the problem ... The different solutions which they have suggested are illuminating”.⁷³ The Court consequently made reference to judgments of the House of Lords, the Privy Council (on appeals from Bermuda and from Hong Kong), the Namibian Supreme Court, the Botswana Court of Appeal, the US Supreme Court, the European Court of Human Rights, the Ontario Court of Appeal and the Supreme Court of Canada. In its second judgment, *S v Makwanyane*,⁷⁴ in which the Court famously declared the death penalty unconstitutional, the Court continued this extensive use of comparative public law, citing legal positions in the United States (including many of the individual States), United Kingdom, Canada, Germany, Australia, New Zealand, India, the European Union, the Caribbean, Namibia, Mozambique, Angola, Hungary, Tanzania, Zimbabwe, Italy, Portugal, Peru, Nicaragua, Brazil, Argentina, the Philippines and Spain. In this case,

the Court also explained why comparative public law is bound to be an important feature of the new constitutional regime, using a law as source framework: “Comparative ‘bill of rights’ jurisprudence will no doubt be of importance, particularly in the early stages of the transition when there is no developed indigenous jurisprudence in this branch of the law on which to draw.”⁷⁵

- 24 A decade after the Constitutional Court’s first judgment, the reliance on comparative public law remained strong, with the Court stating in *K v Minister of Safety and Security*:⁷⁶

“As in all exercises in legal comparativism, it is important to be astute not to equate legal institutions which are not, in truth, comparable. Yet in my view, the approach of other legal systems remains of relevance to us.

It would seem unduly parochial to consider that no guidance, whether positive or negative, could be drawn from other legal systems’ grappling with issues similar to those with which we are confronted. Consideration of the responses of other legal systems may enlighten us in analysing our own law, and assist us in developing it further. It is for this very reason that our Constitution contains an express provision authorising courts to consider the law of other countries when interpreting the Bill of Rights. It is clear that in looking to the jurisprudence of other countries, all the dangers of shallow comparativism must be avoided. To forbid any comparative review because of those risks, however, would be to deprive our legal system of the benefits of the learning and wisdom to be found in other jurisdictions. Our courts will look at other jurisdictions for enlightenment and assistance in developing our own law. The question of whether we will find assistance will depend on whether the jurisprudence considered is of itself valuable and persuasive. If it is, the courts and our law will benefit. If it is not, the courts will say so, and no harm will be done.”

- 25 The judicial enthusiasm for comparative public law has, however, also been tempered at times by judicial caution against uncritically accepting foreign positions. In the early judgment in , Justice Ackermann engaged in extensive comparative law analysis in his majority judgment. In response, Justice Kriegler noted in a minority

judgment that while he agrees with the majority judgment's conclusion and order he

“prefer[s] to express no view on the possible lessons to be learnt from other jurisdictions. That I do, not because of a disregard for section 35(1) of the Constitution, nor in a spirit of parochialism. My reason is twofold. First, because the subtleties of foreign jurisdictions, their practices and terminology require more intensive study than I have been able to conduct. Even on a superficial view, there seem to me to be differences of such substance between the statutory, jurisprudential and societal contexts prevailing in those countries and in South Africa as to render ostensible analogies dangerous without a thorough understanding of the foreign systems ... The second reason is that I wish to discourage the frequent - and, I suspect, often facile - resort to foreign authorities. Far too often one sees citation by counsel of, for instance, an American judgment in support of a proposition relating to our Constitution, without any attempt to explain why it is said to be in point. Comparative study is always useful, particularly where courts in exemplary jurisdictions have grappled with universal issues confronting us. Likewise, where a provision in our Constitution is manifestly modelled on a particular provision in another country's constitution, it would be folly not to ascertain how the jurists of that country have interpreted their precedential provision ... But that is a far cry from blithe adoption of alien concepts or inapposite precedents.”

- 26 In *S v Mamabolo*,⁷⁷ Justice Kriegler, writing for the majority, considered freedom of expression in the United States and South Africa and stated his reservations about uncritical comparative public law more forcefully:

“The difference is even more marked under the two respective constitutional regimes. The United States constitution stands as a monument to the vision and the libertarian aspirations of the Founding Fathers; and the First Amendment in particular to the values endorsed by all who cherish freedom. But they paint eighteenth century revolutionary insights in broad, bold strokes. The language is simple, terse and direct, the injunctions unqualified and the style peremptory. Our Constitution is a wholly different kind of instrument. For present purposes it is sufficient to note that it is infinitely more explicit, more detailed, more balanced, more carefully

phrased and counterpoised, representing a multi-disciplinary effort on the part of hundreds of expert advisors and political negotiators to produce a blueprint for the future governance of the country.”

- 27 Given the dominant law as source framework within which much of the comparative public law jurisprudence has occurred, it is not surprising that the rate of reliance on foreign law has diminished in especially Constitutional Court judgments over the last few years.⁷⁸ As local constitutional law jurisprudence grew, the need for comparative law as a source naturally diminished.

5. Conclusion

- 28 The colonial history of the South African legal system with multiple colonial powers successively imposing different systems of European law on the indigenous and settler communities meant that comparative law became deeply entrenched in South Africa. South African jurists routinely and instinctively turn to comparative law to address particularly complex or novel legal questions. While this “comparative law ethos in South Africa”⁷⁹ cut across all areas of law, it was historically most evident in private law. This was at least partially because of the continued dominance of Roman-Dutch law in private law after British colonisation introduced English law as well as the role that indigenous law continued to play in the private sphere despite the imposition of European legal systems. South African private law thus developed within a veritable melting pot of comparative law. In contrast, most of public law (although not all) was dominated to such an extent by English common law that comparative law played a much smaller role beyond reference to English law as the original source. The repressive colonial and subsequent apartheid constitutional systems also meant that there was little scope (or utility) in extensive comparative public law, at least in legal practice. Comparative public law did, however, play a role within the framework of law as variable in struggles against colonialism and apartheid. Within these struggles, comparative public law served to juxtapose the repressive nature of the status quo in South Africa against democratic examples.⁸⁰ In a sense, this use of comparative public law in South Africa represented Scheppele’s notion of aversive constitutionalism, referring to “a critique of where

past (or other) institutions and principles went badly wrong and taking such critiques as the negative building blocks of a new constitutional order”.⁸¹

- 29 In the post-apartheid South African regime, comparative public law has played a highly visible and material role in shaping the new constitutional regime. The drafting of the new South African constitutions as well as their interpretation and implementation relied heavily on comparative public law. In fact, the 1996 Constitution explicitly mandates reference to foreign law to aid the interpretation of the Bill of Rights.⁸² This resurgence of comparative public law was not, however, confined to comparative constitutional law. It is also evident in other public law areas, such as administrative law, where the shift from a common law basis to a largely codified, constitutionalised administrative law was accompanied by considerable comparative law influence.

NOTES

1 By way of the Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993 (“the 1993 Constitution”).

2 Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (“the 1996 Constitution”).

3 Given the breadth of scholarship on comparative law, a comprehensive discussion in any single contribution is of course unrealistic. For some of the most comprehensive recent treatments, see J. MAIR and P. DONLAN, *Comparative Law: Mixes, Movements, and Metaphors* (2020); M. REIMANN and R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (2nd ed, 2019); U. KISCHEL, *Comparative Law* (2019); M. SIEMS, *Comparative Law* (2nd ed, 2018); C. VALCKE, *Comparing Law. Comparative Law as Reconstruction of Collective Commitments* (2018).

4 U. KISCHEL *Comparative Law* (2019) 4.

5 U. KISCHEL *Comparative Law* (2019) 6.

6 U. KISCHEL *Comparative Law* (2019) 5; O. BRAND, 'Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies' (2007) 32 *Brook J Int'l L* 405; E. ORUCU, 'Methodological Aspects of Comparative Law'

(2006) 8 *Eur JL Reform* 29; M. VAN HOECKE, 'Is There Now a Comparative Legal Scholarship' (2017) 12 *J Comp L* 271.

7 U. KISCHEL *Comparative Law* (2019) 7-8; O. BRAND (2007) 32 *Brook J Int'l L* 409; E. ORUCU (2006) 8 *Eur JL Reform* 36.

8 E. ORUCU (2006) 8 *Eur JL Reform* 36.

9 M. VAN HOECKE (2017) 12 *J Comp L* 275.

10 M. VAN HOECKE (2017) 12 *J Comp L* 275. M. SIEMS *Comparative Law* 40; O. BRAND (2007) 32 *Brook J Int'l L* 436.

11 M. SIEMS *Comparative Law* 41-42; O. BRAND (2007) 32 *Brook J Int'l L* 425, 428.

12 See M. SIEMS *Comparative Law* 39 et seq.; O. BRAND (2007) 32 *Brook J Int'l L* 412-435; E. ORUCU (2006) 8 *Eur JL Reform* 29; C. VALCKE *Comparing Law* 1-10; U. KISCHEL *Comparative Law* (2019).

13 H. C. H. HOFMANN, 'Imagining Theoretical Frameworks' in P. CANE, H. C. H. HOFMANN, E. C. IP and P. L. LINDSETH (eds) *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* (2021) 1009.

14 H. C. H. HOFMANN *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* 1009.

15 H. C. H. HOFMANN *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* 1012.

16 H. C. H. HOFMANN *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* 1013.

17 H. C. H. HOFMANN *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* 1015.

18 H. C. H. HOFMANN *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* 1018.

19 H. C. H. HOFMANN *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law* 1021.

20 S. WOOLMAN and J. SWANEPOEL, 'Constitutional History' in S. Wooman et al (eds) *Constitutional Law of South Africa* (2nd ed, 2008) 2-5 – 2-7.

21 F. DU BOIS and D. VISSER, 'The Influence of Foreign Law in South Africa' (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 593, 596.

22 Commonly referred to in English as the Dutch East India Company.

23 G. QUINOT, *State Commercial Activity. A Legal Framework* (2009) 16.

- 24 G. QUINOT *State Commercial Activity* 18.
- 25 G. QUINOT *State Commercial Activity* 21.
- 26 D. M. PRETORIUS, “‘What’s Past Is Prologue’: An Historical Overview of Judicial Review in South Africa – Part 1” (2020) 26(1) *Fundamina* 128 136-139; W. P. M. KENNEDY and H. J. SCHOLSBERG, *The Law and Custom of the South African Constitution* (1935) 34-35.
- 27 5 U.S. 137.
- 28 *Brown v Leyds* (1897) 4 Off Rep 17.
- 29 The Union came into being by way of the South Africa Act of 1909, 9 Edw 7, c 9, which was an enactment of the Westminster Parliament. W. P. M. KENNEDY and H. J. SCHOLSBERG, *The Law and Custom of the South African Constitution* 66.
- 30 D. W. FREEDMAN “Constitutional Law: Structures of Government” in W. A. JOUBERT and J. A. FARIS (eds) *Law of South Africa* vol 5 (2nd ed, 2012) para 281; F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 613.
- 31 H. CORDER, ‘The Judicial Branch of Government: An Historical Overview’ in D. P. VISSER (ed) *Essays on the History of Law* (1989) 62, 66; F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 594, 609-610.
- 32 G. QUINOT *State Commercial Activity* 20.
- 33 F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 600. However, as Du Bois and Visser indicate, this version of indigenous law increasingly diverged from pre-existing customs of indigenous communities under the influence of colonial law and power.
- 34 F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 623.
- 35 L. BAXTER, *Administrative Law* (1984) 32; F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 614. This practice was significantly supported by the fact that the Privy Council in London remained the final court of appeal against judgments of South African courts until 1950. B. BEINART, ‘The South African Appeal Court and Judicial Review’ (1958) 21 *Mod L Rev* 587, 591.
- 36 1952 (2) SA 428 (AD).
- 37 [1949]1 All ER 109 at 118.
- 38 See *Elsworth v Jockey Club of South Africa* 1961 (4) SA 142 (w) at 150; *Bell v Van Rensburg* NO 1971 (3) SA 692 (C) at 727; *Turner v Jockey Club of South Africa* 1974 (3) SA 633 (A) at 646.

- 39 1989 (4) SA 731 (A).
- 40 [1963] 2 All ER 66 (HL).
- 41 [1984] 3 All ER 935 (HL).
- 42 *Administrator, Transvaal v Traub* 1989 (4) SA 731 (A) at 760.
- 43 M. WIECHERS, *Die Sistematiek van die Administratiefreg* (1964, doctoral dissertation, University of Pretoria).
- 44 L. I. COERTZE, 'Watter Regsisteem Beheers die Verhouding tussen Owerheid en Onderdaan in die Unie, Romeins-Hollandse Reg of Engelse Reg?' (1937) 1 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 34; L. M. DU PLESSIS *Inleiding tot die Reg* (2nd ed, 1995) 53-59; A. VAN BLERK, 'The Genesis of the Modernist Purist Debate: A Historical Bird's-Eye View' (1984) 47 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 255; F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 614-619.
- 45 G. QUINOT *State Commercial Activity* 20.
- 46 L. W. H. ACKERMANN, 'Constitutional Comparativism in South Africa: A Response to Sir Basil Markesinis and Jorg Fedtke' (2005-2006) 80 *Tulane Law Review* 169, 175. Also see D. M. DAVIS, 'Constitutional Borrowing: The Influence of Legal Culture and Local History in the Reconstitution of Comparative Influence – The South African Experience' (2003) 1 *Int'l J. Const. L.* 181, 192 on the role of legal culture in South Africa that favoured comparative law.
- 47 H. KLUG, 'Participating in the Design: Constitution-Making in South Africa' (1996) 3 *Rev Const Stud* 18 24, 26.
- 48 H. KLUG (1996) 3 *Rev Const Stud* 24.
- 49 See H. EBRAHIM, 'The Making of the South African Constitution: Some Influences' in P. ANDREWS and S. ELLMANN (eds) *The Post-Apartheid Constitutions* (2001) 88.
- 50 H. KLUG (1996) 3 *Rev Const Stud* 25.
- 51 N. HAYSOM, 'Federal Features of the Final Constitution' in P. ANDREWS and S. ELLMANN (eds) *The Post-Apartheid Constitutions* (2001) 513; S. WOOLMAN and T. ROUX, 'Co-operative Government & Intergovernmental Relations' in S. WOOLMAN et al (eds) *Constitutional Law of South Africa* (2nd ed, 2008) 14-1, 14-5.
- 52 H. EBRAHIM *The Post-Apartheid Constitutions* 88.

- 53 F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 627.
- 54 F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 632, 640.
- 55 F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 633.
- 56 D. MILO, G. PENFOLD and A. STEIN, 'Freedom of Expression' in S. WOOMAN et al (eds) *Constitutional Law of South Africa* (2nd ed, 2008) 42-3; F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 632.
- 57 The Constitutional Court had to certify that the text of the draft Constitution, as adopted by the Constitutional Assembly, complied with the 34 constitutional principles agreed to during the negotiations that paved the way to the first democratic elections in 1994, before the draft Constitution could come into force. Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993, section 71(2); *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 (4) SA 744 (CC); *Certification of the Amended Text of the Constitution of The Republic of South Africa*, 1996 1997 (2) SA 97 (CC).
- 58 *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 (4) SA 744 (CC).
- 59 Section 33 of the 1996 Constitution reads:
33. Just administrative action.—
(1) Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair.
(2) Everyone whose rights have been adversely affected by administrative action has the right to be given written reasons.
(3) National legislation must be enacted to give effect to these rights, and must—
(a) provide for the review of administrative action by a court or, where appropriate, an independent and impartial tribunal;
(b) impose a duty on the state to give effect to the rights in subsections (1) and (2); and
(c) promote an efficient administration.
- 60 PAJA s 1(i).
- 61 S 1(v).
- 62 J. R. DE VILLE, *Judicial Review of Administrative Action in South Africa* (2005) 38.
- 63 Administrative Procedure Act of 1977. DE VILLE *Judicial Review* 54; R. PFAFF and H. SCHNEIDER, 'The Promotion of Administrative Justice Act from a

German Perspective' 2001 *South African Journal on Human Rights* 64;
L. WOLF, "Implications of the 'Direct, External Legal Effect' of Administration
Action for Its Purported Validity" (2018) 4 *South African Law Journal* 678.

64 *Minister of Health and Another NO v New Clicks South Africa (Pty) Ltd*
2006 (2) SA 311 (CC) at para 109; G. QUINOT & P. MAREE, 'Administrative Action'
in G. QUINOT (ed) *Administrative Justice in South Africa: An Introduction*
(2020) 84-86.

65 PAJA s 4 provide for a range of procedures to be followed in such
instances, such as notice and comment procedures or public inquiries.

66 L. WOLF (2018) 4 *South African Law Journal* 687.

67 L. WOLF (2018) 4 *South African Law Journal* 687.

68 *Minister of Health and Another NO v New Clicks South Africa (Pty) Ltd*
2006 (2) SA 311 (CC) at para 142 (footnotes omitted).

69 See the extra-curial writings of former Constitutional Court
Justice Ackermann, L. W. H. ACKERMANN, 'Constitutional Comparativism in
South Africa' (2006) 123 *S African LJ* 497; L. W. H. ACKERMANN (2005-2006) 80
Tulane Law Review 169.

70 M. TUSHNET, 'The Possibilities of Comparative Constitutional Law'
(1999) 108 *Yale LJ* 1225 at 1307.

71 F. DU BOIS and D. VISSER (2003) 13 *Transnat'l L & Contemp Probs* 645.

72 C. RAUTENBACH, 'The Influence of Foreign Judgments on the Development
of Post-Apartheid Constitutional Law in South Africa: Judicial Law-Making
in Action?' (2020) 7 *J Int'l & Comp L* 99.

73 *S v Zuma* 1995 (2) SA 642 (CC) at para 19.

74 1995 (3) SA 391 (CC).

75 *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC) at para 37.

76 2005 (6) SA 419 (CC) paras 34-35 (footnotes omitted).

77 2001 (3) SA 409 (CC) at para 40 (footnotes omitted).

78 C. RAUTENBACH (2020) 7 *J Int'l & Comp L* 114; D. M. DAVIS (2003) 1 *Int'l J.*
Const. L. 194.

79 L. W. H. ACKERMANN (2005-2006) 80 *Tulane Law Review* 175.

80 D. M. DAVIS (2003) 1 *Int'l J. Const. L.* 183.

81 K. L. SCHEPPELE, 'Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case for Studying Cross-constitutional Influence through Negative Models' (2003) 1 *Int'l J. Const. L.* 296.

82 Constitution of the Republic of South Africa, 1996, section 39.

ABSTRACTS

English

In South Africa, the study and practice of law involve comparing different legal systems due to the complex historical blend of Roman-Dutch, English, indigenous, and religious laws. Constitutional supremacy since 1994 has amplified the importance of comparative legal method. The 1996 Constitution itself drew from various legal systems, endorsing the use of foreign law in interpreting rights. Comparative legal method is vital across all legal domains, and has greatly grown in relevance in constitutional and administrative law following constitutionalisation. This contribution explores the use of comparative legal method in South African constitutional and administrative law. It uses Herwig Hofmann's three categories of comparative frameworks, namely "law as category", "law as source" and "law as variable", to consider the continuity and discontinuity between historical reliance on comparative method in South Africa and comparative legislative and judicial practices under the Constitution in the areas of constitutional and administrative law.

Français

En Afrique du Sud, l'étude et la pratique du droit impliquent la comparaison de différents systèmes juridiques en raison du mélange historique complexe de droits romano-hollandais, anglais, indigène et religieux. Depuis 1994, la suprématie de la Constitution a amplifié l'importance de la méthode juridique comparative. La Constitution de 1996 s'est elle-même inspirée de plusieurs systèmes juridiques, consacrant l'utilisation du droit étranger dans l'interprétation des droits fondamentaux. Si la méthode juridique comparative est essentielle dans tous les domaines juridiques, sa pertinence s'est considérablement accrue dans les droit constitutionnel et administratif sud-africains depuis l'avènement du nouvel ordre constitutionnel. Cette contribution explore donc l'utilisation de la méthode juridique comparative dans les droits constitutionnel et administratif sud-africain. Elle utilise les trois catégories de cadres comparatifs mis au jour par Herwig Hofmann, à savoir "le droit en tant que catégorie", "le droit en tant que source" et "le droit en tant que variable", pour examiner la continuité et la discontinuité entre le recours historique à la méthode comparative en Afrique du Sud, ainsi que les pratiques législatives et judiciaires du recours au droit comparé dans les domaines du droit constitutionnel et du droit administratif.

INDEX

Mots-clés

méthode de droit comparé, Afrique du Sud, droit constitutionnel, droit administratif

Keywords

comparative legal method, South Africa, constitutional law, administrative law

AUTHOR

Geo Quinot

BA(Law) LLB LLM MA MPA LLD, Professor, Department of Public Law,
Stellenbosch University, South Africa.

IDREF : <https://www.idref.fr/152169059>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000047288241>

L'état du droit public comparé : la tradition romano-germanique

Les expériences européennes occidentales

Eleonora Bottini, Itziar Gómez Fernández, Paolo Passaglia and Sabrina Ragone

DOI : 10.35562/droit-public-compare.121

Copyright
CC BY-SA 4.0

OUTLINE

1. Dans la tradition des études juridiques, existe-t-il une différence entre le droit public comparé et le droit privé comparé ?
 - 1.1. Allemagne
 - 1.2. Espagne
 - 1.3. France
 - 1.4. Italie
2. Quel est le rôle des publicistes comparatistes au sein des universités ?
 - 2.1. Allemagne
 - 2.2. Espagne
 - 2.3. France
 - 2.4. Italie
3. Le droit comparé a-t-il joué un rôle dans la construction du droit public positif ? Dans quels domaines ?
 - 3.1. Allemagne
 - 3.2. Espagne
 - 3.3. France
 - 3.4. Italie
4. Le droit public comparé joue-t-il un rôle dans la pratique jurisprudentielle ?
 - 4.1. Allemagne
 - 4.2. Espagne
 - 4.3. France
 - 4.4. Italie

TEXT

- 1 Afin de réaliser une véritable étude sur l'état du droit public comparé dans les pays relevant de la tradition romano-germanique, la

recherche à effectuer serait d'une telle envergure que seul un ouvrage plutôt volumineux pourrait la contenir. Ce constat nous a conduit à formuler des questions sur les aspects nous paraissant comme les plus intéressants, à des comparatistes de quatre pays, et notamment l'Allemagne, l'Espagne, la France et l'Italie. Le choix des pays a été opéré en raison des différents points de vue que ces derniers présentent et des solutions adoptées. Leur variété permet de donner, tout du moins, une idée de la polyphonie existante entre les expériences juridiques de l'Europe occidentale.

1. Dans la tradition des études juridiques, existe-t-il une différence entre le droit public comparé et le droit privé comparé ?

1.1. Allemagne

- 2 Le monde universitaire allemand se fonde sur la distinction entre les domaines du droit public, du droit privé et du droit pénal. La distinction concerne le droit comparé aussi, car les recherches et l'enseignement sont conduits par des publicistes et des privatistes qui se spécialisent dans la comparaison juridique. Cela est le résultat de la tradition qui voit le droit comparé divisé en deux branches : « le droit public comparé était et est encore à présent éclipsé par son plus puissant frère : le droit privé/civil comparé »¹. Déjà au XIX^e siècle, qualifié par Nietzsche comme l'« âge de la comparaison », les privatistes s'imposaient avec des publications telles que le *Zeitschrift für Deutsches Bürgerliches Recht und französisches Civilrecht* (1869), remplacé, en 1909, par le journal *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, dont le comité de direction comprenait Josef Kohler et Ernst Rabel. Celui-ci a été le comparatiste le plus influent de la première moitié du XX^e siècle² et il a jeté les bases de la méthode fonctionnaliste³ dans le droit comparé. Une méthode qui prime encore au sein de la doctrine allemande. Il a fondé l'Institut pour le droit comparé de l'université de Munich (1916), qui a été suivi

par des projets similaires à Heidelberg, Würzburg, Hambourg et Berlin, entre autres.

- 3 Rabel est ensuite devenu le directeur du *Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, créée en 1926, deux ans après son homologue, l'Institut pour le droit international public. Le nom de l'Institut, qui a été repris par d'autres instituts par la suite, démontre que la distinction entre droit comparé et droit étranger n'est pas si claire, car si « *ausländisches* » signifie « étranger », le terme est souvent traduit par « comparé ».
- 4 Le grand *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* a été publié, sous le patronage de l'Institut, à partir de 1927 jusqu'en 1942. L'importance de Rabel a été ensuite négligée en raison de ses origines juives. Rabel est donc parti aux États-Unis et « son » Institut s'est relié au régime nazi bien plus que l'Institut pour le droit international public⁴.
- 5 La distinction entre droit public et droit privé dans les études de droit international et comparé a été confirmée dans l'après-guerre, comme le prouve l'organisation du *Gesellschaft für Rechtsvergleichung* (1950)⁵, divisé en sections sur la base des différentes branches du droit. Entre-temps, en 1949, le *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hambourg) et le *Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (MPIL, Heidelberg) avaient remplacé les instituts *Kaiser-Wilhelm*.
- 6 La renommée de l'Institut d'Hambourg doit beaucoup à son directeur, Konrad Zweigert, qui a été la référence pour des générations de chercheurs, en pointant l'attention sur l'usage du droit comparé pour interpréter les dispositions existantes, conformément à la méthode fonctionnaliste⁶. Son *Introduction au droit comparé*, écrit avec Hein Kötz⁷ (1969), est un chef-d'œuvre à l'échelle internationale.
- 7 L'influence du droit privé sur les études de droit public comparé a été remise en question, notamment eu égard à la classification des familles juridiques⁸. L'adoption de critères de classification similaires est devenue un sujet de débat dans le droit public⁹, compte tenu de l'importance de facteurs non juridiques (politiques, en particulier)¹⁰.
- 8 L'eupéanisation du droit a eu un impact tant sur le domaine du droit privé que sur celui du droit public, favorisant des études sur

l'harmonisation du droit privé et sur les transformations du droit public. Celles-ci font l'objet de nombreux volumes de la collection *Ius Publicum Europeum*, dirigée par Armin von Bogdandy (l'un des directeurs du MPIL) et publiée d'abord en allemand (2007 à 2019) puis en anglais (à partir de 2017).

1.2. Espagne

- 9 Dans la tradition espagnole, le droit privé comparé et le droit public comparé partagent des bases méthodologiques et, dans de nombreux cas, également une organisation pédagogique commune.
- 10 Dans plusieurs universités espagnoles, la matière de droit comparé regroupe des enseignements basiques en droit comparé, tant public que privé, basés sur l'apprentissage d'une méthodologie commune qui applique à la fois la microcomparaison et l'étude des principaux systèmes juridiques.
- 11 Comme il n'existe pas de domaines de connaissance spécifiques (disciplines) en droit public comparé ou en droit privé comparé, la proposition des matières communes susmentionnées repose généralement sur des professeurs issus des domaines du droit civil et du droit international privé, dans le domaine « iusprivatiste », et des domaines du droit constitutionnel et administratif dans le domaine « iuspubliciste ». Cette collaboration interdisciplinaire est évidente dans certains instituts universitaires de recherche en droit comparé, comme l'Institut de droit comparé de l'université Complutense de Madrid (<https://www.ucm.es/iudc/historia-del-instituto>) ou le *Seminario de Derecho Comparado* de l'université de Grenade (<https://diphd.ugr.es/investigacion/seminario-derecho-comparado>) et dans le développement de certains masters avec une spécialisation en droit comparé (master de l'IDC de l'université Complutense de Madrid).
- 12 Existente tout aussi des offres d'enseignements exclusives en droit privé comparé (université d'Estrémadure, université de Saint-Jacques-de-Compostelle, université de Valladolid, université de Barcelone) et en droit public comparé, les premières étant peut-être plus nombreuses.

- 13 Cependant, le droit public comparé a bénéficié d'un soutien doctrinal plus important que le droit privé comparé. Bien qu'il existe des instituts ou des structures de recherche dans les deux branches, tant en droit public comparé qu'en droit privé comparé (le *Grupo de Investigación en Estudios de Derecho Privado y Comparado* de l'*Universidad de Almería* ou l'*Instituto de Derecho Público Comparado* de l'*Universidad Carlos III de Madrid* méritent d'être mentionnés), nous avons recensé plus de monographies et de traités d'auteurs espagnols en droit public comparé¹¹ qu'en droit privé comparé¹². Depuis 2007, il existe également une publication périodique spécialisée en droit public comparé : la *Revista General de Derecho Público Comparado*, éditée par l'IUSTEL, qui, paradoxalement, après le décès du professeur Enrique Álvarez Conde (cofondateur), est dirigée uniquement par le professeur italien Lucio Pegoraro, une référence en la matière.

1.3. France

- 14 La France occupe sans doute une place importante dans la tradition du droit comparé en Europe : elle a vu naître le droit comparé comme discipline nouvelle avec le Congrès de droit comparé qui a eu lieu à Paris en 1900 et qui a posé les jalons du droit comparé comme véritable science. Cependant, les développements successifs n'ont pas tenu les promesses initiales. La doctrine comparatiste s'est bien moins développée que dans d'autres pays voisins, ce qui a valu à la culture juridique française une réputation de repli sur soi, voire d'ethnocentrisme¹³.
- 15 La Société de législation comparée, organisatrice du Congrès, a été fondée en 1869 et visait à réunir les juristes de tous les horizons¹⁴, même si aucun des deux initiateurs du Congrès, Raymond Saleilles et Édouard Lambert, n'était spécialiste de droit public (l'un professeur de droit civil à Paris, l'autre d'histoire du droit à Lyon).
- 16 La diversité d'approche entre le droit privé et public comparé est manifeste dans les actes du Congrès. Les publicistes se montrent assez réticents envers l'idée de toute transposition lorsqu'il s'agit des institutions ou des administrations¹⁵. Dans leurs rapports, ils tendent à se détacher de la comparaison en droit privé en définissant leur approche de la comparaison des droits « prudente »¹⁶, en raison des