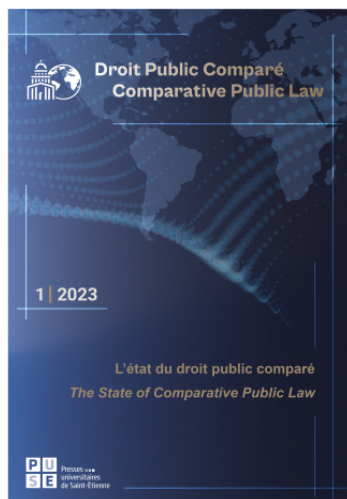




Droit Public Comparé

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>

Référence électronique

« L'état du droit public comparé », *Droit Public Comparé* [En ligne], mis en ligne le 23 décembre 2023, consulté le 11 octobre 2024. URL : <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=80>

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

DOI : 10.35562/droit-public-compare.80



SOMMAIRE

Dossier

Nicolas Gabayet et 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 et 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 et Tom Ginsburg

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

Émilie Barbin et 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 et Nicoletta Perlo

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

TEXTE

- 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.

AUTEURS

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

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

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

TEXTE

- 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, posteros 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 bavaïois 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/cliothemis.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.

RÉSUMÉS

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 simplifié 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

AUTEUR

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

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

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

TEXTE

- 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, matée 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/>

RÉSUMÉS

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

AUTEUR

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

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

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

TEXTE

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.

RÉSUMÉS

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

AUTEUR

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

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

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

TEXTE

- 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. HERTOGH 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.

RÉSUMÉS

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

AUTEUR

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

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

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

TEXTE

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 Sisteamatiek 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.

RÉSUMÉS

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

AUTEUR

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 et Sabrina Ragone

DOI : 10.35562/droit-public-compare.121

Droits d'auteur
CC BY-SA 4.0

PLAN

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

TEXTE

- 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

spécificités du droit public comparé. Contrairement au droit comparé privé qui tend à l'unification des droits par la transposition de solutions étrangères, les publicistes insistent sur l'impossibilité de transposer les éléments du droit public d'un pays à l'autre, sous peine de tomber dans « des imitations souvent irréfléchies, et des adaptations hâtives et artificielles »¹⁷. Le caractère typiquement national et coutumier du droit public est considéré comme un empêchement à une comparaison efficace, alors que le droit privé, produit du législateur, s'y prête plus naturellement.

17 La réticence initiale des publicistes, fondée sur un culturalisme du droit public, n'empêche pas le développement du droit public comparé comme discipline autonome, notamment pour ce qui concerne le droit constitutionnel. L'entre-deux-guerres voit l'essor d'études comparées sur les institutions et les régimes, et l'après deuxième guerre mondiale celui de la comparaison entre les modèles de justice constitutionnelle. L'existence d'un modèle européen de contrôle de constitutionnalité permet aux constitutionnalistes français, après la création du Conseil constitutionnel en 1958, de se situer sur la scène internationale. Cet usage stratégique et peu scientifique de la théorie des modèles est d'ailleurs désormais largement critiqué par la doctrine comparatiste¹⁸.

18 Malgré le développement du droit public comparé, la comparaison est restée pendant longtemps l'apanage des juristes privatistes : un exemple illustre est représenté par René David, civiliste, dont la classification des familles de droit contemporaines¹⁹ a largement marqué la doctrine comparatiste en France comme à l'étranger, et pourtant s'applique mal à la comparaison des droits publics²⁰.

19 Aujourd'hui, la Société de législation comparée se compose également de sections thématiques sur le droit public (constitutionnel, financier et de l'action publique) et la revue trimestrielle que la Société publie depuis 1949, la *Revue internationale de droit comparé* (RIDC), publie des contributions aussi bien de droit privé que de droit public (y compris les recherches de la Cellule de droit comparé du Conseil d'État), mais ses activités concernant des matières relevant du droit privé sont sans doute plus nombreuses et visibles.

1.4. Italie

- 20 Dans la recherche et l'enseignement du droit comparé, le droit privé et le droit public sont longtemps restés assez clairement distincts.
- 21 Les premiers comparatistes italiens étaient des privatistes, qui ont su tirer profit d'abord des doctrines provenant de la France et de l'Allemagne, mais qui, très vite et en particulier à partir des années 1960 et 1970, grâce notamment à certains éminents juristes, ont acquis une renommée et une importance à l'échelle internationale.
- 22 Si les origines ont fait en sorte que le droit privé comparé soit étroitement lié à la recherche et à l'enseignement du droit, très vite les privatistes ont entamé des parcours de recherche dans lesquels le droit a été mis en relation avec d'autres sciences, telles que l'anthropologie, la sociologie et, surtout, l'économie : on doit, en effet, aux privatistes comparatistes la diffusion, dans le cadre de la recherche juridique italienne, du « *law and economics* ». L'approche postmoderniste, au cours du ^{xxi}^e siècle, n'a que renforcé (sans doute considérablement) la commixtion de la réflexion juridique et les acquis des autres sciences²¹.
- 23 De son côté, le droit public comparé a eu longtemps du mal à asseoir son autonomie par rapport au droit constitutionnel interne et à la science politique. La preuve de cette commixtion se retrouve dans les sujets qui ont été le plus fréquemment étudiés tout au long du ^{xx}^e siècle, c'est-à-dire les régimes politiques et la division territoriale du pouvoir.
- 24 À partir des années 1980, cependant, le droit public comparé a affirmé et puis renforcé son autonomie, alors même qu'il étendait ses domaines de recherche aux droits fondamentaux, aux sources du droit et à l'organisation de la justice (surtout à la justice constitutionnelle). L'extension des domaines de recherche a sans doute favorisé l'emploi, de plus en plus répandu et consolidé, de la méthode juridique, jusqu'à ce que désormais le principe selon lequel le droit public comparé est une science juridique à part entière ne saurait plus être mis en question.

- 25 Les développements largement autonomes du droit public et du droit privé comparé n'ont pas empêché, au fil des années, qu'une partie de plus en plus considérable des comparatistes mette en exergue les points en communs des deux domaines, notamment du point de vue de la méthodologie. Dans ce cadre, le droit comparé (sans spécifications) est devenu, à la foi, un terrain de rassemblement de publicistes et de privatistes et le bouclier permettant à ceux-ci de revendiquer de la manière la plus efficace leur autonomie par rapport aux publicistes et aux privatistes qui se concentrent sur le système interne²².
- 26 Le renforcement progressif de l'autonomie du droit comparé par rapport au droit interne se manifeste surtout par la production scientifique, de plus en plus riche, en nombre et en envergure, des contributions. Aux nombreux ouvrages qu'il n'est pas possible de mentionner ici, il faut ajouter les articles de revue, qui trouvent leur place dans des publications qui rassemblent contributions de droit interne et de droit comparé, mais surtout dans des périodiques spécialisés dans le droit comparé, tels que : *Diritto pubblico comparato ed europeo* et *DPCE Online*, pour les publicistes, *Comparazione e diritto civile*, pour les privatistes, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, *Comparative Law Review*, *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, *Global Jurist* et d'autres encore.

2. Quel est le rôle des publicistes comparatistes au sein des universités ?

2.1. Allemagne

- 27 Dans les universités allemandes, il n'y a pas de chaires réservées aux comparatistes, mais des concours sont ouverts pour les juristes qui se consacrent à la comparaison. En pratique, les postes sont ouverts pour des juristes ayant une qualification en droit interne, mais parfois il est également demandé d'avoir effectué des recherches de droit comparé.

- 28 Les privatistes comparatistes ont longtemps joué un rôle prééminent par rapport aux publicistes²³. Cependant, un nombre considérable de juristes de l'après-guerre a effectué ses études aux États-Unis et a publié des ouvrages de droit public dans lesquels les systèmes allemand et américain font l'objet d'une comparaison (de Jochen Frowein à Dieter Grimm, pour arriver à Uwe Kischel ou à Susanne Baer). À l'intérêt pour le droit américain s'ajoutent de nombreux échanges bilatéraux entre des juristes allemands et des juristes étrangers.
- 29 Au fil des années, l'approche fonctionnaliste traditionnelle s'est imposée, mais d'autres tendances ont également eu un impact sur la doctrine comparatiste : c'est le cas des « *critical legal studies* », qui, dès les années 1980, ont influencé en particulier Günter Frankenberg, professeur à l'université de Francfort²⁴. La notion de comparaison juridique en tant que cinquième moyen d'interprétation du droit constitutionnel élaborée par Peter Häberle a été traduite en plusieurs langues et a fait l'objet de débats à l'échelle internationale²⁵. Cependant, elle n'est pas devenue courante en Allemagne.
- 30 Récemment, de nouvelles tendances caractérisant le droit public comparé ont vu le jour. Elles prônent l'ouverture progressive du droit comparé aux études de traditions différentes de celle occidentale (qui était, au contraire, celle privilégiée dans le cadre de la notion de « comparabilité » élaborée par Zweigert). Elles imposent également la publication de contributions en anglais et/ou en espagnol pour une plus large diffusion de la doctrine.
- 31 Les études conduites au MPIL ont montré une attention particulière pour l'Amérique latine, avec le projet ICCAL (*ius constitutionale commune in America Latina*), fondé sur la collaboration avec des experts latino-américains et visant à promouvoir les droits humains et l'ouverture des systèmes nationaux aux standards internationaux et supranationaux²⁶.
- 32 Une attention évidente pour les traditions qui ont été longtemps négligées par la doctrine allemande est manifestée par le *Verfassung und Recht in Übersee/World Comparative Law Journal*, qui est devenu un journal électronique en 2000 (sa création remontant à 1968, dans le cadre d'un projet concernant la décolonisation). La revue analyse les développements des systèmes juridiques de l'Asie, de l'Afrique et

de l'Amérique latine. Les contributions acceptées sont généralement en anglais et exceptionnellement dans d'autres langues²⁷.

- 33 Dans l'un des plus éminents ouvrages récents, *Comparative Law* (2019, OUP), Uwe Kischel n'analyse pas seulement les traditions du droit romano-germanique et de *common law*, mais aussi des systèmes d'Afrique, d'Asie, les traditions musulmane et juive, ainsi que les contextes transnationaux, comme le droit international public, le droit européen et la *lex mercatoria*.
- 34 En ce qui concerne l'usage de l'anglais par la doctrine, un facteur important a été le *German Law Journal*, une revue électronique à accès libre créée en 2000 qui héberge des articles de droit comparé et international public en leur donnant la plus large diffusion²⁸. Le *Verfassungsblog*, de son côté, est un forum pour débattre de questions de droit comparé, constitutionnel, étranger et international²⁹.
- 35 En général, la majorité des départements universitaires se focalise, pour ce qui est du droit comparé, sur le droit privé et les cours enseignés dans les universités n'assurent au droit comparé qu'une place marginale. Les nouvelles générations de juristes poursuivent toutefois le but d'introduire des éléments de droit comparé dans les cours, même si leurs intitulés restent liés au droit national.

2.2. Espagne

- 36 Depuis le moment « fondateur » marqué par l'approbation de la Constitution libérale de 1812, l'évolution du droit public en Espagne tout au long du XIX^e siècle et des trois quarts du XX^e siècle a été marquée par l'étude du droit comparé comme élément essentiel du droit public, ainsi que par l'agrégation (1835, 1845, 1857, 1883) et par la séparation (1842, 1900) périodiques des disciplines du droit constitutionnel et du droit administratif.
- 37 Ainsi, en 1893, Adolfo Posada³⁰ rédige son *Tratado de Derecho Político* (qu'il intègre au droit public), en le séparant en deux volumes, le premier sur l'*Introducción y Teoría del Estado* et le second sur le *Derecho Constitucional Comparado*. Ce dessin marquera la doctrine et les programmes universitaires relatifs au droit politique dans les

années qui suivront ses travaux, sans toutefois marquer aussi clairement la dogmatique de la discipline³¹.

- 38 Cette situation a perduré jusqu'à l'approbation de la Constitution de 1931, qui a marqué un moment de juridification du droit politique, l'œuvre de Nicolás Pérez Serrano^{32 33} ayant eu un impact sur ce processus. À cette époque, la vocation encyclopédique et comparative est abandonnée par rapport à l'objet d'étude, bien que la méthode soit maintenue, avec l'intention d'approfondir l'étude de la norme positive. Cela se reproduira, après la guerre civile et la dictature, lorsque la Constitution de 1978 sera approuvée. Entre ces deux périodes, le droit politique renoue avec l'étude du droit comparé et la théorie de l'État. Il retrouve ainsi le caractère encyclopédique qui caractérisait le droit public et le droit politique au moment de leur émergence respective. La méthode juridique a également été abandonnée au profit de l'adoption de méthodes plus caractéristiques de la science politique et de la sociologie.
- 39 Avec l'approbation de la Constitution de 1978, il y a eu un retour à l'étude – et à l'enseignement – du droit constitutionnel positif. Cela a produit une transition de l'ancien droit politique au nouveau droit constitutionnel qui, précisément pour récupérer son essence et s'imposer comme une science indépendante avec une identité propre, a subi un processus de juridification accentué, se détachant et se déconnectant d'une part du droit administratif et d'autre part de la sociologie et de la science politique. Ce processus de détachement a concerné aussi le droit comparé, utilisé comme méthode de travail ou comme discipline auxiliaire dans le meilleur des cas, mais abandonné comme discipline autonome à part entière.
- 40 La position centrale ou quasi centrale que le droit comparé occupait dans l'enseignement et la production intellectuelle pendant la période précédant le retour de l'Espagne à la démocratie a été sensiblement réduite au fur et à mesure que le système démocratique s'installait. Par la suite, et pendant longtemps, les ouvrages de droit constitutionnel comparé ont été rares en Espagne. Cette tendance s'est inversée à la fin des années 1990 et au début des années 2000. La preuve de ce changement de tendance se trouve dans les publications périodiques mentionnées ci-dessus, ainsi que dans

l'intérêt des jeunes générations de chercheurs pour le sujet, qui laisse présager un avenir plus prometteur que dans un passé récent.

2.3. France

- 41 La tripartition officielle des disciplines juridiques en France ne fait pas de place spécifique au droit comparé. Le Conseil national des universités (CNU), l'instance nationale qui régit les carrières universitaires³⁴, ne connaît que trois sections juridiques : le droit privé (section 01), le droit public (section 02) et l'histoire du droit (section 03). Ainsi, dans le concours pour accéder aux fonctions de maître de conférences (qualification) comme dans le concours d'agrégation, il n'existe pas de place spécifique pour le droit comparé. Récemment, néanmoins, les facultés de droit ont donné une place quasi officielle au droit comparé public et privé en « fléchant » quelques postes de maître de conférences (ou plus rarement de professeurs) pour le droit comparé³⁵, mais cela reste un phénomène marginal.
- 42 Les cursus universitaires en droit comportent presque systématiquement au moins un enseignement de droit public comparé en licence. La comparaison avec un ou deux régimes étrangers tient une place d'importance variable dans le cours obligatoire de droit constitutionnel en première année de licence. Mis à part ces enseignements et les masters spécialisés en droit comparé proposés dans quelques facultés de droit, il y a donc une place assez relative pour les publicistes comparatistes dans les maquettes des universités françaises. Sciences Po Paris se détache de ce schéma, en ce que le cours obligatoire d'institutions politiques de première année, qui est dispensé dans tous les campus et représente un tronc commun du premier cycle, consiste en une comparaison entre de nombreux systèmes juridiques, y compris au-delà des démocraties occidentales³⁶. Cet exemple confirme d'ailleurs le lien historique étroit entre droit public comparé et la science politique.
- 43 Même si cela ne se reflète pas toujours dans la répartition des enseignements, le droit comparé trouve une place de plus en plus importante dans la recherche juridique : la multiplication des chroniques de droit public comparé dans les principales revues de droit public le montre³⁷. L'augmentation de la part de droit comparé

dans les thèses soutenues en droit public est également un phénomène de plus en plus visible, même si difficilement quantifiable. Dans la prise de conscience de la doctrine, pour certains, la place nouvellement acquise par le droit comparé est une évidence³⁸, alors que d'autres sont plus sceptiques sur l'ouverture de la France au droit comparé³⁹.

- 44 Certaines publications font place depuis longtemps à la recherche en droit public comparé : la plus ancienne est sans doute la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (RDP) qui, depuis 1894, se propose de manière tout à fait pionnière de faire « une très large place, même pour la partie doctrinale de la revue, aux auteurs et publicistes étrangers » pour devenir « l'auxiliaire dans la sphère du droit public » de la Société de législation comparée⁴⁰. Cette volonté ne fait néanmoins pas de la *Revue* une publication exclusivement comparatiste. Dans un cadre disciplinaire plus restreint, l'*Annuaire international de justice constitutionnelle*⁴¹, publié depuis 1987 par les Presses universitaires d'Aix-Marseille, propose sans doute l'inventaire le plus complet d'études comparées du point de vue du contentieux constitutionnel. Plus récemment, la revue *Jus Politicum. Revue de droit politique*⁴² (créée en 2008) et son blog, le *JP Blog*⁴³ (lancé en 2016), ouvrent largement à des études et des billets de droit constitutionnel étranger et comparé.

2.4. Italie

- 45 On a pu constater que le droit comparé s'est développé pendant longtemps sans qu'il y ait une unité entre privatistes et publicistes. Cette distance a entraîné des répercussions même dans l'enracinement du droit comparé et des comparatistes au sein des universités.
- 46 En effet, le droit privé comparé s'est développé, autour de quelques écoles de grande envergure, en prônant avec un succès croissant l'introduction de cours de droits dans le cadre des sciences juridiques. Désormais, les privatistes enseignent tant les cours d'introduction au droit comparé (très souvent intitulés « systèmes juridiques comparés »)⁴⁴ que les cours de droit privé comparé. Au contraire, le lien étroit du droit public comparé avec la science politique a été à l'origine du fait qu'une partie encore très

considérable (voire peut-être majoritaire) des chercheurs et enseignants se trouvent dans des départements de sciences politiques. Cependant, le renforcement progressif de la méthode juridique parmi les publicistes comparatistes a conduit, au cours des dernières décennies, à un nombre élevé, et croissant, de cours de droit public comparé enseignés dans les cours de maîtrise en droit ⁴⁵.

- 47 La mise en exergue de la composante juridique a favorisé le rapprochement entre publicistes et privatistes auquel on a fait allusion auparavant. La recherche d'une unité entre tous les comparatistes est bien représentée par l'encadrement normatif des enseignants et des chercheurs. Parmi les vingt-et-un secteurs scientifiques juridiques, les comparatistes se distinguent entre les privatistes (qui font partie du secteur IUS 02, *droit privé comparé*) et les publicistes (dont le secteur est le IUS 21, *droit public comparé*). Depuis une dizaine d'années, cependant, les concours nationaux et locaux, ainsi que la qualification nationale aux postes de professeurs ordinaires (les agrégés) et de professeurs associés (correspondant aux maîtres de conférences HDR français) se font dans le cadre du secteur 12/E2, *droit comparé*, qui rassemble justement privatistes et publicistes.
- 48 L'aspiration à l'unité connaît des résultats non négligeables même pour ce qui est des associations savantes. Si les publicistes ont leur propre association (DPCE, Association de droit public comparé et européen) ⁴⁶, deux autres associations rassemblent une majorité de privatistes mais un nombre de plus en plus considérable de publicistes. Dans l'AIDC, « Association italienne de droit comparé » ⁴⁷, en particulier, leur nombre n'est pas trop éloigné de la moitié, alors que dans la SIRD, « Société italienne pour la recherche dans le droit comparé » ⁴⁸, née d'une scission de l'association historique, les publicistes sont moins nombreux, du moins pour le moment.

3. Le droit comparé a-t-il joué un rôle dans la construction du droit public positif ? Dans quels domaines ?

3.1. Allemagne

- 49 À l'origine, le recours au droit comparé a été réservé pour l'essentiel aux privatistes. Déjà au cours du XIX^e siècle, les actes normatifs de droit commercial et des affaires étaient précédés par des études de droit comparé (par exemple, le *Allgemeine Deutsche Wechselordnung*, 1848, le *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*, 1861, et le *Geschmacksmusterrecht*, 1878) : il y avait une documentation de droit comparé concernant les divers territoires allemands ainsi que des analyses de droit français ou hollandais, et parfois même des actes anglais. Le même vaut pour le Code civil, le *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900)⁴⁹.
- 50 Dans le droit administratif, une circulation des modèles existait également. Rudolf von Gneist a étudié le système anglais et Otto Mayer a élaboré une *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts* (1888), par laquelle le droit administratif allemand a été adapté aux standards français. Cependant, de véritables imitations ne sont arrivées que plus récemment et uniquement en droit privé et elles se sont concentrées sur des aspects spécifiques plutôt que sur des éléments d'envergure⁵⁰. Bien évidemment, l'eupéanisation des administrations nationales a eu des conséquences en Allemagne, comme dans tous les autres États membres, pour ce qui est de l'organisation des ministères et des autorités administratives indépendantes.
- 51 Concernant le droit constitutionnel, la doctrine a mis en exergue le rôle de la comparaison dans l'élaboration de la constitution ou dans sa révision, tant en général qu'en égard en particulier à la loi fondamentale, le *Grundgesetz*⁵¹. Cette attitude s'est développée sous l'influence des Alliés, mais la comparaison s'est référée également au passé, car la loi fondamentale a été écrite en répondant aux défauts

de la Constitution de Weimar⁵². Globalement, le processus d'intégration supranationale (UE) et internationale, ainsi que les défis économiques mondiaux ont accru l'importance du droit comparé et la nécessité de normes uniformes régissant la participation des pouvoirs publics dans l'économie nationale⁵³.

3.2. Espagne

- 52 Le droit comparé a joué un rôle important dans la construction du droit public positif espagnol, et dans l'évolution des deux principales disciplines du droit public : le droit administratif et le droit constitutionnel⁵⁴.
- 53 Cette importance est identifiée dès la naissance du droit public espagnol, sachant que cette genèse est liée à la conception « iuspubliciste » de Domat, transposée dans le système espagnol par Pedro José Pérez Valiente dans son *Apparatus iuris publici* (1751). L'influence du droit comparé sur l'élaboration du droit positif est observable dès le premier processus constituant espagnol, de 1810 à 1812. À cette époque, le débat constituant s'articulait, implicitement, autour de la comparaison des deux modèles constitutionnels existants à l'époque, et il était représenté par les positions de Jovellanos⁵⁵, inspiré par le modèle anglais, et d'Argüelles⁵⁶, attaché au modèle révolutionnaire français. C'est ce dernier qui finalement s'imposa dans la Constitution de 1812. Malgré la présence très claire des deux modèles dans le débat, cette référence est niée et elle est masquée par la récupération des modèles juridiques historiques et nationaux, afin de contrer les accusations absolutistes relatives à une prétendue influence étrangère dans le développement du constitutionnalisme national. L'invocation expresse des anciennes « lois fondamentales » de la monarchie⁵⁷, fait encore aujourd'hui l'objet d'une controverse idéologico-historique⁵⁸, contestant l'influence du constitutionnalisme français dans la création du premier droit public espagnol.
- 54 À partir de cette époque et jusqu'à la rédaction de la Constitution de la Deuxième République en 1931, le droit public positif et le droit privé ont été principalement influencés par le droit français, en raison de l'ascendant politique et intellectuel du pays voisin à l'Espagne du XIX^e siècle⁵⁹. En revanche, le débat académique entourant la

rédaction de la Constitution républicaine a été davantage influencé par la doctrine allemande, et le texte final porte une empreinte claire du constitutionnalisme de Weimar⁶⁰. Et, après la période d'autarcie normative, caractéristique de la dictature du général Franco, dans laquelle la récupération du droit historique était plus importante que l'ouverture au droit étranger, la rédaction de la Constitution de 1978 s'est à nouveau ouverte aux expériences du constitutionnalisme comparé, avec des influences claires venant des institutions allemandes, françaises, portugaises, italiennes et même du nord de l'Europe, faisant toutes partie de la vague du constitutionnalisme d'après guerre. Sur la profonde influence du droit comparé sur la Constitution espagnole de 1978, il convient de lire les réflexions des professeurs qui ont participé à l'« Enquête sur la méthode comparative en droit constitutionnel », publiée dans le numéro 41 de la revue *Teoría y Realidad Constitucional* (2018).

3.3. France

- 55 Le domaine dans lequel le rôle de la comparaison des droits publics a été le plus important en France est la légistique, lors de la période allant du début de la Troisième République jusqu'à 1914. Dans cette période, les références au droit étranger étaient systématiquement présentes dans les débats parlementaires, au point d'attirer des critiques virulentes de certains conseillers d'État⁶¹.
- 56 Mise à part cette période, cependant, le droit public français, dans ses deux principales branches du droit administratif et du droit constitutionnel, est tout d'abord le reflet du contexte juridique national⁶². La place du droit comparé semble très relative dans la construction du droit administratif au XIX^e siècle, comme le montre l'absence totale de rapport sur cette branche du droit lors du Congrès de 1900. En effet, on peine à trouver une influence étrangère quelle qu'elle soit dans le droit administratif.
- 57 Un constat similaire peut être fait pour le droit constitutionnel contemporain de la V^e République. Ainsi, bien que les deux principaux auteurs de la Constitution française, Charles de Gaulle et Michel Debré, avaient à l'esprit les deux régimes parlementaires et présidentiels dans leurs concrétisations britannique et étatsunienne⁶³, le droit comparé n'a pas joué un rôle déterminant

dans les choix constitutants de 1958. Au contraire, ce sont les régimes français précédents, la III^e et la IV^e République, et la volonté de s'éloigner des risques du régime d'assemblée qui les caractérisait, qui ont conditionné le choix de l'organisation très particulière des pouvoirs de la V^e. Cela explique que les références aux exemples étrangers soient, dans la totalité des débats constitutants de 1958, « éparses et très limitées, tant en ce qui concerne les sujets traités que les pays invoqués »⁶⁴. Le poids de l'histoire⁶⁵ est donc bien plus important que celui du droit comparé. Pour ce qui est des révisions successives de la Constitution, et plus particulièrement de la révision du 23 juillet 2008, la situation a radicalement changé. Le droit comparé est en effet « omniprésent »⁶⁶ dans le rapport de la Commission des lois constitutionnelles sur le projet de révision sur la modernisation des institutions de 2007. Entre les deux dates, il est évident que l'intégration européenne a joué un rôle essentiel dans l'importance de l'inspiration des modèles étrangers et notamment des autres pays membres de l'Union. Pour ce qui est de l'activité législative, il en va de même car en 1995 le Sénat s'est doté d'une division de législation comparée dans la direction des initiatives parlementaires et des délégations⁶⁷.

- 58 Pour sa part, le droit administratif français reste plus cantonné au domaine national et plus imperméable aux influences du droit comparé, même si le Conseil d'État se montre de plus en plus attentif à la comparaison : en 2016, la section du rapport et des études de la suprême juridiction administrative a organisé un cycle de conférence annuel sur « Droit comparé et territorialité du droit »⁶⁸. Néanmoins, malgré une ouverture théorique à la comparaison juridique, le Conseil d'État semble rester assez largement inscrit dans les frontières nationales, que le vice-président s'attache à réaffirmer en même temps que « la puissance normative » des États sur leur territoire⁶⁹.

3.4. Italie

- 59 L'impact du droit comparé dans la construction du droit public positif est sans doute significatif, même si son importance a considérablement changé au cours des décennies⁷⁰.
- 60 Si le royaume d'Italie n'a été proclamé qu'en 1861, sa première Charte constitutionnelle le précède. Il s'agit en effet du Statut albertin

octroyé par le roi Charles-Albert aux sujets du royaume de Sardaigne en 1848. Le Statut fut rédigé en français avant même qu'en italien et reprit largement les Chartes françaises de 1814 et de 1830, ainsi que, sur certains points, la Constitution belge de 1831. Eu égard au fait que le Statut est resté en vigueur pendant presque un siècle, l'influence étrangère sur les institutions paraît incontestable. À ceci s'ajoutent les suggestions venant (encore) de la France et du Royaume-Uni, ainsi que de l'Allemagne, qui ont caractérisé de manière non négligeable l'évolution des institutions au cours de la période libérale, avant qu'une interruption s'impose avec l'autarcie institutionnelle imposée par la dictature fasciste.

- 61 Or, si dans les premières décennies de l'histoire de l'Italie unie l'influence et les imitations ne manquent évidemment pas, on ne saurait quand même reconnaître dans celles-ci l'expression d'une véritable analyse de droit comparé. Un débat effectif concernant les différentes solutions institutionnelles présentes dans les systèmes étrangers ne s'est développé qu'au cours de l'élaboration de la Constitution républicaine, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948. Les grands choix concernant le régime politique, le régionalisme, le système de protection de droits (et notamment le système de justice constitutionnelle) se sont fondés en large mesure sur la recherche des solutions étrangères les plus efficaces et les plus adéquates au contexte italien ⁷¹.
- 62 Une telle ouverture vers l'étranger avait, sans doute, des raisons scientifiques, mais elle poursuivait aussi l'objectif de marquer une rupture par rapport à la pratique fasciste : la recherche d'un « dialogue » avec les autres pays passait aussi par le refus d'un isolationnisme sur le plan du droit public.
- 63 Une telle attitude ne pouvait que se renforcer dans les décennies suivantes. À cette fin, la création et la montée en puissance des organisations internationales, et en particulier du Conseil de l'Europe et des Communautés européennes et puis de l'Union, seront décisives pour rendre incontournables le dialogue et les échanges des solutions normatives dans un nombre croissant de domaines. Depuis que l'État italien a pris part à des processus d'intégration de plus en plus significatifs avec d'autres pays, le droit comparé a vu son importance s'accroître. En effet, les solutions juridiques internes

doivent désormais être compatibles avec les ordres juridiques supranationaux, et elles ne peuvent donc pas trop s'éloigner des solutions adoptées ailleurs, sans risquer d'entraver l'intégration et d'être par cela censurées par les autorités qui sont les moteurs et les garants de cette même intégration.

4. Le droit public comparé joue-t-il un rôle dans la pratique jurisprudentielle ?

4.1. Allemagne

- 64 Les caractéristiques du droit public rendent, en principe, la jurisprudence de cette branche du droit assez ouverte vers le droit comparé. En effet, dans le droit constitutionnel et administratif, les juges contribuent largement à l'évolution des normes. Dans ces domaines, des concepts généraux se rapportant à des valeurs (*Ausfüllungsbedürftige Wertebegriffe* : par exemple, la sécurité publique) nécessitent une interprétation qui leur donne une portée concrète, en tenant compte, non seulement du point de vue strictement dogmatique, mais aussi de notions tirées de la science politique, de la pratique et parfois du droit comparé (avec des justifications appropriées⁷²)⁷³.
- 65 Pour le droit constitutionnel, il n'y a pas d'interdiction explicite pour le *Bundesverfassungsgericht* d'utiliser le droit comparé, et le Tribunal a fait référence à des décisions étrangères dès le début de sa jurisprudence. Les références concernent surtout l'Autriche et la Suisse et, moins fréquemment, les droits américain, anglais et français⁷⁴. La possibilité d'opérer ces références paraît en quelque sorte implicite, pourvu que ces références soient justifiées⁷⁵ et qu'elles respectent des limites dogmatiques : elles ne doivent pas aller à l'encontre d'un texte clair du droit national ; et l'usage de la comparaison doit être un critère interprétatif supplémentaire⁷⁶. Dans tous les cas, le droit comparé n'est que très rarement utilisé pour remplir des lacunes normatives⁷⁷.

- 66 Une étude concernant la période entre 1951 et 2007 a pris en considération deux mille dix-huit décisions : dans cinquante-neuf décisions seulement (soit 2 %) le Tribunal constitutionnel fédéral a opéré des références à des sources étrangères ou internationales dans le cadre d'une comparaison⁷⁸. Une autre étude a souligné que malgré l'augmentation des aspects internationaux des questions juridiques et malgré l'accès plus aisé au droit étranger, les références de droit comparé dans la jurisprudence constitutionnelle ont diminué⁷⁹. En effet, le nombre maximal de références a été atteint dans les années 1970, juste après l'introduction de l'opinion séparée⁸⁰. Une autre recherche qui arrive jusqu'à 2010 a identifié des références de droit étranger seulement dans 2,4 % des décisions⁸¹.
- 67 Certains facteurs favorisent l'usage du droit comparé par le Tribunal constitutionnel fédéral, et notamment les liens étroits entre la doctrine publiciste et la justice constitutionnelle. Ces liens dérivent du fait que les juges peuvent continuer d'enseigner dans les cours de droit⁸². En effet, les juges qui viennent des universités sont plus portés à utiliser le droit comparé⁸³. En outre, des colloques bilatéraux ou multilatéraux entre les cours constitutionnelles européennes permettent aux juges d'accroître leur connaissance en droit comparé.
- 68 En revanche, certains facteurs s'opposent à l'usage du droit comparé. En particulier, le nombre d'affaires à trancher, le temps que la recherche comparatiste implique, les barrières linguistiques ainsi que la perception que le Tribunal a de lui-même et de son prestige, qui en fait un modèle plutôt qu'un récepteur de jurisprudence étrangère, ce qui peut avoir contribué à la diminution des références⁸⁴. Cela dit, il faut quand même constater que seules les références explicites peuvent être identifiées, alors que la circulation des arguments tirés du droit comparé et le rôle joué par celui-ci dans l'élaboration des décisions ne peuvent pas être mesurés.

4.2. Espagne

- 69 Le droit public comparé joue un rôle intéressant, d'un point de vue qualitatif, dans la jurisprudence des hautes cours espagnoles, en particulier dans la jurisprudence constitutionnelle⁸⁵. Bien que

quantitativement les exemples de citations de droit comparé ne soient pas très élevés, il est vrai que dans la construction du contenu essentiel des droits fondamentaux, les instituts, définitions et limites des systèmes juridiques et de la jurisprudence étrangers sont facilement identifiables⁸⁶. Mais, plus important encore, le Tribunal constitutionnel lui-même a reconnu dans l'arrêt n° 198/2012, du 6 novembre, que l'interprétation évolutive de la Constitution est liée à l'idée de culture juridique, et celle-ci, à son tour, se construit, entre autres, avec des éléments de « droit comparé qui se produit dans un environnement socioculturel proche ». Il y a donc une reconnaissance expresse de la possibilité d'intégrer l'interprétation constitutionnelle avec le recours au droit comparé.

4.3. France

- 70 L'impact du droit comparé sur la pratique jurisprudentielle est particulièrement difficile à évaluer. Dans le cas français, la difficulté est encore majorée en raison de la brièveté des arrêts et décisions et de l'absence de références doctrinales et jurisprudentielles. Le secret des délibérés et l'absence d'opinions séparées contribuent à cette difficulté. Comme dans de nombreux autres systèmes, c'est au sommet de la hiérarchie des juridictions que l'usage du droit comparé devient plus important, en raison des questions fondamentales traitées et de l'ambition d'une portée plus générale des jurisprudences.
- 71 En l'absence de références explicites, l'une des façons pour reconnaître l'importance de la comparaison est l'existence d'un rôle spécifique pour le droit comparé dans les services internes des juridictions. De ce point de vue, le Conseil d'État a été le premier à se doter d'une telle structure : créée en 2008, la cellule de droit comparé se situe dans le cadre du Centre de recherches et de diffusion juridiques ; elle est placée auprès du vice-président du Conseil d'État⁸⁷ et elle est composée de trois personnes contractuelles à plein temps qui s'occupent des systèmes de *common law*, du droit espagnol et italien et du droit allemand. Cette cellule, qui produit environ vingt-cinq recherches par an, est sollicitée par les rapporteurs mais aussi par les membres de la section consultative.

- 72 Les conclusions du rapporteur public sont, à la différence des arrêts, des sources qui permettent d'évaluer l'ouverture au droit comparé du Conseil d'État. Celle-ci a progressivement augmenté dans les vingt dernières années, notamment dans les affaires concernant les rapports entre systèmes juridiques⁸⁸ (contrôle de conventionnalité), et concernant les droits fondamentaux et des questions complexes telles l'acharnement thérapeutique et la fin de vie⁸⁹.
- 73 Pour le Conseil constitutionnel, il est désormais possible d'accéder aux archives des délibérés vingt-cinq ans après, et non soixante comme c'était le cas avant la loi organique de 2008⁹⁰. Cela permet d'étudier le rôle du droit comparé dans les décisions de la première période d'existence du Conseil. À travers une telle étude, deux périodes ont été identifiées. Pendant une première période de 1958 à 1986, celui-ci montre vis-à-vis du droit comparé une totale « indifférence »⁹¹. Dans une deuxième période, de 1986 à 1994, le droit comparé fait son apparition sous la présidence de Robert Badinter. Dans cette période « d'ouverture au droit comparé »⁹², le Conseil en fait un usage prudent mais documenté dans sept décisions. Ce n'est que très récemment, en 2016, que la recherche comparée a connu une professionnalisation au sein du Conseil, qui reste marginale : il existe désormais une personne chargée de mission, qui travaille ponctuellement avec des stagiaires. Auparavant, c'était le service de la documentation qui s'occupait des éventuelles recherches de droit comparé. La chargée de mission produit des notes de droit comparé qui sont transmises notamment aux rapporteurs des affaires. Pour ce qui est de leur usage et du niveau d'approfondissement, il convient de garder à l'esprit les délais très stricts qui encadrent le travail du Conseil constitutionnel, entre un mois pour les décisions en contrôle à priori et trois mois pour les QPC.

4.4. Italie

- 74 Définir le rôle du droit public comparé dans la pratique jurisprudentielle est une tâche assez difficile à remplir. Cela pour plusieurs raisons.
- 75 D'abord, au-delà du clivage droit public / droit privé, c'est l'approche au droit comparé des juridictions qui a connu une évolution

remarquable au cours des dernières décennies, et cette évolution est, vraisemblablement, encore en cours, ce qui rend très compliquée la tâche de broser les traits essentiels du sujet, surtout en sachant qu'ils pourraient changer de manière significative en très peu de temps.

- 76 En outre, une difficulté majeure se pose eu égard à la référence générale aux juridictions, car l'attention vers le droit comparé est loin d'être uniforme : en raison des affaires qui sont traitées et, surtout, des moyens qui sont offerts pour la recherche comparatiste, force est de constater que l'impact du droit comparé sur l'élaboration des décisions s'accroît au fur et à mesure que l'on monte vers les cours de dernière instance. La Cour de cassation et le Conseil d'État font sans doute un usage du droit comparé plus fréquent que les juridictions de première et de deuxième instance, qui, d'ailleurs, ne se tournent que très rarement vers la comparaison juridique. Mais, en réalité, même les juridictions suprêmes ne regardent les systèmes étrangers que de manière assez épisodique, ce qui amène à devoir reconnaître que c'est seulement dans la jurisprudence constitutionnelle que le droit comparé a acquis une place qui n'est pas marginale (bien qu'on ne puisse pas proprement la définir d'envergure).
- 77 Une fois l'impact du droit comparé affiché, le problème devient celui de le mesurer. Une analyse de la jurisprudence constitutionnelle de 2005 à 2020 montre que des références de droit étranger ou de droit comparé figurent dans soixante-deux décisions, soit 3,9 décisions en moyenne par an⁹³. Compte tenu du nombre total de décisions rendues dans les seize années analysées (5 517), les décisions ayant au moins une référence de droit étranger ou comparé ne sont que 1,2 %. À première vue, ces chiffres devraient conduire à négliger l'importance du droit comparé dans la jurisprudence constitutionnelle ; pourtant, une telle conclusion serait pour le moins contestable. À cet égard, on pourrait surligner une tendance à l'augmentation progressive des références, mais ce n'est pas tellement une question de chiffres : l'aspect fondamental à retenir tient au fait que la Cour constitutionnelle ne fait de références expresses au droit étranger ou au droit comparé que lorsque ces références lui sont utiles afin de justifier sur le plan rationnel la solution adoptée. Puisque le droit comparé n'a aucune valeur contraignante et donc que son emploi se fait sur la base de l'utilité

que le juge en tire, la référence ne devient expresse que si son introduction dans les motifs apporte des bénéfices dans le but d'asseoir la légitimité de la solution. Si, au contraire, la référence s'avère inutile ou, pire, si elle risque d'affaiblir l'argumentation (par exemple, parce que le droit comparé démontre que la solution adoptée par la Cour constitutionnelle est différente de celles des autres juridictions constitutionnelles), alors il n'y a pas de raison pour la Cour de l'intégrer dans la décision.

- 78 Or, le fait de décider de ne pas mentionner les autres systèmes est, en soi, le résultat d'une recherche de droit comparé, d'où l'impossibilité de qualifier les soixante-deux décisions ayant des références comme les seules pour lesquelles le droit comparé a été pris en considération. Par ailleurs, puisque nous ne sommes pas en mesure de déterminer si le défaut de références dans une décision est le résultat de l'omission de la recherche comparatiste ou d'un choix opéré sur la base de celle-ci, il est impossible d'identifier avec précision l'étendue de l'impact du droit comparé sur la pratique jurisprudentielle.
- 79 Cela dit, l'expression la plus évidente de l'importance que l'on reconnaît au droit comparé vient peut-être de l'organisation des services de la Cour, et en particulier du service des études, au sein duquel une section de droit comparé a été créée à la fin des années 1980. À présent, la section, d'une part, prépare des recherches visant à offrir un aperçu comparatiste sur les principales affaires en instance⁹⁴ et, de l'autre, rédige des alertes concernant l'actualité constitutionnelle de plusieurs pays (en particulier, Allemagne, Espagne, États-Unis, France, Royaume-Uni)⁹⁵.

NOTES

1 R. BERNHARDT, « Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 24, 1964, p. 431.

2 Cf. E. RABEL, « Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung » (1924), in H. G. LESER (sous la direction de), Ernst Rabel, *Gesammelte Aufsätze*, vol. III : *Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung*, Tübingen, Mohr, 1967. Son discours sur les objectifs de la comparaison

juridique fait la synthèse de son idée de méthode fonctionnelle. Sur son importance, cf. I. SCHWENZER, « Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria », in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (sous la direction de), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2^e éd., 2019, p. 60-62.

3 D. J. GERBER, « Sculpting the agenda of comparative law : Ernst Rabel and the facade of language », in A. RILES (sous la direction de), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Oxford-Portland, Hart, 2001, p. 190 et suiv.

4 Cf. D. KAUFMANN (sous la direction de), *Geschichte der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft im Nationalsozialismus*, Göttingen, Wallstein, vol. 2, 2000.

5 À la seconde moitié du XIX^e siècle remontent la *Gesellschaft für vergleichende Rechts - und Staatswissenschaft* (Association pour la science comparative juridique et politique) et la *Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre* (Association internationale pour la science comparative juridique et l'économie politique) : www.gfr.jura.uni-bayreuth.de.

6 Cf. K. ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 15, 1949/50, p. 5-21.

7 K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 1^{re} éd, 1969.

8 A. TSCHENTSCHER, « Dialektische Rechtsvergleichung – Zur Methode der Komparistik im öffentlichen Recht », *JuristenZeitung*, vol. 62, n° 17, 2007, p. 810. Cette opinion a été partagée par K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, op. cit., vol. I – *Grundlagen* (1971), p. 70.

9 R. GROTE, « Rechtskreise im öffentlichen Recht », *Archiv des öffentlichen Rechts* vol. 126, 2001, p. 17.

10 C.-D. VON BUSSE, *Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2015, p. 294-296. Cf. également A. TSCHENTSCHER, op. cit., p. 815.

11 Si l'on ne cite que les monographies, deux ouvrages se distinguent : M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, 1950, (rééd. Madrid, Alianza, 1999), et D. LÓPEZ GARRIDO, *Derecho constitucional comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- 12 Parmi les ouvrages de droit privé, seulement l'*Atlas de Derecho Privado Comparado*, édité par J. A. FERNÁNDEZ CAMPOS (université de Murcia) et R. VERDERA SERVER (université de Valence) et publié par le Consejo General del Notariado.
- 13 B. MARKESINIS, *Juges et universitaires face au droit comparé*, Dalloz, 2006, p. 163.
- 14 P. ALLORANT et W. BADIER, « La Société de législation comparée : boîte à idées du parlementarisme libéral de l'Empire libéral à la République opportuniste », Clio@Themis [Online], 13 | 2017. URL : <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=844>.
- 15 G. RICHARD, « De la prudence à la critique : quelques avatars du modèle dans la comparaison des droits publics (fin du XIX^e – début XX^e siècles) », Clio@Themis [Online], 13 | 2017, URL : <https://publications-prairial.fr/cliothemis/index.php?id=889>.
- 16 *Ibid.*
- 17 R. SALEILLES, « Sur l'utilité, le but et le programme du Congrès », *Congrès international de droit comparé. Procès-verbaux des séances et documents*, 2 t., Paris, LGDJ, 1905, t. 1, p. 9-17.
- 18 G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique / Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*, éd. bilingue, Bologne, Bononia University Press, 2009 ; M. CARPENTIER, « Pour de nouveaux “modèles” de justice constitutionnelle », *Revue internationale de droit comparé*, n° 1-2016, p. 179-219.
- 19 R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1964.
- 20 M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s)*, Economica, 2^e éd., 2021.
- 21 Sur les rapports entre le droit comparé et les autres sciences, cf. G. RESTA, A. SOMMA et V. ZENO-ZENCOVICH (sous la direction de), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Milan, Mimesis, 2020.
- 22 À propos des rapports entre le droit comparé et les autres branches du droit, cf. A. SOMMA et V. ZENO-ZENCOVICH (sous la direction de), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Rome, Roma TrE-Press, 2021.
- 23 Globalement, le droit comparé a une longue tradition : cf. D. FOSTER, « Zur Methode des Rechtsvergleichs in der Rechtswissenschaft – On the Methods

for Comparative Law Research in Legal Studies », *Ancilla Iuris*, 2018, p. 99.

24 G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 26, n° 2, 1985, p. 411 et suiv. ;

G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, Elgar, 2016.

25 P. HÄBERLE, « Grundrechtsgeltung Und Grundrechtsinterpretation Im Verfassungsstaat – Zugleich Zur Rechtsvergleichung als „fünfter“ Auslegungsmethode », *JuristenZeitung*, vol. 44, n° 20, 1989, p. 913-919.

26 Cf. A. VON BOGDANDY, « Ius Constitutionale Commune En América Latina : A Regional Approach to Transformative Constitutionalism », in

A. VON BOGDANDY, E. FERRER MAC-GREGOR, M. MORALES ANTONIAZZI et F. PIOVESAN (sous la direction de), *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 3-23.

27 <https://www.vrue.nomos.de/en/>.

28 <https://germanlawjournal.com/>.

29 <https://verfassungsblog.de/>.

30 A. POSADA, *Tratado de derecho político*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1929.

31 Cf. F. RUBIO LLORENTE, « Estudio preliminar » dans Adolfo Posada, *Estudios sobre el régimen parlamentario en España*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1996, p. XI-LXXXIII.

32 N. PÉREZ SERRANO, *Escritos de derecho político*, sous la direction de N. PÉREZ-SERRANO JAUREGUI, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.

33 N. PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas, 1976.

34 Décret n° 92-70 du 16 janvier 1992.

35 En 2021, cinq postes des sections 01 et 02 mentionnaient officiellement le droit comparé dans le profil recherché pour le poste, sur les cent vingt-huit postes mis au concours entre maîtres de conférences et professeurs (<https://univ-droit.fr/actualites-de-la-recherche/47-vie-academique/26029-liste-des-postes-d-enseignant-chercheur-publies-et-ouverts-a-la-candidature>).

36 Voir le manuel des deux derniers professeurs en charge du cours à Paris : O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil, 6^e éd., 2021.

37 Sans prétendre à l'exhaustivité, une liste des chroniques actuellement présentes dans les revues françaises dédiées au droit public : chronique de droit constitutionnel étranger dans la *Revue française de droit constitutionnel* (RFDC) ; chronique de jurisprudence comparée de la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (RDP) ; chronique de législation et de jurisprudence de la *Revue internationale de droit comparé* (RIDC) ; « Chronique de droit constitutionnel comparé européen » créée en 2018 au sein de la *Revue du droit de l'Union européenne*, et la dernière en date de création, la « Chronique de droit constitutionnel comparé » de Titre VII. *Revue du Conseil constitutionnel*.

38 E. PICARD, « L'état du droit comparé en France, en 1999 », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, n° 4, octobre-décembre 1999, p. 885-915.

39 B. MARKESINIS, *Juges et universitaires face au droit comparé*, op. cit., p. 163 et s.

40 F. LARNAUDE, « Notre programme », RDP, tome premier, 1^{re} année, p. 10. Larnaude se rend compte de faire un choix novateur en le justifiant ainsi : « Il faut cesser de nous étonner et de considérer comme des anomalies ce qui ne rassemble pas de tous points à notre conception nationale et à nos habitudes. C'est pour cela que nous avons voulu ces chroniques faites par des hommes du pays. Il en résultera sans doute une bigarrure qui étonnera au premier abord. Mais nous voulons croire que le lecteur sera bientôt intéressé par ces récits qui le transporteront dans un milieu politique et intellectuel autre que celui où il vit d'ordinaire » (p. 8-9).

41 <https://www.persee.fr/collection/aijc>.

42 <http://juspoliticum.com/la-revue>.

43 <https://blog.juspoliticum.com/>.

44 Sur l'impact que la mise en place d'un cours portant sur l'introduction au droit comparé peut avoir sur la formation juridique, cf. A. PIZZORUSSO, « I "sistemi giuridici comparati" nel piano di studio della facoltà giuridica pisana », *Il Foro italiano*, 1995, vol. 118, n° 10, col. 383 et suiv.

45 Le développement du droit comparé et de son enseignement au sein des universités italiennes est analysé par V. VARANO et V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, 7^e éd., Turin, Giappichelli, 2021, p. 4 et suiv.

46 <http://www.dpce.it/>

47 <https://www.dirittocomparato.org/>

48 <https://www.sirdcomp.it/>

49 I. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 59.

50 C.-D. VON BUSSE, *op. cit.*, p. 296.

51 C.-D. VON BUSSE, *op. cit.*, p. 48.

52 W. HEUN, *The Constitution of Germany. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland, Hart, 2011, p. 12-20. Sur la réponse à Weimar, cf. P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, Giappichelli, 2^e éd., 2021, p. 155 et suiv.

53 C.-D. VON BUSSE, *op. cit.*, p. 53-54.

54 Cf. A. GALLEGU ANABITARTE, « La influencia extranjera en el Derecho Administrativo español desde 1950 a hoy », *Revista de administración pública*, 150, 1999, p. 75-114 ; Á. J. GÓMEZ MONTORO et F. SIMÓN YARZA, « La influencia del derecho extranjero en el derecho público español », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2016, n° 106, p. 73-118.

55 G. M. DE JOVELLANOS, *Memoria en defensa de la Junta Central*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1992.

56 A. ARGÜELLES, *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

57 Cf. F. TOMÁS Y VALIENTE, « Génesis de la Constitución de 1812. I. de muchas Leyes Fundamentales a una sola Constitución », *Anuario de Historia del Derecho español*, 1995, n° 65, p. 13.

58 Cf. J.-R. AYMES, « Le débat idéologique-historiographique autour des origines françaises du libéralisme espagnol : Cortès de Cadix et Constitution de 1812 », *Historia Constitucional. Revista electrónica de Historia constitucional*, 2003, n° 4 ; C. W. CRAWLEY, « French and English Influences in the Cortes of Cadiz. 1810-1814 », *Cambridge Historical Journal*, 1939, vol. 6, n° 2, p. 176-208 ; S. M. CORONAS GONZÁLEZ, « La recepción del modelo constitucional inglés como defensa de la constitución histórica propia (1761-1810) », in A. ROMANO (sous la direction de), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800* (Atti del Seminario Internazionale di Studi in memoria di Francisco Tomás y Valiente, Messina, 14-16 novembre 1996), Milan, Giuffrè, 1998, p. 615-643 ; J. M. PORTILLO VALDÉS, « ¿Existía una antigua Constitución española? El debate sobre el modelo inglés en España (1808-1812) », in A. ROMANO (sous la direction de), *op. cit.*, p. 545-

585 ; J. SEVILLA MERINO, *Las ideas internacionales en las Cortes de Cádiz*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977.

59 Ceci est reconnu par A. POSADA, *Tratado de derecho político*, op. cit., 143.

60 F. J. CORCUERA ATIENZA, « La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada », *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 2000, n° 2, p. 629-695.

61 L. AUCOQ, « De l'usage et de l'abus en matière de législation comparée », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, Librairie Cotillon, 1892.

62 E. SCHMIDT-ASSMANN et S. DAGRON, « Les fondements comparés des systèmes de droit administratif français et allemand », *Revue française d'administration publique*, 2008/3 (n° 127), p. 525-541 ; S. CASSESE, *La construction du droit administratif – France et Royaume-Uni*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 12.

63 V. le discours prononcé par Michel DEBRÉ devant le Conseil d'État le 27 août 1958 (Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la V^e République, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958*, vol. III, Paris, La Documentation française, 1991).

64 C. VINTZEL, « Renforcer le Parlement français : les leçons du droit comparé », *Jus Politicum*, n° 17, janvier 2017, <http://juspoliticum.com/article/Renforcer-le-Parlement-francais-Les-lecons-du-droit-compare-1146.html>.

65 D. MAUS, L. FAVOREU et J.-L. PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Paris, Economica, 1992. Voir, pour les rares passages sur le droit comparé, J.-P. COINTET, « L'écriture de la Constitution de 1958 : le poids de l'histoire », p. 41-48.

66 C. VINTZEL, « Renforcer le Parlement français : les leçons du droit comparé », op. cit.

67 <http://www.senat.fr/legislation-comparee-theme/index.html>.

68 Qui a fait l'objet d'une publication : *Droit comparé et territorialité du droit. Un cycle de conférences du Conseil d'État*, La documentation française, coll. « Droits et débats », 2017, tomes 1 et 2.

69 J.-M. SAUVÉ, « Droit comparé et territorialité du droit : vers une nouvelle régulation juridique transnationale ? », 14 décembre 2016, <https://www.con>

eil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/droit-compare-et-territorialite-du-droit-vers-une-nouvelle-regulation-juridique-transnationale#_ftnref14.

70 Une étude d'envergure sur la pénétration du droit comparé dans le cadre du droit constitutionnel est celle de G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, 10^e éd., Milan/Padoue, Wolters Kluwer/Cedam, 2019, p. 1 et suiv.

71 À l'égard des études de droit étranger et comparé qui ont débouché sur des documents pour servir à l'élaboration de la Constitution républicaine, cf. R. D'ORAZIO, « La documentazione per la Costituente: tra storia e comparazione costituzionale », *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2020, n° 3, <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2021/02/DOrazio-3-2020-3.pdf>.

72 A. TSCHENTSCHER, *op. cit.*, p. 807.

73 C.-D. VON BUSSE, *op. cit.*, p. 289 et suiv.

74 J. M. SMITS, « Comparative Law and its Influence on National Legal Systems », in M. REIMANN et R. ZIMMERMANN (sous la direction de), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2^e éd., 2019, p. 510.

75 A. M. CÁRDENA PAULSEN, *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Analyse der Heranziehung ausländischer Judikatur*, Hambourg, Verlag Dr. Kovač, 2009, p. 148.

76 A. M. CÁRDENA PAULSEN, *op. cit.*, p. 149-150.

77 S. HABERL, « Comparative Reasoning in Constitutional Litigation: Functions, Methods and Selected Case Law of the German Federal Constitutional Court », in G. F. FERRARI (sous la direction de), *Judicial Cosmopolitanism. The use of foreign law in contemporary constitutional systems*, Leyde-Boston, Brill-Nijhoff, 2020, p. 306.

78 A. M. CÁRDENA PAULSEN, *op. cit.*, p. 32. Cf. également A. SOMMA et S. HABERL, « Uso complementare della comparazione e giurisprudenza costituzionale nell'esperienza tedesca », in G. F. FERRARI et A. GAMBARO (sous la direction de), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 155.

79 A. TSCHENTSCHER, *op. cit.*, p. 808.

80 S. HABERL, *op. cit.*, p. 304 et pp. 310 et suiv.

81 S. MARTINI, « Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court », in T. GROPPi et M.-C. PONTTHOREAU (sous la direction de), *The Use of Foreign Law by Constitutional Judges*, Oxford-Portland, Hart, 2013, p. 241.

82 S. HABERL, *op. cit.*, p. 298.

83 S. GRAF VON KIELMANSEGG, « Foreign Precedents in Constitutional Litigation », in M. SCHMIDT-KESSEL (sous la direction de), *German national reports on the 19th International Congress of Comparative Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 651.

84 S. MARTINI, *op. cit.*, p. 242.

85 Cette question a suscité l'intérêt de la doctrine ces dernières années et il existe des études très intéressantes sur le sujet, comme les suivantes :

M. AHUMADA RUIZ, « The Spanish Constitutional Court », in A. JAKAB, A. DYEVE et G. ITZCOVICH (sous la direction de), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017 ; A. A. JIMÉNEZ ALEMÁN, « Universalismo y particularismo en el Tribunal Constitucional. Sobre su uso (y abuso) de los precedentes extranjeros », *Teoría y realidad constitucional*, 2017, n° 40, p. 530-559 ; M. REQUEJO ISIDRO et M. OTERO CRESPO, « Comparative Law before the Spanish Private Law Courts in the 21st Century », in M. ANDENAS et D. FAIRGRIEVE (sous la direction de), *Courts and Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015 ; M. S. SANTANA HERRERA, « El derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español », *Revista de derecho constitucional europeo*, 2010, n° 14, p. 427-447 ; P. J. TENORIO SÁNCHEZ, « El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español », *Revista española de derecho constitucional*, 2016, n° 108, p. 275-305 ; J. A. XIOL RÍOS, « El diálogo entre Tribunales », *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales*, XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Madrid, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

86 Cf. B. ALÁEZ CORRAL, F. BALAGUER CALLEJÓN, R. CANOSA USERA, M. J. GARCÍA MORALES, J. GARCÍA ROCA et P. PÉREZ TREMPs, « Encuesta : el método comparado en Derecho constitucional », *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, n° 41, p. 15-56.

87 H. ASCENSIO, « La Section du rapport et des études et la fonction internationale du Conseil d'État », *RFDA*, 2015, p. 254.

88 Pour ne faire qu'un seul exemple, les conclusions de M. GUYOMAR dans les affaires Arcelor (2007), Conseil national des barreaux (2008) et dans une moindre mesure Mme Perreux (2009) : v. intervention de J.-M. SAUVÉ, dans la journée d'études « La comparaison en droit public. Hommage à Roland Drago », vidéo en ligne <https://vimeo.com/87751999>.

89 Voir les conclusions de R. KELLER sur l'affaire Vincent Lambert (2014), publiées dans la RFDA, 2014, p. 657.

90 Loi organique n° 2008-695 du 15 juillet 2008 relative aux archives du Conseil constitutionnel.

91 E. ZOLLER, « Rétrospectives et perspectives sur la place du droit comparé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue de droit d'Assas*, n° 6-2021, p. 134-139.

92 *Ibid.*

93 Cf. P. PASSAGLIA, « L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Un tentativo di classificazione partendo dalla giurisprudenza del periodo 2005-2020 », in G. GONZALES MANTILLA (sous la direction de), *Cultura Constitucional y Derecho Vivente. Escritos en honor al profesor Roberto Romboli*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional del Perú, 2021, p. 379 et suiv. Sur l'usage du droit comparé par la Cour constitutionnelle, voir aussi, parmi les contributions les plus récentes, V. ZENO-ZENCOVICH, « The Italian Constitutional Court », in G. F. FERRARI (sous la direction de), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2019, p. 449 et suiv.

94 Une partie des recherches relatives à des affaires déjà définies est disponible sur le site internet de la Cour à la page : <https://www.cortecostituzionale.it/actionDirittoComparato.do>.

95 Les alertes à partir de 2020 sont disponibles à la page suivante : <https://www.cortecostituzionale.it/segnalazioniCorrenti.do>.

RÉSUMÉS

Français

Cette contribution analyse l'état du droit public comparé dans différents pays relevant de la tradition romano-germanique (Allemagne, Espagne, France et Italie), sous la forme de réponses à des questions concernant les

rapports de cette discipline avec le droit privé comparé, le rôle qui lui est propre au sein des universités, ainsi que son impact sur le droit positif et sur la jurisprudence.

English

The paper aims to analyze the state of comparative public law in four countries within the Romano-Germanic tradition. It takes the form of answers to questions concerning the relationships between comparative public law and comparative private law, as well as the specific role of comparative public law within universities, and its impact on positive law and case law.

INDEX

Mots-clés

droit public comparé, rapports avec le droit privé comparé, université, droit positif, jurisprudence

Keywords

comparative public law, comparative private law, university, positive law, case law

AUTEURS

Eleonora Bottini

Professeure de droit public à l'université de Caen Normandie ; codirectrice de l'Institut caennais de recherche juridique (ICREJ UR 967) ; elle a rédigé les paragraphes concernant la France.

IDREF : <https://www.idref.fr/140727507>

ORCID : <http://orcid.org/0009-0002-3275-1485>

HAL : <https://cv.archives-ouvertes.fr/eleonora-bottini>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000356813572>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16772683>

Itziar Gómez Fernández

Profesora Titular de droit constitutionnel à l'université Carlos III de Madrid ; *letrada* du Tribunal constitutionnel espagnol ; elle a rédigé les paragraphes concernant l'Espagne.

IDREF : <https://www.idref.fr/112897541>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000059439035>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/15520393>

Paolo Passaglia

Professeur de droit public comparé à l'université de Pise et coordinateur scientifique de la section de droit comparé du service des études de la Cour constitutionnelle italienne ; il a rédigé les paragraphes concernant l'Italie.

IDREF : <https://www.idref.fr/059210109>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000051811779>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/15579612>

Sabrina Ragone

Professoressa associata de droit public comparé à l'université de Bologne ; *Senior Research Affiliate* du *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, Heidelberg ; elle a rédigé les paragraphes concernant l'Allemagne.

IDREF : <https://www.idref.fr/230489311>

ISNI : <http://www.isni.org/000000043026228X>

Le droit chinois peut-il se comparer ?

Christine Chaigne

DOI : 10.35562/droit-public-compare.126

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. La doctrine juridique chinoise et le droit public comparé
 - 1.1. Le professeur Xu Chongde (许崇德) et le « constitutionnalisme » (宪政 *xianzheng*)
 - 1.2. Le professeur Han Dayuan (韩大元) et les droits de l'homme
 2. Le Parti-État chinois et le droit public comparé
 - 2.1. Le rejet absolu de notions occidentales, notamment celles de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice
 - 2.2. Le recours à des législations administratives étrangères dans des domaines techniques, celui de la sécurité biologique par exemple
- Conclusion

TEXTE

- 1 Le caractère chinois 法 *fa*, que nous traduisons habituellement et rapidement en français par « droit », ou par « loi » lorsqu'il est l'abréviation de 法律 *falü*, existe depuis probablement trois millénaires¹ : il est profondément enraciné dans la civilisation chinoise et, associé à deux autres notions aussi fondamentales que traditionnelles - 情 *qing* et 理 *li* -, il forme le triptyque 情-理-法 *qing-li-fa* (sens commun de valeurs humaines et sociales, principes célestes, lois pénales), quintessence de la culture juridique traditionnelle chinoise². Mais au début du xx^e siècle le caractère chinois 法 *fa* va recouvrir de nouvelles significations, venues de l'étranger. Vers la fin de la dernière dynastie impériale qui tombe en 1911 et pendant la république de Chine (1911-1949), le pays entend s'ouvrir à la modernité : il va, notamment, chercher au Japon ce que les Occidentaux nomment droit. Des codes, des lois, des dictionnaires, des manuels venus de l'étranger, reçus au Japon, et traduits en *kanjis* - caractères sino-japonais - sont alors à leur tour

traduits en chinois ; et le caractère chinois 法 *fa* est choisi pour traduire la notion occidentale de droit³. Toutefois les ingérences du pouvoir politique en particulier, puis la guerre sino-japonaise (1937-1945) et la guerre civile, ne permettent pas une réception durable de ces législations étrangères.

2 En 1949, le Parti communiste chinois (ci-après PCC) dirigé par Mao Zedong l'emporte sur le Parti nationaliste de Chiang Kaishek et de nouveau le pays connaît une rupture politique avec la fondation de la république populaire de Chine (ci-après RPC). Les quelques législations introduites par le régime précédent sont abrogées⁴ et la toute nouvelle République populaire se tourne résolument vers l'Union soviétique, y compris dans le domaine du droit, qu'il s'agisse d'institutions juridiques, de lois ou de l'enseignement du droit. La première constitution chinoise, adoptée en 1954, fait explicitement référence à la constitution soviétique de 1936⁵.

3 Par deux fois donc, au début puis au milieu du xx^e siècle, la Chine importe de l'étranger un droit dont elle ne dispose pas encore : un droit d'origine occidentale, en partie d'abord passé par le Japon, puis un droit soviétique. Ce sont des pans entiers de systèmes juridiques et judiciaires étrangers qui sont introduits dans le pays : ils ne marqueront pas la Chine de la même façon.

4 Les premiers emprunts de droits d'origine occidentale, essentiellement droits allemand et français, ne se posent pas sur une terre vierge : l'empire du Milieu avait sa propre tradition juridique que l'on peut récapituler sous le triptyque 情-理-法 *qing-li-fa* comme souligné plus haut. La réception de règles et d'institutions juridiques et judiciaires étrangères est alors d'une certaine façon animée, informée (au sens philosophique du terme) par la tradition juridique chinoise. Ce phénomène est d'autant plus naturel qu'à cette époque le droit français en particulier s'est coupé de ses origines. Tributaire de l'évolution de la pensée philosophique, et de la grave crise intellectuelle des xvii^e-xviii^e siècles, la notion de droit s'est émancipée de ses racines gréco-romaines. Et si des fils peuvent être tissés entre la tradition juridique chinoise et le droit romain, notamment autour des notions d'ordre, de justice et de concorde, tel n'est plus le cas avec les droits occidentaux du début du xx^e siècle, marqués par la modernité⁶.

- 5 Il n'est donc pas juste à notre sens d'affirmer que la Chine aurait une tradition de droit continental pour la raison essentielle qu'elle a importé du droit occidental -français et allemand- au début du xx^e siècle. La Chine avait et garde sa propre tradition juridique, même si celle-ci est largement réinterprétée aujourd'hui.
- 6 Ces premières importations de droits étrangers seront stoppées par l'emprise complète du PCC au milieu du xx^e siècle et le rejet d'un droit bourgeois. Il demeure toutefois qu'elles ont été essentielles par leur apport de la terminologie juridique⁷.
- 7 En revanche, l'empreinte soviétique sur les institutions de la Chine et son droit demeure. Han Dayuan, le grand constitutionnaliste contemporain que nous citerons longuement plus loin, le reconnaît lorsqu'il écrit récemment : « La Chine doit non seulement siniser le marxisme, mais aussi siniser le droit constitutionnel ». Il ajoute : « Pour réfléchir à l'avenir de la constitution socialiste chinoise, il faut étudier le processus de traduction et de diffusion de la constitution soviétique en Chine, et lire divers documents chinois sur la constitution soviétique. ⁸ » Relevons par parenthèses qu'il s'agit bien là, aussi, de droit public comparé.
- 8 Un autre élément fondamental de continuité avec le droit et les institutions soviétiques doit être souligné. Depuis la victoire du PCC et la proclamation de la RPC le 1^{er} octobre 1949, le Parti communiste est tout et l'État n'est rien ou presque rien. C'était vrai à l'époque de Mao Zedong, c'est encore vrai à l'ère Xi Jinping, peut-être dans une moindre mesure parce que – probablement pour des raisons de survie – le Parti a aujourd'hui le souci de ce qu'on pourrait appeler la « juridicisation » de ses politiques. Des institutions étatiques existent cependant ; le chapitre trois de la constitution de 1982 leur est entièrement consacré : il y a une Assemblée populaire nationale (ci-après APN), un président de la République, un Conseil des affaires de l'État (国务院 *guowuyuan*, aussi appelé gouvernement central), une Commission militaire centrale, des assemblées populaires locales et des gouvernements locaux, des organes d'administration autonome pour les régions autonomes, une commission de surveillance créée lors de la révision de la Constitution en 2018, et, enfin, dans la dernière section de ce chapitre, sont mentionnés les tribunaux et les parquets populaires. Mais ce sont aujourd'hui encore largement des

institutions de façade ; il faut sans cesse le rappeler : l'État en RPC est un Parti-État⁹.

- 9 Le Parti communiste, et lui seul, tient les rênes du pouvoir, conduit, dirige, guide, gouverne le pays (治国 *zhi guo*). Il qualifie cela de *leadership* du PCC (中国共产党领导 *Zhongguo gongchandang lingdao*)¹⁰ et il le revendique clairement. Ce pouvoir, qui est une puissance d'orientation, de direction, de pilotage de la nation est posé dans les statuts du Parti¹¹, et, depuis peu, également dans la Constitution de 1982. L'article 1^{er} disposait : « Le régime socialiste est le régime fondamental de la RPC ». Lors de l'amendement de la Constitution en 2018, est ajoutée aussitôt après la précision suivante : « Le *leadership* du PCC est la caractéristique essentielle du socialisme aux caractéristiques chinoises. »¹²
- 10 Dans ce contexte, les normes effectives sont d'abord politiques. Certaines deviennent éventuellement juridiques après être passées par des canaux étatiques ; mais c'est bien toujours le Parti qui en a l'initiative, en maîtrise l'application et même la contrôle, parfois au travers du juge, du procureur, de la sécurité publique ou de la police. Nous reprenons volontiers le récent propos un peu cynique (ou réaliste ?) du professeur Steve Tsang¹³, spécialiste de la Chine contemporaine, à propos de l'enjeu de sécurité biologique et de la loi dans ce domaine adoptée en 2020, peu de temps après la découverte du covid-19 (nous évoquons cette loi longuement plus loin) : « Il est bien sûr positif que le gouvernement chinois estime devoir prendre un tel défi au sérieux [le défi de la sécurité biologique], mais l'adoption d'une loi dans un système léniniste n'entraîne généralement pas les changements escomptés ». ¹⁴
- 11 Il n'empêche qu'un des derniers slogans officiels, sur la gouvernance du pays (par le PCC) en s'appuyant sur la loi (依法治国 *yi fa zhi guo*)¹⁵, met précisément la loi au centre de toutes les attentions. Est-ce parce que la loi peut être perçue comme dissociée du Parti, moins arbitraire ? Cette interprétation est d'autant plus plausible que la règle s'applique aussi pour le Parti est-il régulièrement rappelé : « le PCC exerce le pouvoir politique en s'appuyant sur la loi (以法执政 *yi fa zhi zheng*) » Aujourd'hui, même la gouvernance de la rue s'appuie sur la loi (依法治路 *yi fa zhi lu*) ; le slogan est inscrit sur des pancartes bleues un peu partout dans les villes. Et, *a fortiori*, la mise en

quarantaine d'une ville doit s'appuyer sur la loi (依法城镇 *yi fa cheng suo*), comme si le recours à la loi était une garantie de légitimité, de protection des citoyens.

- 12 Soulignons ici un paradoxe. La loi est visiblement devenue le fondement officiel de toute décision, de tout programme, à tous les niveaux, dans toutes les sphères. Mais dans le même temps, les dirigeants du pays se désolent du peu d'application des lois. Le président Xi Jinping déplorait par exemple dans cette même *Décision* de 2014 (note 15) :

Il y a des lois mais on ne s'y conforme pas, il y a une application de la loi mais elle n'est pas rigoureuse, les violations de la loi ne font pas l'objet de poursuites : ces phénomènes sont relativement graves (有法不依、执法不严、违法不究现象比较严重, *you fa bu yi, zhi fa bu yan, wei fa bu qiu xianxiang bijiao yanzhong*). [...] Il arrive que la loi soit sciemment violée, qu'un mot (ou la parole) remplace la loi, que le pouvoir écrase la loi, et que la loi soit détournée à des fins personnelles (知法犯法、以言代法、以权压法、徇私枉法 *zhi fa fan fa, yi yan dai fa, yi quan ya fa, xun si wang fa*)¹⁶.

- 13 Et en 2021 encore, au lendemain de l'adoption du Code civil, présidant une étude du bureau politique du comité central du Parti sur la mise en œuvre effective de ce Code, le secrétaire général du Parti, Xi Jinping, regrettait la non efficacité de la loi, et détaillait même ses limites ; il posait la question de savoir comment améliorer le plus vite possible le système de lois (法律体系 *fa lu ti xi*) et proposait : « Pour renforcer la pertinence, l'applicabilité et l'opérabilité de l'activité normative (增强立法的针对性、适用性、可操作性), nous pouvons nous attaquer à de "gros morceaux", mais aussi à des "petits rapides et agiles (malins, maniables, incisifs)" (可以搞一些‘大块头’, 也要搞一些‘小快灵’ *keyi gao yi xie « da kuai tou », ye yao gao yi xie « xiao kuai ling »*) »¹⁷. Xi Jinping signifiait par-là la possibilité d'accélérer la procédure législative en simplifiant la forme de la loi¹⁸.
- 14 Soulignons aussi que le département de la propagande du PCC et le ministère de la Justice ont adopté récemment le huitième plan quinquennal (2021-2025) de vulgarisation du droit (« 八五 » 普法规划 « *ba wu » pufa guihua*) : c'est dire que la marche vers le respect habituel de la loi est encore longue.

- 15 Le citoyen chinois est naturellement méfiant par rapport à la loi, peut-être précisément parce qu'il y a une certaine confusion entre le Parti et la loi. Il y a, en tous cas, une confusion certaine entre le pouvoir politique et le pouvoir administratif, entre le Parti et la loi administrative. Il n'est alors pas surprenant d'observer que, si l'on considère l'ensemble des lois adoptées par l'APN (les lois fondamentales du pays) ou par le Comité permanent de l'APN (les autres lois), les lois administratives sont les plus nombreuses ; il y en a même trois fois plus que de lois civiles et commerciales. L'APN référence 131 lois administratives depuis septembre 1958, dont 128 depuis 1994 seulement¹⁹, alors qu'elle référence à peine 43 lois civiles et commerciales depuis 1985²⁰.
- 16 Parmi les lois administratives les plus récentes, on citera les lois sur l'éducation de juin 2022, sur le classement des soldats de l'armée populaire de libération en service de février 2022, sur la prévention et le contrôle de la pollution sonore de décembre 2021, sur le service militaire et les médecins d'août 2021, sur les sanctions administratives de janvier 2021, sur l'évaluation des incidences sur l'environnement de juillet 2016, sur les prisons d'octobre 2012. Une loi sur la sécurité biologique d'octobre 2020 retiendra notre attention plus loin.
- 17 Par cette longue introduction, nous voulions préciser le contexte historique, politique et juridique de notre réflexion, souligner combien l'État et ses institutions sont « guidées » par le Parti, et le juridique soumis au politique. Pour éviter de considérer le « droit » chinois à l'aune du droit français, nous mettrons le terme « droit » entre guillemets lorsqu'il s'agit du « droit » chinois. Il importait de souligner aussi la prépondérance du « droit » public dans le paysage juridique chinois.
- 18 Le droit public comparé (比较公法 *bijiao gongfa*), en tant que discipline ou pratique, occupe une place nettement plus récente et moindre. Certains grands noms de la doctrine juridique chinoise s'intéressent en particulier au droit constitutionnel comparé, dans un but précis (1). Le Parti-État s'intéresse également à des notions de droit constitutionnel ou à des réglementations administratives étrangères, lorsqu'il y est contraint (2).

1. La doctrine juridique chinoise et le droit public comparé

- 19 Il existe un site national chinois de droit public comparé. Créé en 2003 sous un autre nom, il fonctionne sous sa forme actuelle depuis 2020 : <http://calaw.cn>²¹. Il y a deux versions, une en chinois, l'autre en anglais. La version en anglais n'est pas la traduction de la version en chinois : nettement plus courte, elle est limitée à une présentation générale. Nous nous référons à la version en chinois du site, avec parfois des extraits de la version en anglais. Quant aux articles que nous commentons plus loin, ils existent seulement dans leur version originale en chinois.
- 20 Le site est élaboré au sein de la prestigieuse et très politique université du peuple à Pékin (*Renmin daxue*). Dès les toutes premières lignes, il est présenté – seulement dans la version en chinois – comme concernant des « disciplines nationales essentielles », à savoir le droit administratif et constitutionnel. D'où son appellation officielle, en anglais : « *calaw* », pour « *Constitutional and Administrative Law* ». L'expression « disciplines nationales essentielles » nous paraît un peu exagérée : l'omniprésence du PCC et la confusion entre le politique et l'administratif ne leur laissent en réalité pas beaucoup de place.
- 21 La portée internationale du site est clairement recherchée et affichée. Il est écrit à la fin de cette brève présentation que le site voudrait devenir un forum pour la recherche et la pratique judiciaire en matière de droits constitutionnel et administratif en Chine, ainsi qu'un site académique spécialisé avec une grande influence en Chine et à l'étranger, reconnu par la communauté académique, afin de contribuer à la recherche en théorie du droit en Chine, et à l'établissement d'un pays socialiste conduit en s'appuyant sur la loi.
- 22 Le site est présenté en cinq onglets différents dont nous reprenons les titres dans la version en anglais : *Public Law Scholars*, *Constitutional Law Study*, *Administrative Law Study*, *Law Reviews*, *Legal Essay*. Sur la page d'accueil du site, parmi les noms d'auteurs qui figurent dans une première colonne, sous la rubrique intitulée *staffs* dans la version anglaise, nous retrouvons une personnalité déjà

célèbre lorsque nous commençons en Chine nos propres recherches en droit constitutionnel chinois dans les années 2002-2004 ²² : le professeur Xu Chongde, décédé en 2014. Plusieurs de ses articles concernent le droit constitutionnel comparé, et il nous paraît pertinent de nous arrêter sur l'un d'entre eux, à propos du constitutionnalisme (1.1). Un autre très grand nom de la doctrine, contemporain, est cité : le professeur Han Dayuan, lui aussi constitutionnaliste et comparatiste. Nous nous pencherons sur un de ses articles, consacré aux droits de l'homme (1.2).

1.1. Le professeur Xu Chongde (许崇德) et le « constitutionnalisme » (宪政 *xianzheng*)

- 23 Le premier ouvrage de Xu Chongde sur le droit constitutionnel a été publié en 2003, par l'École du Parti communiste chinois. Le site référence aussi 242 articles ! Plusieurs sont mis en ligne sur le site lui-même, parmi lesquels « le constitutionnalisme et le choix inévitable du socialisme » paru en 2011 dans une collection intitulée *Socialisme constitutionnel* (宪政社会主义论丛 *xianzheng shehuizhuyi luncong*) ²³. Il y a de nombreux éléments de droit constitutionnel comparé dont nous allons tenter de rendre compte.
- 24 Une première remarque, d'ordre terminologique, nous paraît essentielle. Le terme constitutionnalisme, objet même du propos de l'auteur, est la traduction habituelle en français du terme chinois 宪政 *xianzheng* : elle nous pose problème. Soulignons d'abord que deux autres expressions, 立宪主义 *lixianzhuyi* et 宪法主义 *xianfazhuyi*, sont toutes deux également traduites en français par constitutionnalisme, alors qu'elles sont différentes en chinois. Cela témoigne à notre sens d'une difficulté. Relevons aussi que les termes avec un suffixe en « isme » (léninisme, capitalisme, socialisme) sont rendus en chinois par 主义 *zhuyi*, ce qui est bien le cas des deux dernières expressions mais pas de 宪政 *xianzheng*. Enfin, si 立宪主义 *lixianzhuyi* et 宪法主义 *xianfazhuyi* ont un sens immédiatement compréhensible ²⁴, tel n'est pas le cas de 宪政 *xianzheng*. Il est plus complexe parce qu'il est une contraction en deux caractères d'une expression en cinq caractères 依宪行政 *yi xianfa xing zheng* qui signifie administrer en s'appuyant sur la constitution : tel n'est pas le sens de la notion de

constitutionnalisme. En outre, il s'agit d'une expression verbale et non pas nominale. Ces remarques linguistiques devraient suffire pour considérer que la traduction habituelle de 宪政 *xianzheng* par constitutionnalisme n'est pas la meilleure. Si, malgré tout, nous l'adoptons, nous entrons dans un dialogue de sourds : les traductions nous piègent parfois.

- 25 De fait, il nous paraît inapproprié de parler de constitutionnalisme dans la Chine du ^{xx}^e ou début ^{xxi}^e siècle, du moins pas dans le sens contemporain du terme²⁵. Sans doute est-il possible d'utiliser cette expression pour qualifier le mouvement en faveur d'un régime de monarchie constitutionnelle vers la fin du ^{xix}^e siècle (fin de la dynastie Qing), puis les débats qui continueront au début du ^{xx}^e siècle. Mais depuis la fondation de la RPC en 1949, évoquer la question du constitutionnalisme en Chine, c'est la dissocier d'une conception libérale du droit public (selon la remarque du professeur Philippe Raynaud ci-dessous), étendre la notion à un contexte singulier et tendre nous semble-t-il vers une assimilation abusive. Le lecteur s'en rendra compte lui-même un peu plus loin.
- 26 Mais alors comment traduire l'expression 宪政 *xianzheng*, notamment lorsqu'elle est utilisée par Mao Zedong ? En réalité, nous n'avons pas le choix parce que 宪政 *xianzheng* est le terme chinois qui a été choisi pour traduire le terme anglais *constitutionalism*. Si *constitutionalism* est traduit par 宪政 *xianzheng*, alors il est difficile de traduire 宪政 *xianzheng* autrement que par *constitutionalism*, ce qui devient constitutionnalisme en français. Il importe toutefois de réaliser que, ce faisant, d'une part on assimile le *constitutionalism* anglais et le constitutionnalisme français, ce qui ne devrait pas aller de soi, et d'autre part on traduit une traduction.
- 27 Ayant averti le lecteur de la difficulté, et notre propos principal étant de considérer le droit public comparé en Chine, nous gardons le terme constitutionnalisme pour traduire 宪政 *xianzheng* mais nous le mettons entre guillemets.
- 28 Dans son article, le professeur Xu Chongde commence naturellement par faire référence à l'autorité suprême, Mao Zedong, et à la définition du « constitutionnalisme » donnée par ce dernier.

Dans sa publication de 1940, « Le “constitutionnalisme” de la nouvelle démocratie (新民主主义的宪政 *xin minzhuzhuyi de xianzheng*) », Mao Zedong a proposé une définition classique du « constitutionnalisme » : « Qu’est-ce que le “constitutionnalisme” ? C’est la politique de la démocratie (民主的政治 *minzhu de zhengzhi*) »²⁶.

- 29 Le professeur Xu rappelle ensuite l’analyse marxiste faite par Mao Zedong qui distingue un « constitutionnalisme » capitaliste, socialiste, et un « constitutionnalisme » de la nouvelle démocratie ; Mao avait prédit : « dans le futur tout le monde pratiquera la démocratie socialiste (社会主义的民主 *shehuizhuyi de minzhu*) ».
- 30 Suit une analyse sémantique de l’expression 宪政 *xianzheng*. Le fait, explique-t-il, que dans 宪政 *xianzheng* le premier caractère soit 宪 *xian* (premier caractère du terme constitution en chinois -宪法 *xianfa*-), « montre qu’il s’agit d’une politique qui fonctionne conformément aux dispositions de la constitution. Donc “constitutionnalisme” et constitution sont dans leur essence les deux faces d’une même réalité : la constitution est la prémisse et la base du “constitutionnalisme” et le “constitutionnalisme” est le fonctionnement et la mise en œuvre de la constitution ».
- 31 Faisant référence à des pays étrangers, le professeur en conclut : « Les pays occidentaux comme les États-Unis, la France, et l’Angleterre ont des constitutions capitalistes, donc le constitutionnalisme de ces États est un constitutionnalisme capitaliste. »
- 32 Xu Chongde se tourne alors vers la constitution de son pays :

La constitution de la RPC est une constitution socialiste, c’est l’expression unifiée de ce que prône le Parti et de la volonté du peuple ; en conséquence, notre « constitutionnalisme » est un « constitutionnalisme » socialiste, et notre socialisme est un socialisme constitutionnaliste, au sein duquel le peuple est vraiment le maître, sous la direction du Parti communiste.

Tout est dit.

- 33 Xu Chongde cite ensuite l'article 5 de la constitution, bien connu : « La République populaire de Chine pratique la conduite du pays (la gouvernance) en s'appuyant sur la loi, édifie un État socialiste gouverné en s'appuyant sur la loi. »²⁷

L'auteur explique alors ce qu'il faut entendre par « conduire le pays en s'appuyant sur la loi » : « C'est exercer le pouvoir dans le cadre de la constitution et des lois, et ce que nous nous efforçons de mettre en place, c'est une politique avec le peuple comme maître, fondée sur la constitution. »²⁸

- 34 Il reste à préciser ce que représente cette constitution. Xu Chongde rappelle la définition posée en 2003 lors de la troisième session plénière du 16^e comité central du PCC²⁹ :

La constitution de la République populaire de Chine est la loi fondamentale du pays, la règle générale pour gouverner et pacifier le pays, le fondement légal pour maintenir l'unité nationale, l'unité des différentes nationalités, le développement économique, le progrès social, la paix et la stabilité à long terme.

- 35 Il avait été ajouté à cette époque : « La pratique prouve que la constitution actuelle est une bonne constitution qui correspond aux conditions du pays ». Cet argument fondé sur les conditions, les circonstances ou sur la situation propre à la Chine est régulièrement mobilisé pour justifier les choix particuliers des autorités.

- 36 C'est dans les paragraphes suivants qu'il est question de comparaisons avec l'Occident, et dans un but précis : montrer qu'il n'est pas nécessaire pour la Chine de s'occidentaliser parce que ce qui existe ailleurs, et paraît aujourd'hui incontournable, existe déjà dans le pays, depuis bien longtemps.

Utiliser le terme « constitutionnalisme » ne signifie pas que nous devons adopter le système politique de l'Occident. [...] Notre « constitutionnalisme » relève bien sûr du socialisme. Les Chinois parlent de « constitutionnalisme » depuis des centaines d'années, et le socialisme chinois se développe, les voies de la réforme et de l'ouverture s'élargissent, et on ne voit pas que parler de « constitutionnalisme » nuise au développement vigoureux du socialisme.

37 Il est intéressant de noter que Xu Chongde parle bien du terme « constitutionnalisme », c'est à dire 宪政 *xianzheng*, et non pas ici de la notion occidentale.

38 Allant encore plus loin, et dans une démarche identique à celle du professeur Han Dayuan à propos des droits de l'homme, que nous évoquons plus loin, Xu affirme :

Si nous considérons l'histoire de la Chine, le « constitutionnalisme » n'est pas un produit étranger, mais il est proprement chinois. Il est mentionné dès la période des Printemps et Automnes et des Royaumes combattants [VIII^e-III^e siècles avant notre ère], dans le *Livre des Shang* [...] puis dans le *Livre des Tang* [...]. Il existe beaucoup de registres de ce type en Chine, qui remontent à une époque bien antérieure à la montée du constitutionnalisme (立宪主义 *lixian zhuyi*) en Occident. Ce n'est qu'à la fin de la dynastie Qing que les Chinois ont abordé le régime constitutionnaliste occidental (西方立宪制度 *xifang lixian zhidu*) ; comme ils n'avaient pas de nom pour ce système, ils ont utilisé l'appellation que l'on trouve dans les anciens livres chinois et l'ont désigné sous le nom de « 宪政 *xianzheng*, constitutionnalisme ».

39 Le célèbre professeur continue sa démonstration et, pour nous convaincre de l'origine chinoise de la notion de « constitutionnalisme », va jusqu'à utiliser un argument linguistique :

Il est superflu de préciser que si cette terminologie occidentale était arrivée en Chine, elle aurait fait l'objet d'une équivalence chinois/anglais en vis-à-vis. Par exemple, 民主, *democracy* en anglais ; 自由, *freedom* [sic] en anglais ; 平等, *equality* en anglais, etc., permettant de voir au premier coup d'œil qu'il s'agit de termes importés. Mais pour 宪政 *xianzheng*, comme il s'agit d'un terme né en Chine, il n'existe pas d'équivalent exact tout prêt en anglais. [...]

40 Cette dernière remarque confirme aussi notre propos : la traduction de 宪政 *xianzheng* en anglais par *constitutionalism* n'est pas la meilleure. Nous ne pensons pas que le professeur Xu lisait couramment l'anglais, et s'il avait accès aux notions occidentales de démocratie, liberté, égalité, ou constitutionnalisme, c'est par le truchement de traductions en chinois ; tel était le cas à l'époque pour beaucoup d'intellectuels, ce qui explique aussi des équivalences

chinois/anglais parfois rapides et gêne une juste compréhension tant du système occidental que du système chinois.

- 41 Il n'est pas nécessaire pour notre propos de continuer la lecture de l'article de Xu Chongde. Nous voulions seulement montrer que l'objectif de la comparaison est bien de se démarquer d'un modèle occidental. Il y a là une récupération politique : ce qui au fil de l'histoire est perçu en Chine comme inévitable est forcément chinois.
- 42 Dix ans plus tard, la même rhétorique est utilisée par le professeur Han Dayuan à propos des droits de l'homme.

1.2. Le professeur Han Dayuan (韩大元) et les droits de l'homme

- 43 Le site universitaire <http://calaw.cn> rappelle tous les titres du professeur Han Dayuan. Né en 1960, il a été doyen de la faculté de droit de l'université Renmin et membre de nombreux cercles académiques mais aussi gouvernementaux³⁰. Directeur de l'Institut du droit d'« un pays et deux systèmes » à la faculté de droit de Renmin, il est considéré comme un expert de la récente loi sur la sécurité nationale de Hong Kong³¹. C'est donc un grand juriste, bien en phase avec le Parti-État d'aujourd'hui.
- 44 Une de ses premières études porte sur les « constitutionnalismes asiatiques ». Publiée en 1996 par les presses de l'université de la sécurité publique populaire de Chine – relais du Parti –, elle a fait l'objet d'une deuxième édition en 2008, toujours aux mêmes presses³². Il s'agit bien de droit public comparé et plus précisément de droit constitutionnel comparé, déjà en 1996 et encore en 2008. Dès 2003, Han Dayuan publie même un manuel au titre clair : *Droit constitutionnel comparé*. Une deuxième édition est publiée en 2008 et une troisième en 2021³³.
- 45 Le professeur Han Dayuan s'est aussi longuement intéressé aux droits de l'homme³⁴. En septembre 2021, il publie dans la revue *Droits de l'homme* (人权 *renquan*) un article sur lequel nous nous arrêtons : « Le discours sur les droits de l'homme et son évolution dans les premières années du parti communiste chinois : 1921-1927 »³⁵. Le titre laisse songeur. Rappelons que 1921 marque la naissance du PCC à Shanghai ; la RPC a fêté en 2021 le centenaire de la fondation du PCC.

Cet article est disponible en ligne sur le site calaw.cn. Il nous semble pertinent et intéressant d'en relever quelques passages qui montrent, comme les travaux du professeur Xu Chongde, que le droit constitutionnel comparé est d'actualité en Chine, mais parfois manié dans le seul but de justifier le Parti. La démarche est la suivante : une notion d'origine occidentale, en l'occurrence celle des droits de l'homme est, dans un premier temps, traduite en chinois à la lettre : 人权 *renquan* ; après quelques décennies, elle devient un nouveau terme chinois qui reste néanmoins marqué par son origine étrangère. Enfin, elle est insérée par la doctrine juridique, les historiens ou le Parti dans un contexte historique national plus ou moins lointain, montrant ainsi combien elle est depuis longtemps une réalité importante en Chine, étant entendu que l'histoire du pays se confond avec celle du Parti. L'auteur affirme alors dans son résumé : « On peut dire que les cent ans d'histoire du PCC sont aussi les cent ans d'histoire d'investigations, de luttes pour les droits de l'homme et de pratique des droits de l'homme par le peuple chinois ».

46 Dans ses sources, le professeur Han cite ses études de 2012 et 2018³⁶, fait référence à des discours du président Xi Jinping³⁷, à quelques textes de Mao Zedong, aux œuvres des principaux intellectuels du début du communisme chinois ainsi qu'à des documents du Parti. Il n'y a aucune source étrangère, et pourtant il s'agit bien, au départ, de la notion occidentale de droits de l'homme. L'auteur le reconnaît lui-même : « Il est généralement admis dans les milieux académiques que les droits de l'homme ne sont pas un concept originaire de la Chine, mais un produit importé (舶来品 *bolaipin*, au sens littéral produit importé par bateau) du Japon ».

47 Le constitutionnaliste relate ensuite le rôle important joué par Kang Youwei (1858-1927), un intellectuel réformateur dont Han Dayuan dit qu'il « a été le premier intellectuel chinois à introduire en Chine la terminologie des droits de l'homme en *kanji* japonais », ce qui permet d'affirmer :

On peut dire que le terme « droits de l'homme (人权 *ren quan*) » est apparu en Chine il y a déjà plus de cent ans et qu'il est devenu l'un des vocables les plus influents dans l'évolution de la société chinoise, soutenant un siècle de changements et de progrès sociaux.

- 48 Han Dayuan enchaîne alors sur la belle appropriation par le Parti communiste de la notion des droits de l'homme :

Depuis sa naissance, le Parti communiste chinois a brandi haut la bannière des droits de l'homme et a fait de ses efforts, de l'instauration et de la protection des droits de l'homme, le but de sa lutte, enrichissant sans cesse le contenu et la réalisation des droits de l'homme.

- 49 Puis il cite longuement le secrétaire général du PCC, Xi Jinping, dans une allocution de 2015 à l'occasion du Forum de Pékin sur les droits de l'homme :

Le PCC et le gouvernement chinois ont toujours respecté et protégé les droits de l'homme. Depuis longtemps, la Chine s'efforce de combiner le principe d'universalité des droits de l'homme avec la réalité chinoise, en promouvant continuellement le développement économique et social, en améliorant le bien-être de la population, en promouvant la justice sociale, en renforçant la protection juridique des droits de l'homme, en s'efforçant de promouvoir le développement complet et coordonné des droits économiques, sociaux et culturels ainsi que des droits civils et politiques, en élevant de manière significative le niveau de protection du droit à la vie et au développement du peuple, avançant sur une voie de développement des droits de l'homme adaptée aux conditions de la Chine.

- 50 Bref, Han Dayuan l'affirme :

Dès les premiers jours de la fondation du Parti, les droits de l'homme deviennent l'objectif du Parti communiste chinois et font partie de son ADN. On peut dire que l'histoire centenaire du PCC est l'histoire d'investigations, de pratique et de luttes pour les droits de l'homme en Chine.

- 51 Ici encore, tout est dit. Un peu plus loin, le professeur qualifie même les droits de l'homme de « gène rouge (红色基因 hongsi jiyin) » et de « valeur intrinsèque (内在的价值 ney zai de jiazhi) » des communistes chinois.

- 52 Il commente également plusieurs propos de Mao Zedong sur la notion d'homme, en 1919, et souligne :

Dans la Revue *Xiangjiang*, qui a été publiée pour la première fois cette année-là [1919], Mao a donné son point de vue sur la renaissance et l'émancipation de la pensée, comme par exemple « Comment l'humanité vit-elle ? », ainsi que sur la liberté de religion et la question du pouvoir et de la liberté. L'attention portée tôt par Mao aux questions relatives aux droits de l'homme a été très large et a été comprise sous l'angle de la capacité de l'individu libre à se déterminer et de la dimension sociale de l'être humain (社会属性 *shehui shuxing*). Bien qu'il n'ait pas employé littéralement le terme « droits de l'homme », néanmoins le cœur de sa philosophie est pleine d'attention portée à la valeur de l'homme et à l'humanité.

- 53 Le professeur Han fait ensuite un détour par une période nettement plus récente et remarque :

Soixante-dix ans plus tard, en 1991, le gouvernement chinois a publié un « livre blanc sur la situation des droits de l'homme en Chine », soulignant que « le droit à la vie est le premier droit de l'homme du peuple chinois », plaçant le droit à la vie au sommet du système chinois des droits de l'homme. Des premiers propos théoriques de Mao Zedong sur la question des droits de l'homme au Livre blanc sur les droits de l'homme publié par le gouvernement chinois, cela reflète la conception et la ligne de pensée du Parti communiste chinois sur les droits de l'homme. En fait, la vision des droits de l'homme du PCC a évolué parallèlement aux changements de la constitution moderne. La pratique et la réflexion théorique du PCC sur les droits de l'homme ont sans aucun doute contribué, de manière enrichissante, à diversifier la conception des droits de l'homme dans le monde et ont gardé vivante la mémoire que la Chine a de sa propre histoire.

- 54 Le propos est clair : la notion universelle de droits de l'homme n'a rien apporté à la Chine déjà familière de la notion, grâce au Parti communiste, en revanche l'apport du Parti au monde – et à la Chine – est riche.
- 55 Que dire après cette longue démonstration fondée sur des affirmations posées comme des évidences ? Peut-être suffit-il de

souligner que la notion de droits de l'homme a été insérée dans la constitution de la RPC en 2004 seulement, et d'une façon générale et laconique : « L'État respecte et garantit les droits de l'homme » (article 33, alinéa 3).

- 56 Nous nous sommes intéressés aux propos de deux juristes célèbres, représentatifs de la doctrine juridique (autorisée) en Chine populaire. Universitaires et membres de nombreux cercles académiques et politiques, ils sont chargés, aussi, de la bonne formation des étudiants et de tous dans le domaine du droit : ce sont des relais précieux du Parti.

2. Le Parti-État chinois et le droit public comparé

- 57 Il y a en Chine, quoiqu'il puisse paraître vu de l'extérieur et dans la limite d'un périmètre à la fois mouvant et strict, de grands débats. De nombreux intellectuels, et en particulier des juristes, se sont interrogés par exemple sur les notions de séparation des pouvoirs et d'indépendance judiciaire, jusqu'à ce que le Parti-État soit acculé à s'emparer lui-même du sujet. Le but est alors de justifier et défendre l'ordre politique et social instauré, et s'il y a comparaison avec des institutions ou notions occidentales, c'est pour les critiquer et les rejeter (2.1). Mais il arrive aussi que le Parti-État doive initier une nouvelle réglementation juridique, qu'il en ait besoin pour éventuellement compléter son corpus législatif, ou par nécessité, d'affichage vis-à-vis de l'extérieur. Il a alors recours à la comparaison avec des lois étrangères ; mais c'est toujours dans des domaines techniques, qui ne risquent pas de remettre en cause le système politique national (2.2).

2.1. Le rejet absolu de notions occidentales, notamment celles de séparation des pouvoirs et d'indépendance de la justice

- 58 Rappelons d'abord que la Chine n'a pas adopté le principe de séparation des pouvoirs. « Tout le pouvoir en République Populaire de Chine appartient au peuple » est-il précisé au tout début de la Constitution de 1982, dès l'article 2 qui poursuit : « Les organes par lesquels le peuple exerce le pouvoir d'État sont l'Assemblée Populaire Nationale et les assemblées populaires locales aux différents échelons ». C'est pourquoi la Chine qualifie son régime de régime d'assemblées populaires (人民代表大会制度 *renmin daibiao dahui zhidu*).
- 59 L'APN est donc officiellement « l'organe suprême du pouvoir d'État » (art. 57 de la Constitution). Tous les autres organes étatiques leur sont subordonnés, y compris les organes du pouvoir judiciaire dont nous parlerons plus loin. Le Conseil des affaires de l'État (国务院 *guowuyuan*, gouvernement populaire central), est officiellement « l'organe suprême du pouvoir administratif » (art. 85 de la Constitution) et l'organe exécutif de l'organe suprême du pouvoir d'État, c'est-à-dire de l'APN.
- 60 L'APN élit le président et les vice-présidents de la République, le Premier ministre, le vice-premier ministre, le président de la Commission militaire centrale, le responsable du Comité de surveillance (la nouvelle institution introduite dans la constitution en 2018), ainsi que les présidents de la Cour populaire suprême et du Parquet populaire suprême. Elle est en outre chargée de l'adoption des lois fondamentales.
- 61 Il n'est donc pas question de séparation des pouvoirs, ni entre l'APN et le Conseil des affaires de l'État (gouvernement populaire central), ni entre l'APN et le pouvoir judiciaire. Et ainsi que nous l'avons souligné plus haut, au-dessus de ces organes, le PCC gouverne le pays. Le secrétaire général du PCC, Xi Jinping, a souvent l'occasion d'« interpréter pour notre époque » – selon l'expression chinoise – le sens d'un régime d'assemblées populaires. Il rappelle par exemple en

2015, à l'occasion des soixante ans de l'APN : « Un régime d'assemblées populaires, c'est un régime organisé fondamentalement comme un tout unifiant le *leadership* du Parti, la souveraineté du peuple (ou le peuple comme maître du pays) et la conduite du pays en s'appuyant sur la loi »³⁸. Il ne fait que reprendre, en des termes identiques, le *leitmotiv* qui figure au début des statuts du PCC, dans le programme général : « le Parti communiste chinois maintient un tout unifiant le *leadership* du Parti, la souveraineté du peuple et la conduite du pays en s'appuyant sur la loi »³⁹.

- 62 Il y a un lien particulier entre l'APN dans sa fonction législative et la Cour populaire suprême (ci-après CPS). Cette dernière peut adopter des « interprétations judiciaires (词法解释 *sifa jieshi*) » qui, visant plus ou moins formellement un article d'une loi existante qu'il faudrait « interpréter », sont en réalité de nouvelles dispositions législatives *ad hoc*, qui ont force de loi⁴⁰. Cette procédure permet finalement de court-circuiter l'APN, en particulier lorsqu'il faut agir vite : si l'adoption d'une loi prend du temps et doit respecter un certain formalisme, l'« interprétation judiciaire » est rendue rapidement. Quoiqu'il en soit de la légitimité de ces « interprétations judiciaires » adoptées par des juges, il n'est pas possible de séparer la loi de son « interprétation judiciaire » ; ainsi par exemple, le 15 mars 2021, le comité de jugement de la CPS dispose, dans une « interprétation judiciaire » sur l'application du Code civil (entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021) par les tribunaux, que le juge doit maîtriser de façon précise les anciennes et les nouvelles lois ainsi que les « interprétations judiciaires » correspondantes⁴¹. L'autorité suprême du pouvoir judiciaire, la CPS, peut donc aussi « faire la loi », et même d'une certaine façon primer sur l'APN lorsqu'elle adopte des « interprétations judiciaires » de la loi. On peut également considérer que la CPS « coiffe » l'APN lorsque, appliquant les politiques du PCC, elle met en place des plans quinquennaux sur la réforme des tribunaux judiciaires, faisant ainsi finalement œuvre de législateur.
- 63 La CPS est à son tour supervisée et contrôlée par l'APN et son comité permanent devant lesquels elle est responsable⁴². Il en est de même pour le Parquet populaire suprême (article 138)⁴³. Dans ces conditions, il ne peut y avoir d'indépendance judiciaire, ni sur le papier, ni dans les faits.

- 64 En outre, le juge fait l'objet d'un contrôle et politique et hiérarchique, ce qui limite encore davantage son action. En effet, la commission politico-judiciaire du Parti supervise l'activité de la Cour populaire suprême et du Parquet populaire suprême (ainsi que du ministère de la Justice, du ministère de la Sécurité publique, du ministère de la Sécurité d'État). Au niveau local, tribunaux et parquets sont contrôlés par les commissions politico-judiciaires du Parti aux échelons correspondants ⁴⁴.
- 65 Néanmoins, la notion de séparation des pouvoirs telle que pratiquée en Occident et celle, liée, d'indépendance judiciaire ont été l'objet de nombreux débats en Chine. Le 14 janvier 2017, Zhou Qiang (周强), à la fois président de la CPS et secrétaire de la cellule du Parti de la Cour, tente d'y mettre fin. Il déclare :

Nous devons résister résolument à l'influence des idées occidentales fausses, telles que la démocratie constitutionnelle (宪政民主 *xianzheng minzhu*), la séparation des pouvoirs (三权分立 *sanquan fenli*) et l'indépendance du pouvoir judiciaire (司法独立 *sifa duli*). [...]

- 66 Zhou Qiang considère ces idées comme des « erreurs de l'Occident », des « pièges ». Les réactions à cette déclaration sont vives ; elles soulignent, à juste titre, que « sans indépendance de la justice, il n'y a pas de justice » ⁴⁵. Le président de la CPS est alors contraint de rappeler :

L'organe suprême du pouvoir en Chine est l'Assemblée populaire nationale, et l'article 3§3 de la constitution dispose que les organes de l'administration de l'État, les organes judiciaires et les organes du ministère public sont tous créés par l'Assemblée populaire nationale, devant laquelle ils sont responsables et par laquelle ils sont supervisés.

[...]

Dans le cadre constitutionnel existant, les pouvoirs exécutif et judiciaire ne peuvent être indépendants par rapport aux assemblées populaires. Et il n'est pas possible que les pouvoirs exécutif et judiciaire soient au même niveau et de même rang que le pouvoir des assemblées populaires.

- 67 Zhou Qiang en vient alors à évoquer le pouvoir judiciaire aux États-Unis, et il souligne la position centrale et supérieure de la Cour suprême américaine, pour réaffirmer qu'en Chine il ne peut en être de même puisque la Constitution établit que les organes du pouvoir judiciaire doivent être en dessous des assemblées populaires (司法机关地位必须在人民代表大会之下 *sifa jiguan diwei bixu zai renmin daibiao dahui zhi xia*).
- 68 Il y a donc bien comparaison, mais ordonnée à la conclusion que ces idées occidentales à propos du système judiciaire sont des erreurs, qu'il n'est pas possible de les importer ou de se laisser influencer par elles, à aucun prix : ce serait saper le système politique chinois.
- 69 Est-il néanmoins possible pour le juge de prendre en compte une législation ou une jurisprudence étrangère ? On aurait pu le penser à un certain moment. L'action du juge est en effet régulièrement cadrée par des réglementations d'origines diverses. En 2009 par exemple, le comité de jugement de la CPS en adopte une qui a l'autorité d'une « interprétation judiciaire ». Il est précisé dès le premier article quel doit être le fondement des jugements judiciaires, et comment il doit lui être fait explicitement et précisément référence : « Les jugements rendus par les tribunaux populaires doivent citer les documents juridiques normatifs, notamment les lois et les règlements, comme fondements du jugement. »
- 70 Et la Cour spécifie qu'il faut indiquer « le titre de la loi, le numéro de l'article, et s'il est nécessaire de citer un article précis, alors il faut citer tout l'article⁴⁶ ». Il n'y a donc *a priori* pas de place pour une source étrangère.
- 71 Mais en 2018, un avis directeur de la CPS élargit considérablement le champ des fondements possibles d'un jugement judiciaire et évoque même la possibilité d'une méthode comparative d'interprétation :

En dehors des lois, règlements et interprétations judiciaires, pour renforcer la légitimité et l'acceptabilité de ses conclusions, le juge peut fonder sa décision sur : les cas directeurs (指导性案例 *zhidaoxing anli*) publiés par la Cour populaire suprême ; [...] les principes communément acceptés, le légitime et le raisonnable (情理 *qingli*), les règles tirées de l'expérience, les pratiques commerciales, les conventions populaires, l'éthique professionnelle ; les ressources

législatives comme l'explication de l'élaboration de la loi ; la théorie du droit et les opinions académiques courantes utilisés pour adopter des méthodes historiques, systématiques et comparatives d'interprétation [...].⁴⁷

- 72 Toutefois, dans le même temps, les « douze valeurs centrales du socialisme aux caractéristiques chinoises », préconisées lors du XVIII^e Congrès national du PCC en 2012⁴⁸, doivent être pratiquées et cultivées comme le déclare le XIX^e Congrès du PCC en 2017. En 2018, le nouvel article 24 alinéa 2 de la Constitution amendée dispose : « Le pays promeut les valeurs centrales du socialisme, et prône les morales publiques – aimer le pays, aimer le peuple, aimer le travail, aimer la science, et aimer le socialisme ». Depuis lors, les douze valeurs sont omniprésentes dans la société chinoise. Il est requis qu'elles aient aussi une influence certaine sur la loi, le législateur, le juge : elles doivent « assister » la loi – selon la terminologie officielle –, et être prises en compte par le juge. Progressivement les lois de l'APN et de son comité permanent ainsi que les « interprétations judiciaires » de la CPS prennent donc en compte les douze valeurs.
- 73 Et le 19 janvier 2021, la CPS réduit encore la liberté d'évaluation du juge. Elle adopte, le jour même de l'entrée en vigueur du code civil, un « avis directeur » afin d'améliorer l'application des valeurs centrales dans les décisions judiciaires⁴⁹. Il est notamment fait référence, une fois encore, à l'attente du peuple dans le domaine de la justice et de l'équité. La Cour détermine six types d'affaires dans lesquelles les valeurs centrales doivent obligatoirement être le fondement du jugement, notamment les affaires susceptibles de générer une réaction populaire importante, et celles qui touchent à de nouvelles questions ou situations.
- 74 Finalement, nous sommes toujours dans la même cohérence et le même mot d'ordre : « 良法善治 *liang fa shan zhi* », littéralement « bonne loi (ou bon droit), bonne gouvernance ». Tout est ordonné à la gouvernance du pays, sous le *leadership* du Parti. La bonne loi, c'est celle qui est « assistée » par les douze valeurs. Et il faut entendre loi dans un sens large qui inclut notamment l'application de la loi par le juge. Ce dernier, aussi, est appelé à rester dans le monde chinois.

2.2. Le recours à des législations administratives étrangères dans des domaines techniques, celui de la sécurité biologique par exemple

- 75 Le Parti-État, grâce aux universitaires mais aussi grâce aux experts chinois des domaines concernés, a une longue habitude des traductions en chinois de pans entiers de législations étrangères⁵⁰. C'est parfois un premier pas vers la comparaison des droits, c'est-à-dire l'étude de différentes réglementations pour éventuellement s'en inspirer. Mais c'est aussi souvent le début d'un processus d'une simple importation de dispositions étrangères traduites en chinois, puis insérées parfois telles quelles dans l'ordre normatif chinois. L'applicabilité et l'effectivité de ces législations en partie « venues d'ailleurs » est variable...
- 76 Habituellement, le Parti-État calque des dispositions étrangères lorsqu'il y a une volonté d'affichage vis-à-vis de l'extérieur ou dans des domaines techniques ou pointus pour lesquelles une législation propre fait défaut, et qui ne remettent en cause ni la suprématie du PCC, ni l'organisation du pouvoir : tel est le cas par exemple du droit aérien, du droit de la cyber sécurité, en partie du droit de l'environnement, et en grande partie du droit de la sécurité et de la sûreté biologique sur lequel nous nous arrêtons maintenant à titre d'illustration.
- 77 Dans le domaine de la sécurité et de la sûreté biologique, et en particulier au niveau des laboratoires biologiques de haute sécurité, la Chine cherchait dans les années 2009 et 2010 à compléter et perfectionner son propre système ; elle s'est attelée à un travail considérable de traductions de législations étrangères, notamment françaises et de l'Union européenne, mais ne semble pas avoir emprunté ou copié de dispositions conséquentes à cette époque. En réalité, il lui était particulièrement difficile d'apprécier une réglementation juridique étrangère, et de comparer avec le « droit » chinois, même dans un domaine réduit à celui portant sur la sécurité d'un laboratoire biologique de haute sécurité. Plusieurs raisons peuvent être rapidement avancées ici.

- 78 Peut-être du fait des limites de son « droit » et de son système législatif en particulier, la Chine privilégiait, dans le domaine de la sécurité et de la sûreté biologique, une réglementation sur la base de normes techniques et non pas juridiques. Et *a contrario* des normes techniques françaises, les normes chinoises dans ce domaine étaient pour la plupart d'application obligatoire. En outre, sur certains points, elles étaient plus restrictives que les normes techniques françaises ou européennes, et étaient de ce seul fait considérées comme meilleures.
- 79 Une réglementation juridique existait néanmoins. Mais, dans ce champ de la sécurité biologique comme dans beaucoup d'autres, les normes juridiques étaient nombreuses et disparates ; fragmentées entre le niveau national et le niveau local, elles étaient élaborées ou appliquées par des ministères ou des agences étatiques différentes (ministère de l'Environnement, de l'Industrie, de l'Agriculture, des Sciences et technologies, de la Santé) avec le risque que les domaines de compétence de ces autorités se chevauchent, ou soient concurrents, ou se contredisent ou, pire s'agissant d'un domaine particulièrement sensible et dangereux, qu'aucune agence ne soit compétente pour édicter, adopter ou appliquer certaines mesures.
- 80 Par ailleurs, à l'époque – et tel est encore largement le cas aujourd'hui –, ces normes n'étaient pas intégrées dans un corpus unique : il n'existait aucun code juridique et il n'y a aucun équivalent à un *Journal officiel*. La recension de tous les textes juridiques était et reste forcément laborieuse, aléatoire, et la compatibilité des diverses réglementations entre elles jamais assurée.
- 81 Enfin, si le respect des normes techniques chinoises était considéré comme incontournable puisqu'il conditionnait la certification de tout laboratoire de haute sécurité, se posait en revanche un problème sérieux d'applicabilité et d'effectivité des normes juridiques dans ce domaine, ce qui biaisait toute comparaison.
- 82 Une dizaine d'années après les traductions massives de législations étrangères, notamment françaises, sur la sécurité et la sûreté biologique (2009-2010), quelques mois après le début de l'épidémie de covid-19 et la mise en cause du laboratoire de biologie de haute sécurité (P4) de Wuhan, le Comité permanent de la XIII^e Assemblée populaire nationale adoptait le 17 octobre 2020 une loi nationale

d'envergure sur la sécurité biologique⁵¹. Les autorités chinoises ont-elles alors réalisé que leur système de normalisation ne suffit pas à lui seul pour assurer la sécurité biologique (une réponse positive supposerait que la nouvelle loi comble ce déficit et soit « pertinente, applicable et opérable » selon les termes de Xi Jinping) ? Dans un contexte marqué par le covid, fallait-il pouvoir montrer au monde que la Chine dispose bien d'une « bonne » et longue loi sur la sécurité biologique (notons cependant que le premier projet de loi avait été discuté et revu par le comité permanent de la 13^e APN en octobre 2019, avant donc le début probable de l'épidémie à Wuhan) ? Fallait-il être plus en phase avec les traités internationaux auxquels la RPC est partie ? Fallait-il rattraper le retard pris dans ces domaines par rapport aux réglementations américaine, britannique ou européenne ?

- 83 Entrée en vigueur le 15 avril 2021, la loi compte quatre-vingt-huit articles, répartis en dix chapitres. Elle est située dans le cadre général de la sécurité nationale, un des soucis majeurs du PCC. Plusieurs points attirent l'attention, mais nous ferons seulement quelques remarques sur les dispositions dont on peut penser qu'elles ont été influencées par des législations étrangères.
- 84 Alors que contrairement à la France, l'Union européenne et l'OMS en particulier, la Chine ne distinguait pas jusque-là la dimension de sécurité biologique et celle de sûreté biologique⁵², s'intéressant à la sécurité, la nouvelle loi intègre clairement des aspects de sûreté biologique. Dès l'article 2, est inclus dans le domaine de la sécurité biologique le bioterrorisme qui relève pour nous de la sûreté biologique. Le chapitre VII (articles 61 à 65) est consacré à la prévention des menaces liées au bioterrorisme et y associe celles liées aux armes biologiques. La Chine lie donc aujourd'hui bioterrorisme et armes biologiques, et y inclut les biens à double usage sans toutefois reprendre l'expression telle quelle. Il demeure aussi que le titre de la loi ne fait pas référence à la sûreté biologique, et que l'expression elle-même – sûreté biologique (生物安保 *shengou anbao*) – n'est jamais utilisée.
- 85 On soulignera aussi qu'un chapitre entier est consacré à la « sécurité biologique des laboratoires de micro-organismes pathogènes » : le chapitre V (articles 42 à 52) est au centre de la loi. Il y est aussi

précisément question de sujets relevant de la sûreté biologique, notamment dans les laboratoires sous haute sécurité dans lesquels sont menées des recherches sur des agents extrêmement pathogènes (communément appelés P3 ou P4 pour pathogènes de niveau 3 ou 4). On peut retrouver dans les articles 49 et 50 de la loi un souci d'adoption de « mesures d'ordre administratif et de gestion du personnel, en vue de réduire le risque de perte, de vol, d'utilisation à mauvais escient, de détournement ou de libération délibérée d'agents pathogènes ou de toxines ». C'est la définition de la sûreté biologique proposée par l'OMS (voir note 52) et reprise notamment par la France et l'Union européenne.

- 86 Précisons enfin que dans le dernier chapitre (chapitre X), sous l'intitulé « dispositions générales », le très long article 85 donne la définition, au sens de la présente loi, de plusieurs termes essentiels : c'était inhabituel dans les lois chinoises, contrairement à l'habitude française et surtout européenne. Sont données en particulier la définition des armes biologiques puis celle du bioterrorisme.
- 87 Notre propos ici était de relever une influence probable de législations étrangères dans la nouvelle loi chinoise et non pas de chercher à savoir si cette dernière est applicable, effective et efficace. Quelques remarques s'imposent néanmoins.
- 88 La Chine – qui n'est pas familière de la notion de responsabilité juridique – a repris sur ce point si fondamental ses schémas habituels. Sous le titre « responsabilité juridique (法律责任 *falu ziren*) » (titre du chapitre IX, articles 72 à 84), il n'est question en réalité que de sanctions financières et de sanctions administratives légères eu égard aux dommages potentiels aux personnes et aux biens. C'est pourtant dans ce domaine de la responsabilité juridique qu'une réglementation juridique apporte un complément essentiel par rapport à un système de normalisation.
- 89 D'une façon générale, cette loi – comme c'est habituellement le cas – manque de dispositions précises et particulières pour pouvoir être appliquée. Elle devra être assortie de bien d'autres réglementations. Nous relevons à cet égard que dans le 14^e plan quinquennal adopté par l'APN en mars 2021, une brève section est consacrée au renforcement de la prévention et du contrôle des risques dans le domaine de la sécurité biologique (15^e partie, article 52) ; il y est

question, notamment, de renforcer la construction et la gestion des laboratoires de haute sécurité, et de promouvoir l'application de cette loi sur la sécurité biologique⁵³.

- 90 Enfin, ainsi que tel est habituellement le cas, la loi exclut explicitement de son champ d'application toutes les activités menées par l'Armée populaire de libération ou les forces armées de la police populaire. La réglementation relève ici de la Commission militaire centrale...

Conclusion

- 91 Le recours à un site universitaire chinois comme source principale de notre première partie nous permet d'être factuels et de rendre compte d'une réalité contemporaine avec des éléments de première main. Le droit public comparé est bien une discipline académique vivante.
- 92 Pour autant, au-delà du nombre d'articles, d'ouvrages ou de thèses sur le droit comparé et le droit constitutionnel comparé en particulier, il faut entrer profondément dans la matière et considérer, aussi, le discours officiel chinois pour saisir les limites de la comparaison : le droit constitutionnel comparé, manié par de grands noms de la doctrine ou par le Parti-État, est un outil au service de la justification des systèmes politique et juridique nationaux.
- 93 Le droit administratif comparé est également cadré ; on y retrouve les mêmes handicaps qu'en droit constitutionnel comparé, aggravés par la confusion entre le politique et l'administratif mentionnée plus haut. S'il peut y avoir pour le Parti-État une comparaison avec les lois étrangères, voire de larges emprunts comme nous l'avons vu à propos de la sécurité biologique, c'est uniquement sur des points techniques précis – dont la maîtrise est garante de la légitimité du Parti – qui ne mettent pas en cause la préservation ou la survie du système : « la sécurité idéologique est devenue la “tête de pont” de la sécurité nationale (国家安全的“桥头堡”*guojia anquan de qiao tou bao*) » explique un des plus influents juristes contemporains⁵⁴.
- 94 Le maintien du Parti à la tête du pays, que le Parti soit tout et l'État pas grand-chose, n'est jamais acquis. Un tel enjeu existentiel pour le PCC passe par un contrôle fort de la loi, du 法 *fa* « droit » chinois et

des institutions étatiques : la construction des « douze valeurs centrales du socialisme aux caractéristiques chinoises » pour « assister » la loi et orienter toute activité judiciaire, ainsi que la création de commissions étatiques amarrées à des commissions du Parti – la commission de surveillance mentionnée plus haut par exemple – sont à cet égard essentielles. Il est entendu et sans cesse rappelé que ce système « aux caractéristiques chinoises » selon l'expression utilisée par la Chine elle-même pour justifier toute spécificité chinoise par rapport à un « modèle » occidental ou même soviétique, est le seul qui convienne pour le pays. Cette rhétorique limite considérablement le regard du juriste comparatiste.

- 95 Soulignons également la continuité affichée dans l'évolution du 法 *fa* « droit » chinois ; chacun, secrétaire général du PCC ou universitaire célèbre, s'attache à inscrire ses propos dans la tradition, plus ou moins ancienne. En 2021, le professeur Han reprend un sujet qui date des débuts du PCC en 1921, bien avant la proclamation de la RPC en 1949, et le professeur Xu prend comme point de départ de sa réflexion un texte de Mao Zedong de 1940. Remontant dans le passé impérial du pays, le Parti explique même enraciner dans la culture juridique traditionnelle chinoise les « douze valeurs centrales du socialisme aux caractéristiques chinoises ». Il y a dans ce regard vers le passé une dimension de récupération politique, sans doute plus évidente pour un regard extérieur à la Chine. Ce n'est pas nouveau : des éléments de la tradition (juridique) chinoise sont régulièrement mis en lumière, et réinterprétés pour légitimer et même fonder des orientations inédites.
- 96 Bien au-delà des juristes, beaucoup d'intellectuels chinois sont aujourd'hui interpellés par ces comparaisons et enrichissent le débat. Toutefois, suivant en cela la propagande officielle, ils insistent sur la « sinité », c'est-à-dire ce qui est proprement chinois. Les élites intellectuelles chinoises, et les juristes en particulier, se sentent assez sûres d'elles-mêmes pour revendiquer leurs propres valeurs, les justifier, les enraciner dans la construction d'une histoire et d'une identité nationale.

NOTES

- 1 Le caractère 法 *fa* est attesté dès la haute antiquité, avec toutefois une graphie complexe : 灋 *fa*. On le trouve dans des épigraphes gravées sur le *Dayuding* (tripode de Yu le Grand) à l'époque des Zhou occidentaux (1046–771 av. J.-C.). Dans cet article, nous citons le texte original en chinois et en *pinyin* (romanisation officielle des caractères chinois) seulement lorsque la traduction en français ne nous paraît pas évidente. Nous reprenons systématiquement le texte original en chinois et en *pinyin* pour les titres d'ouvrages ou d'articles de façon à faciliter le travail du chercheur sinisant.
- 2 Cette affirmation, ainsi exprimée, est le fruit de nombreuses années de recherches sur le droit chinois, son enseignement et sa terminologie. Elle a été justifiée en particulier dans notre communication orale lors du colloque organisée à la faculté de droit de Bordeaux sur « Droit et langue », en 2019 : « La traduction du 法 *fa* « droit » chinois en français : l'épreuve du fondamentalement autre ». M^{me} Li Xiang a repris et développé ces propos dans sa thèse de doctorat en droit menée sous notre direction et soutenue à la faculté de droit d'Aix-en-Provence en 2021.
- 3 Voir par exemple W. QU, « 和制汉语法律新名词在近代中国的翻译与传播 *Hezhi hanyu falü xin mingci zai jindai zhongguo de fanyi yu chuanbo* (Traduction et diffusion dans la Chine moderne de nouveaux termes juridiques à partir des caractères sino-japonais (*kanjis*)) », 学术研究 *Xueshu yanjiu*, n° 11, 2012, p. 122-129. Y. CHEN, « 清末民国时期法典翻译序说 *Qing mo minguo shiqi fadian fanyi xü shuo* (Introduction à la traduction des codes juridiques à la fin de la dynastie Qing et pendant la période républicaine) », 法学 *Faxue*, 2013年8期, n° 8, 2013, p. 68-86.
- 4 Voir par ex. X. ZENG (sous la dir. de), 中国法制史 *Zhongguo fazhi shi* (Histoire du 法 *fa* chinois), Pékin, Beijing daxue chubanshe, 2000, p. 32.
- 5 Voir par exemple D. CAI, « 关于苏联法对中国法制建设的影响 *Guanyu sullivanfa dui zhongguo fazhi jianshe de yingxiang* (L'influence du droit soviétique sur l'édification du régime de lois en Chine) », 法学 *Faxue*, n° 3, 1999, p. 3-7.
- 6 Voir l'article passionnant de notre collègue A. SERIAUX : « L'apport de la pensée chinoise traditionnelle à la compréhension du concept occidental de droit », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 2021, p. 503-524.

7 Une grande partie des termes juridiques chinois qui expriment des techniques juridiques ou des concepts juridiques fondamentaux chez nous sont (seulement) des traductions à partir de langues occidentales (allemand, français, anglais) ; certains d'entre eux sont d'abord passés par une traduction en *kanjis* japonais. Ce n'est donc pas une terminologie née dans le terreau chinois, portée par la tradition et la culture juridique propres à la Chine. Traduire ces termes juridiques chinois dans une langue occidentale, c'est traduire des traductions. Quant aux termes du droit chinois authentique, ils ne devraient pas toujours être traduits. Mieux vaudrait par exemple parler du 法 *fa* chinois que du droit chinois, de la même façon que nous parlons de la *common law* anglaise. Voir notre communication sur « La traduction du 法 *fa* « droit » chinois en français : l'épreuve du fondamentalement autre », *supra* note 2. Si une traduction en français s'impose néanmoins, alors il est bien souvent nécessaire d'y ajouter une explication. Tel est le cas à notre sens pour le terme 宪政 *xianzheng* (habituellement traduit par constitutionnalisme) évoqué plus loin. Voir aussi les remarques du professeur Li-Kotovtchikhine à propos de la notion de 错案 *cuo'an*, dans son article sur « Pragmatisme juridique et contrôle de l'activité judiciaire en Chine post-Mao », RIDC, n° 1-2016, p. 145.

8 D. HAN, « 苏俄宪法在中国的传播及其当代意义 *Su e xianfa zai zhonguo de zhuanbo ji qi dangdai yiyi* (La diffusion de la constitution soviétique en Chine et sa signification contemporaine) », 法学研究 *faxue yanjiu*, Études juridiques, n° 5, 2018, p. 198. On notera que dans le programme général des statuts du PCC, révisés en 2017, la pensée de Xi Jinping représente le dernier acquis de la sinisation du marxisme : « En tant que continuation et développement du marxisme-léninisme, de la pensée de Mao Zedong, de la théorie de Deng Xiaoping [...], la pensée de Xi Jinping sur le socialisme à la chinoise de la nouvelle ère représente le dernier acquis de la sinisation du marxisme ainsi que la cristallisation de l'expérience et de la sagesse collective du Parti et du peuple. » La traduction en français est de l'agence officielle Xinhua.

9 Puisque le Parti est premier, et l'État sa créature, nous parlons du Parti-État. Dans les documents officiels, le Parti est toujours mentionné avant l'État.

10 La traduction du terme 领导 *lingdao* par « direction [du PCC] » nous paraît ambiguë : il pourrait s'agir de l'organe de direction du PCC ; or il s'agit de la direction du pays, par le PCC. La traduction par *leadership* (du PCC), n'est pas non plus satisfaisante puisqu'il s'agit d'un terme anglais. Nous

l'adoptons toutefois habituellement parce qu'elle est parlante et permet en outre des constructions de phrases en français proches de l'original en chinois. Par *leadership* du PCC, il faut comprendre que la Parti est un moteur, qu'il a la capacité, le rôle, la fonction de conduire, guider, influencer, orienter le pays, telle une locomotive qui tracte, conduit les wagons de l'État fermement maintenus entre les deux rails du développement économique et de la stabilité du pays, garants essentiels et *sine qua non* du maintien du *leadership* du PCC. Étant données la vigilance, la force, la toute-puissance de la locomotive, un déraillement semble peu probable. Les aiguillages sont également bien maîtrisés et contrôlés. Toutefois, une accumulation tenace de petits cailloux résistants pourraient – un jour – désolidariser le train de sa locomotive.

11 Voir le « Programme général » des statuts du PCC : « Le maintien des quatre principes fondamentaux – voie socialiste, dictature démocratique du peuple, *leadership* du Parti communiste, marxisme-léninisme et pensée de Mao Zedong – est le fondement de notre nation. [...] Le *leadership* du PCC est la caractéristique la plus essentielle du socialisme aux caractéristiques chinoises et le plus grand atout du régime socialiste aux caractéristiques chinoises. Tout doit être placé sous le *leadership* du Parti : les organisations du Parti, le gouvernement, l'armée, le peuple, à l'Est, à l'Ouest, au Nord et au Sud. » On peut trouver les statuts du PCC, en chinois, par exemple sur le site suivant : <https://www.12371.cn/2017/10/28/ARTI1509191507150883.shtml>

12 Voir l'article 36 de l'amendement de la Constitution de la RPC du 11 mars 2018. On peut trouver le texte amendé de la Constitution, en chinois, sur le site gouvernemental suivant :

http://www.gov.cn/guoqing/2018-03/22/content_5276318.htm

L'expression « socialisme aux caractéristiques chinoises » signifie que le socialisme n'est pas d'origine chinoise, mais que mis en pratique en Chine il revêt des spécificités liées au pays.

13 Steve Tsang est directeur de l'Institut sur la Chine au sein de l'École d'études orientales et africaines à Londres (School of Oriental and African Studies, SOAS, université de Londres).

14 « It is of course a positive step that the Chinese government feels that it must take such a challenge seriously but passing a law in a Leninist system does not usually bring about the intended changes. » Voir le *South China Morning Post* du 17 février, disponible sur <https://www.scmp.com/news/c-h->

ina/politics/article/3051045/china-fast-track-biosecurity-law-coronaviruses-aftermath

15 Voir par exemple le document adopté au plus haut niveau du Parti, lors du 4^e plenum du comité central du 18^e Congrès national du PCC en 2014, dont le titre est : « Décision du comité central du parti communiste chinois portant sur plusieurs questions importantes posées par l'avancement dans tous les domaines du gouvernement du pays en s'appuyant sur la loi ». Le texte original en chinois est disponible sur <http://cpc.people.com.cn/n/2014/1028/c64387-25926125.html>, consulté pour la dernière fois en janvier 2022.

16 Voir la « Décision » de 2014 citée dans la note précédente. Déjà le 15 mars 2004, le président Hu Jintao avait utilisé exactement les mêmes termes dans une déclaration officielle : « Actuellement, il y a des lois mais on ne s'y conforme pas, il y a une application de la loi mais elle n'est pas rigoureuse, les violations de la loi ne font pas l'objet de poursuites, et tout cela perdure dans certains endroits et certains secteurs » (当前，有法不依、执法不严、违法不究的现象在一些地方和部门仍然存在, *dangquian, you fa bu yi, zhi fa bu yan, wei fa bu qiu de xianxiang zai yi xie difang he bumen renran cunzai*). Disponible sur <http://news.sohu.com/20040915/n222053741.html>.

17 Voir <http://cpc.people.com.cn/n1/2021/1103/c64036-32272807.html>.

18 Par exemple, le 29 avril 2022, l'APN a adopté une loi contre le gaspillage alimentaire, considérée comme une loi réactive, une petite « incision », rapide, agile : il y a seulement 32 articles et aucun chapitre. Elle est entrée en vigueur le jour même de son adoption ! Voir <http://www.npc.gov.cn/npc/kgfb/202205/674e3dc21630438a960ae54c38c91094.shtml>

19 Pendant toute l'ère Mao (1949-1976), nul ne s'embarrasse de lois. Au début du relèvement de la Chine avec les politiques de réformes et d'ouverture vers l'extérieur initiées par Deng Xiaoping, la priorité est au redressement économique et social du pays ; mais le Parti ne se donne pas encore la peine de transformer ses politiques en lois. On rappellera, par exemple, que la politique de l'enfant unique est appliquée avec sévérité à partir de 1979 (jusqu'en 2015), mais que la loi gentiment nommée « loi sur le planning familial » est adoptée en 2001 seulement, soit plus de 20 ans plus tard.

20 Nous nous référons ici au site officiel de l'APN <https://flk.npc.gov.cn/index.html>, consulté en septembre 2022. Il nous semble intéressant de nous arrêter sur la classification des lois adoptées par l'APN ; il y a 6 domaines :

constitution et lois organiques, lois civiles et commerciales, lois administratives, lois économiques, lois pénales, lois sur les procédures contentieuses et non contentieuses. On notera en particulier l'importance donnée aux procédures non contentieuses, la réunion des lois civiles et commerciales, et la distinction entre lois économiques et lois commerciales. En termes de nombre de lois, si nous mettons à part la Constitution et les lois organiques, il y a d'abord les lois administratives : 131 lois administratives depuis septembre 1958 dont 128 lois depuis 1994 seulement. Puis viennent les lois économiques : 1 loi en 1980 et 111 lois depuis 1994 ; parmi les plus récentes, on citera les lois sur la qualité et la sécurité des produits agricoles de septembre 2022, sur la protection des terres noires de juin 2022, et la loi anti-monopole de juin 2022.

Viennent ensuite les lois civiles et commerciales : 43 lois depuis 1985 ; parmi les plus récentes, on citera les lois sur le développement de la mécanisation agricole d'avril 2022, sur le Code civil du 28 mai 2020, sur la banque populaire de Chine, sur la signature électronique.

Puis viennent les lois sociales : 37 lois depuis 1978, dont 34 depuis 2005 seulement ; parmi les plus récentes, on citera les lois sur les syndicats de décembre 2021, sur la promotion de l'éducation familiale d'octobre 2021, sur l'aide juridique d'août 2021, sur la sécurité de la production de septembre 2021, sur la protection des mineurs d'octobre 2020.

Viennent ensuite les lois pénales : seulement 16 lois parmi lesquelles sont comptées 11 lois-amendements à la loi pénale fondamentale de la RPC ; on citera la loi sur la fraude sur les réseaux de télécommunications de septembre 2022.

Enfin, les lois sur les procédures contentieuses et non contentieuses : 11 lois depuis 1987, dont la loi sur la procédure civile amendée en décembre 2021, sur la procédure pénale amendée en 2018, sur la procédure administrative amendée en 2017, la loi de juin 2009 sur la médiation et l'arbitrage des différends relatifs à la gestion des contrats fonciers dans les villages.

Au 26 avril 2022, l'APN recensait 292 lois effectives ; dans le décompte ci-dessus sont prises en compte les lois et le cas échéant les amendements à ces mêmes lois.

Le 19 octobre 2022, dans une session d'information du centre de presse du 20e Congrès national du Parti, Yin Bai, secrétaire générale adjointe de la commission des affaires politiques et juridiques du Comité central, donnait les chiffres suivants : 293 lois, 598 règlements administratifs effectifs, et plus de 13 000 règlements régionaux. Elle ajoutait que dans la dernière

décennie, 159 règlements du Parti ont été adoptés ou amendés. Voir par exemple <https://news.cgtn.com/news/2022-10-19/CPC-congress-China-s-rule-of-law-is-serving-justice-to-serve-people-1efRJnbn6o/index.html>

21 Ce site a été consulté fin 2021 et début 2022. Nous constatons en octobre 2022 qu'il n'était plus accessible ! Il n'était pas même possible d'accéder au site du département de droit constitutionnel de la faculté de droit de l'université du peuple de Chine (*Renmin*). C'était probablement dû au contrôle politique et à la censure exercés à l'occasion du 20^e Congrès du PCC tenu à Pékin du 16 au 23 octobre 2022. Fin novembre, le site réapparaissait.

22 Voir par exemple notre article sur « La révision de la constitution chinoise », *Nouvelles de Chine*, n° 12, janvier 2004, p. 2-7.

23 许崇德 C. Xu, « 宪政是社会主义的必然选择 », 宪政社会主义论丛, 第二辑“政党、社会与自由”, 西北大学出版社2011年12月版 disponible en chinois sur <http://calaw.cn/article/default.asp?id=6451>.

Notons qu'à cette époque les débats sur le « constitutionnalisme » sont nombreux, du moins jusqu'à un rappel à l'ordre ferme à la fin de l'année 2013. Il se pourrait aussi que l'article de Xu Chongde soit une prémisse de l'intervention plus directe du Parti en 2013, ou que le discours universitaire n'ayant pas suffi, le recours à une mesure politique ait été inévitable.

24 立宪 *Li xian* a le sens d'instituer, adopter, élaborer, mettre en place une constitution ; 立宪主义 *lixianzhuyi* désigne donc l'idéologie, la théorie, le système, le régime basé sur l'institution d'une constitution ; quant à l'expression 宪法主义 *xianfazhuyi*, littéralement constitution et « isme », elle indique bien aussi qu'il s'agit d'un système, d'un régime autour de la constitution.

25 Rappelons la définition donnée par le professeur Philippe Raynaud : « Dans le vocabulaire juridique contemporain, la notion de « constitutionnalisme » s'inscrit en général dans une conception libérale du droit public, qui veut que les pouvoirs publics soient essentiellement limités afin que soient garanties les principales libertés de l'individu. Plus précisément, on parlera de « constitutionnalisme » pour désigner les régimes politiques qui, grâce à l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité exercé par une instance politico-judiciaire « indépendante », rendent possible la limitation du pouvoir législatif lui-même en veillant à la conformité des lois à la constitution et à ses principes généraux, et non pas simplement à la légalité des actions du pouvoir

exécutif et de l'administration. » (*Dictionnaire de la culture juridique*, publié sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige/Lamy-PUF, 2003). Le professeur Raynaud ajoute : « Dans un sens plus large, on parle aussi parfois de constitutionnalisme “ancien” ou “médiéval” pour désigner les freins que les régimes de l'Antiquité mettaient à l'exercice du pouvoir politique afin de substituer le règne de la loi à celui des hommes ou d'assurer le règne de la “justice” ». Il pourrait y avoir ici un écho de ce qui se passe en Chine notamment depuis 2104, étant précisé que la loi et son interprétation sont celles de Xi Jinping ou du PCC et qu'il s'agit de la justice selon Xi Jinping.

26 民主 *minzhu* a été le terme chinois choisi pour traduire la notion occidentale de démocratie. On retraduit donc systématiquement *minzhu* par démocratie, sans prêter attention au fait que le terme démocratie n'a pas dans un contexte chinois le même sens qu'en Occident. Le phénomène n'est pas complètement identique à celui de 宪政 *xianzheng*, et surtout le terme *minzhu* est plus couramment employé en Chine et plus directement compréhensible que 宪政 *xianzheng* : il désigne l'idée selon laquelle le peuple est le maître du pays, parfois rendue par l'expression « souveraineté du peuple ». Il fait aussi probablement référence à la doctrine politique du *sanminzhuyi* prôné par Sun Yatsen, le « père du pays ».

27 中华人民共和国实行依法治国, 建设社会主义法治国家 *Zhonghua renmin gongheguo shixing yi fa zhi guo, jianshe shehuizhuyi fazhi guojia*.

28 依法治国就是在宪法和法律的范围内施政, 我们要努力建设的是以宪法为基础的民主政治 *yi fa zhi guo jiu shi zai xianfa he falu de fanwei nei shi zheng, women yao nuli jianshe de shi yi xianfa wei tichu de minzhu zhengzhi*.

Soulignons aussi qu'il n'existe pas de réel contrôle de constitutionnalité, ni « aucun mécanisme spécifique visant à garantir la mise en œuvre de la constitution ». Xi Jinping le déplore lui-même. Voir par exemple son discours à l'occasion des 30 ans de l'établissement de la constitution de la RPC, en 2012, disponible sur <http://cpc.people.com.cn/xuexi/n/2015/0720/c397563-27331671.html>, consulté pour la dernière fois en octobre 2022. Depuis lors le propos n'a pas changé. Dans ce même discours de 2012, Xi Jinping rappelant l'essentiel du 18^e Congrès du PCC reprend longuement le sens de « 依法治国 *yi fa zhi guo*, diriger le pays en s'appuyant sur la loi » ; il précise par exemple : « c'est la stratégie de base du Parti pour guider le peuple et gouverner le pays (依法治国是党领导人民治理国家的基本方略) ».

29 On peut trouver ce document en ligne, en chinois, sur https://www.cas.cn/zt/jzt/djzt/xxgcsjlszqzhzj/hyjj/200310/t20031015_2669555.shtml

30 Han Dayuan est directeur exécutif de l'Association du droit chinois, président honoraire de l'Association chinoise de droit constitutionnel, vice-président exécutif de l'Association chinoise pour l'enseignement juridique, vice-président de l'Association chinoise des études pour les procureurs, vice-président de l'Association pour la promotion des échanges juridiques entre les deux rives du détroit de Taiwan, membre du comité d'experts sur la sécurité alimentaire du Conseil des affaires de l'État, expert en chef du projet de recherche et de construction de la théorie marxiste centrale sur le droit constitutionnel, membre du comité consultatif d'experts du Parquet populaire suprême, etc. Il est également membre du comité exécutif de l'Association internationale de droit constitutionnel (AIDC).

31 En 2021, Han Dayuan a notamment écrit un article sur le contenu normatif des « dispositions fondamentales » de l'article 2 de la loi sur la sécurité nationale de Hong Kong, ainsi que sur la connotation normative de « prospérité et stabilité » dans le préambule de la loi fondamentale de Hong Kong.

32 韩大元, 亚洲立宪主义研究, 中国人民公安大学出版社1996年第一版, 2008年第二版.

33 韩大元, 比较宪法学, 高等教育出版社2003年第一版, 2008年第二版, 2021年第三版.

34 Han Dayuan est coauteur de plusieurs ouvrages, dont : 当代人权保障制度, 中国政法大学出版社2000年, *Systèmes contemporains de protection des droits de l'homme*, Presses de l'université de droit et de science politique de Chine, 2000. 基本权利与宪法判例, 中国人民大学出版社2013年版. 2020 年第二版, *Droits fondamentaux et jurisprudence constitutionnelle* (coécrit avec Wang Jianxue 王建学), Presses de l'université du peuple de Chine, 2013, 2^e éd. 2020.

35 « 中国共产党建党初期的人权话语及其变迁 : 1921-1927 zhongguo gongchandang jiandang chuqi de renquan huayu ji qi bianqian : 1921-1927 », 人权, 2021年第2期.

36 D. HAN (éd.) : *Études sur l'histoire de la doctrine chinoise sur la constitution*, Presses de l'université Renmin, 2012, p. 549. « La diffusion de la constitution soviétique en Chine et sa signification contemporaine », in *Études juridiques*, n° 5, 2018, p. 198.

37 J. Xi, « Lettre de félicitations lors du Forum de Pékin sur les droits de l'homme » du 16 septembre 2015, disponible sur http://www.xinhuanet.com/politics/2015-09/16/c_1116583281.htm. J. Xi,

« Discours lors de la conférence commémorant le 200^e anniversaire de la naissance de Marx », le *Quotidien du peuple*, 4 mai 2018.

38 « 人民代表大会制度是坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一的根本制度安排 *renmin daibiao dahui zhidu shi jianche dang de lingdao, renmin dang jia zuo zhi, yi fa zhi guo youji tongyi genben zhidu anpai* ». Voir http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/bmzz/llyjh/2016-06/03/content_1991066.htm, consulté en janvier 2022.

39 « 中国共产党坚持党的领导、人民当家作主、依法治国有机统一 ». Voir les statuts du PCC, disponibles dans une version française et actualisée sur le site de l'agence officielle chinoise, Xinhua : http://french.xinhuanet.com/chine/2017-11/03/c_136726512.htm. L'agence Xinhua a traduit ce propos ainsi en français : « le Parti communiste chinois veille à intégrer de façon organique la direction du Parti, la gouvernance de l'État en fonction de la loi et le maintien du statut des citoyens en tant que maîtres du pays ».

40 Voir par ex. Y. Zou, M. Gu (sous la dir. de), *法学大辞典 Faxue da cidian* (*Grand dictionnaire des termes juridiques*), p. 1278.

41 Voir <http://www.zgflwhw.com/m/view.php?aid=582>, consulté le 10 janvier 2022.

42 L'article 133 de la constitution dispose : « La Cour populaire suprême est responsable devant l'Assemblée populaire nationale et son comité permanent. Les tribunaux populaires locaux aux différents échelons sont responsables devant les organes du pouvoir d'État dont ils émanent ».

43 Les présidents de la CPS et du Parquet populaire suprême rappellent d'ailleurs régulièrement cette soumission à l'APN. Voir par exemple le rapport de Cai Jianming, président du Parquet populaire suprême, devant la 5^e session du XII^e Congrès de l'APN le 12 mars 2017 dans lequel il souligne que le Parquet « est soumis, conformément à la loi, au contrôle et à la supervision de l'Assemblée populaire nationale 依法接受人大监督 *yi fa jieshou renda jianshu*). http://news.xinhuanet.com/politics/2017lh/2017-03/12/c_129507806.htm

44 Sur ces différents points, nous renvoyons à l'article très détaillé du professeur X.-Y. Li-KOTOVTCHIKHINE, « Pragmatisme juridique et contrôle de l'activité judiciaire en Chine post-Mao », RIDC, n° 1-2016, p. 129-151. Voir aussi sa remarque si pertinente sur l'emprise croissante de l'administration sur le système judiciaire (p. 139 et note 54).

45 Pour un commentaire occidental de ces débats, voir par exemple l'article en ligne du 21 janvier 2017 du *Washington Post* : <https://www.washingtonpo>

t.com/world/a-tortured-broken-lawyer-and-a-hawkish-judge-cast-deep-pall-over-chinas-legal-system/2017/01/20/1daf0ff6-dd62-11e6-b2cf-b67fe3285cbc_story.html

46 Le texte original en chinois est disponible sur http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/fztd/sfjs/2009-11/04/content_1525975.htm, consulté le 5 janvier 2022.

47 C'est nous qui soulignons. Voir 最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见 *Zuigao renmin fayuan guanyu jiaqiang he guifan caipan wenshu shuoli de zhidao yijian* (Avis directeur de la CPS sur le renforcement et la standardisation de l'interprétation de la loi et du raisonnement dans les décisions judiciaires), publié le 1^{er} juin 2018. Le texte original en chinois est disponible sur <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-101552.html>, consulté le 10 janvier 2022.

48 « [Nous] préconisons prospérité et puissance (富强 *fuqiang*), démocratie (民主 *minzhu*), civilité (文明 *wenming*), harmonie (和谐 *hexie*) ; [nous] préconisons liberté (自由 *ziyou*), égalité (平等 *pingdeng*), justice (公正 *gongzheng*), gouvernement en s'appuyant sur la loi (法治 *fazhi*) ; [nous] préconisons patriotisme (爱国 *aiguo*), dévouement au travail (敬业 *jingye*), honnêteté ou intégrité (诚信 *chengxin*), amitié (友善 *youshan*). Nous cultivons et appliquons activement les valeurs centrales du socialisme aux caractéristiques chinoises (倡导富强、民主、文明、和谐，倡导自由、平等、公正、法治，倡导爱国、敬业、诚信、友善，积极培育和践行社会主义核心价值观 *Changdao fuqiang, minzhu, wenming, hexie, changdao ziyou, pingdeng, gongzheng, fazhi, changdao, aiguo, jingye, chengxin, youshan, jiji peiyu he jianxing shehui zhuyi hexin jiazhi guan* »). Voir HU Jintao, « 坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进，为全面建成小康社会而奋斗 *Jianding buyi yanzhe zhongguo tese shehuizhuyi daolu qianjin, wei quanmian jiancheng xiaokang shehui er fendou* (Avançons sans faiblir le long de la voie du socialisme aux caractéristiques chinoises, luttons pour la construction complète d'une société de moyenne aisance) », rapport du XVIII^e Congrès national du PCC le 8 novembre 2012, Pékin, Renmin chubanshe, 2012, p. 31-32.

49 « 关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见 *Guanyu shenru tuijin shehuizhuyi hexin jiazhi guan rongru caipan wenshu shi fa shuo li de zhidao yijian* » publié par la CPS le 19 janvier 2021, entré en vigueur le 1^{er} mars 2021. Le texte original en chinois est disponible sur <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-287211.html>, consulté en octobre 2021.

50 Parmi les grandes œuvres de traductions, citons ici les quatre volumes de Constitutions étrangères édités par D. HAN et Q. SUN, « 世界各国宪法shijie ge guo xianfa (Constitutions du monde) », 全4卷, 中国检察出版社2012年10月版 (Presses du Parquet chinois, 2012).

51 中华人民共和国生物安全法, 2020年10月17日. Le texte, en chinois, est disponible sur le site de

l'APN : <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202010/bb3bee5122854893a69acf4005a66059>

52 L'OMS donne les définitions suivantes : Par « sûreté biologique », on entend « la mise en place d'un certain nombre de mesures d'ordre administratif et de gestion du personnel, en vue de réduire le risque de perte, de vol, d'utilisation à mauvais escient, de détournement ou de libération délibérée d'agents pathogènes ou de toxines ». Par « sécurité biologique » on entend « la mise en œuvre d'un certain nombre de principes, de techniques et de pratiques de confinement visant à prévenir le risque accidentel d'exposition à des agents pathogènes ou à des toxines, ou encore de libération de telles substances ». Voir le *Manuel de sécurité biologique en laboratoire* (3^e édition) de l'OMS.

53 Voir la version originale sur http://www.gov.cn/xinwen/2021-03/13/content_5592681.htm

54 Voir 张文显 W. ZHANG, par exemple dans le *Quotidien du Peuple* du 29 juillet 2019, disponible en ligne sur http://www.dangjian.com/shouye/sixianglilun/202005/t20200522_5603631.shtml. Le professeur Zhang Wenxian a beaucoup de responsabilités politiques et académiques ; il est notamment membre du Comité central du PCC et directeur du comité académique de la China Law Society.

RÉSUMÉS

Français

Le « droit public » ou du moins les lois administratives sont prédominantes dans le paysage juridique chinois actuel. Le « droit public » comparé, en tant que discipline ou pratique, occupe une place plus récente mais bien vivante. Il faut toutefois entrer profondément dans la matière et comprendre la logique du discours officiel chinois pour saisir les limites de la comparaison.

Le droit constitutionnel comparé, manié par de grands noms de la doctrine ou par le Parti-État, est utilisé en vue de la justification des systèmes politique et juridique de la République Populaire de Chine. Ce constat

s'étend au droit administratif. S'il peut y avoir pour le Parti-État chinois une comparaison avec les lois étrangères, voire de larges emprunts (dans le domaine de la sécurité biologique par exemple), c'est sur des points techniques précis ou dans des domaines nouveaux, dont la maîtrise est garante de la légitimité du système.

English

Public law predominates in China's current legal landscape. Comparative public law, as a discipline or practice, occupies a more recent and nonetheless vivid position. To understand the limits of this comparison, however, one need to delve deeply into the subject and understand the logic of official Chinese discourse. When undertaken by leading academics and the Party-State, comparative constitutional law studies aim to justify the political and legal systems of the People's Republic of China. This also applies to comparative administrative law. There may be comparisons with foreign legislations, or even extensive borrowing (in the field of biological safety, for example), but only on specific technical points or in new fields, mastery of which is a guarantee of the system's legitimacy.

INDEX

Mots-clés

droit chinois, droit public comparé, valeurs chinoises, sécurité idéologique, constitutionnalisme

Keywords

Chinese law, comparative public law, Chinese values, ideological security, constitutionalism

AUTEUR

Christine Chaigne

Maître de conférences HDR, Aix-Marseille Université

IDREF : <https://www.idref.fr/034367152>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000052595756>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/12512991>

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

Entretien avec Dieter Grimm

Dieter Grimm

Traduction de Aurore Gaillet

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

TEXTE

1/ Votre formation universitaire ou professionnelle vous a-t-elle préparé au maniement du droit comparé ? Si oui, quel a été l'apport de cet enseignement dans votre travail de juge ?

J'y étais assez bien préparé. Certes, il n'y avait pas de cours de droit comparé dans mes études en Allemagne, mais après avoir obtenu mon diplôme, j'ai étudié pendant un an à la faculté de droit et des sciences économiques à Paris et à la Harvard Law School aux États-Unis. Ensuite, j'ai commencé ma carrière professionnelle à l'Institut Max-Planck pour l'histoire européenne du droit à Francfort, où la recherche en droit comparé occupait déjà une place essentielle. Ensuite, en tant que juge constitutionnel à la Cour de Karlsruhe (1987-1999), le droit comparé m'a surtout servi à élargir mon horizon : j'ai pu mieux évaluer la contingence de mon propre droit et j'avais un réservoir d'alternatives ou d'arguments provenant d'ordres juridiques étrangers, auxquels je pouvais recourir. Je dois toutefois ajouter que, pendant cette période à la Cour constitutionnelle fédérale, seuls peu de juges avaient une expérience en droit étranger. Outre moi-même, il n'y avait qu'une seule collègue, Helga Seibert (juge de 1989 à 1998), qui avait étudié à l'étranger (aux États-Unis et en Italie) et qui avait travaillé quelque temps pour l'Union européenne à Bruxelles. La situation est différente aujourd'hui, et la Cour compte bien plus de juges ayant une expérience à l'étranger.

2/ Les recherches en droit comparé sont-elles organisées sur le plan institutionnel au sein de la juridiction dans laquelle vous exercez ou vous avez exercé ?

Non. L'utilisation de l'argument comparé dépend en grande partie du rapporteur. Les conditions à cet égard sont toutefois bonnes à

Karlsruhe : la bibliothèque de la Cour constitutionnelle fédérale dispose en effet d'une importante littérature étrangère. Il arrive en outre que la Cour demande des expertises sur le droit étranger, par exemple aux instituts Max-Planck, ou qu'elle s'adresse à des experts en droit étranger lors de certaines audiences orales.

3/ Lorsque vous avez eu recours au droit comparé, avez-vous suivi une méthode particulière ? Comment avez-vous procédé (avez-vous effectué les recherches vous-même et si oui, comment ? Ou avez-vous eu recours à une cellule de droit comparé, et dans ce cas, comment avez-vous traité les informations reçues) ?

Les tribunaux ont affaire à des cas : le besoin d'informations sur le droit étranger n'apparaît donc qu'à l'occasion d'un cas à trancher. Je me suis dès lors moi-même informé sur le droit étranger au cas par cas. Le plus souvent, l'occasion était donnée par de nouveaux problèmes, pour lesquels il n'existait pas encore de précédent, et pour lesquels il était intéressant de s'informer sur les manières dont d'autres juridictions avaient pu traiter les questions posées. Pour ce faire, je me suis servi de mes propres ressources ou de la bibliothèque de la Cour ; l'aide de mes collaborateurs scientifiques était également importante lorsqu'il s'agissait de faire une étude plus complète sur le droit étranger. S'agissant de votre question sur la méthode, je crois qu'il n'existe pas de méthode spécifique pour l'utilisation de sources étrangères. J'hésite également à considérer la comparaison des constitutions comme une méthode d'interprétation, comme certains le font.

4/ Quelles sont les sources que vous avez mobilisées pour mener à bien des recherches sur des droits étrangers (législation, jurisprudence, doctrine universitaire...) ?

La plupart du temps, il s'agit de textes constitutionnels et de décisions de la Cour constitutionnelle, plus rarement de littérature scientifique d'un autre pays. On travaille toujours dans l'urgence ; il y a toujours de nombreux cas en suspens qui attendent d'être traités : c'est pourquoi on est contraint de faire une sélection, tant au niveau des pays que des sources. Il ne s'agit pas d'écrire un traité scientifique, mais de trancher un cas, et les informations comparatives sont intégrées, si elles sont utiles, dans le rapport (*Votum*) présenté par le rapporteur de la décision.

Conformément au procédé allemand, ce rapport présente le cas, analyse les décisions des juridictions inférieures, évalue la littérature scientifique et – si le rapporteur le souhaite – les expériences étrangères. Le rapporteur élabore ensuite un avis (*Gutachten*) sur le cas et propose une décision. Mais celle-ci ne s'apparente pas à un projet de jugement ; il s'agit seulement de proposer la base de la délibération du tribunal. Ce n'est que sur la base de cette délibération et du vote s'ensuivant que le projet de jugement est rédigé, puis examiné une nouvelle fois, page par page. La décision finale est généralement plus courte que le rapport proposé par le rapporteur, et les ressources issues de la doctrine et des jurisprudences étrangères n'y sont pas nécessairement reprises. Si l'on ne trouve pas de références à des jugements étrangers dans une décision, cela ne signifie donc pas qu'ils n'ont pas joué un rôle dans la délibération.

5/ Que vous apportent les échanges avec les juges ou bien les universitaires étrangers lors de rencontres officielles et/ou informelles ? Est-ce que cela vous permet de mieux comprendre le droit et la culture étrangère ? Est-ce que cela vous éclaire sur votre propre droit ?

L'échange d'expériences avec des juges d'autres juridictions a toujours été particulièrement précieux pour moi. Lorsque l'on fait du droit constitutionnel comparé, il ne suffit pas de comparer les textes constitutionnels et les textes des différents arrêts auxquels on peut avoir à faire. Il faut aussi connaître le contexte dans lequel ils ont été élaborés et appliqués ; il faut connaître les pratiques informelles qui peuvent jouer un rôle dans la formation des jugements ; il faut connaître la place de la Cour dans le système politique et l'impact de ses décisions. Or, précisément, les livres et les textes ne suffisent pas pour appréhender l'ensemble de ces éléments : c'est quelque chose que l'on apprend aussi en échangeant entre collègues et pairs !

Ma période en tant que juge à Karlsruhe a coïncidé avec le « tournant » de 1989/90 (chute du mur de Berlin, Réunification). De nombreux anciens régimes socialistes, militaires, racistes ou autoritaires se sont alors dotés de nouvelles constitutions et ont établi de nouvelles cours constitutionnelles. Des délégations de ces cours n'ont pas manqué de venir à Karlsruhe. C'est ainsi, par exemple, que la Cour constitutionnelle sud-africaine s'est rendue à Karlsruhe

immédiatement après sa mise en place par le président Mandela. La Cour constitutionnelle russe est venue pas moins de trois fois pour différents entretiens avec nous. De même, les contacts avec des cours constitutionnelles déjà établies se sont intensifiés.

Je peux en outre mentionner l'importance toute particulière qu'a joué pour moi le séminaire sur le constitutionnalisme global (*Global Constitutionalism Seminar*), organisé chaque année depuis 1996 par la Yale Law School. Il s'agit d'une rencontre réunissant 12 à 15 juges constitutionnels ou juges suprêmes de différents pays, lesquels discutent trois jours durant avec les professeurs de droit constitutionnel de la Law School. Or les discussions se font sur la base de droit comparé/étranger, que chaque participant reçoit avant la conférence. Cela a donné aux discussions un caractère très concret. Les actes publiés de ces séminaires sont un véritable trésor pour la comparaison constitutionnelle (ils sont désormais accessibles par voie électronique). S'agissant des participants français (du Conseil constitutionnel), Noëlle Lenoir a participé au début, puis Olivier Dutheillet de Lamothe. Aujourd'hui, Laurent Fabius vient à New Haven. Ces discussions ont énormément enrichi mes connaissances en droit comparé. Et, comme toujours pour l'apport du droit comparé, je connais aujourd'hui beaucoup mieux les spécificités de mon propre système juridique : elles n'apparaissent comme des particularités que lorsqu'on les compare à d'autres systèmes constitutionnels !

Plus encore, les contacts se sont poursuivis après les discussions. Il n'était pas rare de recevoir des appels de juges de nouveaux tribunaux confrontés à un problème et souhaitant savoir s'il existait déjà une jurisprudence en la matière en Allemagne. D'autres conséquences pourraient également être mentionnées : vous n'imaginez pas le nombre de fois où des juges de cours constitutionnelles plus récentes m'ont demandé d'écrire très précisément comment fonctionne le principe de proportionnalité !

6/ Selon vous, est-il légitime, du point de vue démocratique, que le recours au droit comparé ou bien aux précédents étrangers par les juges puisse conduire à la production de nouvelles normes ou bien à des interprétations jurisprudentielles très créatives du droit ?

Je n'ai aucune difficulté à prendre en compte les connaissances issues du droit constitutionnel comparé. Simplement, je ne les applique pas de la même manière que lorsqu'il s'agit d'appliquer la loi fondamentale allemande. En tant que juge allemand, je ne suis lié que par celle-ci (lorsqu'il s'agit de déterminer le sens d'une norme de droit allemand) et la connaissance du droit étranger peut simplement être utile dans certains cas. Il en va du droit comparé comme de la littérature scientifique. Elle m'inspire, mais ne me lie pas.

7/ Pourriez-vous nous fournir des exemples d'affaires que vous avez eu à juger, dans lesquelles le recours au droit comparé s'est imposé comme une nécessité, et expliquer pourquoi ?

Oui, il arrive bien sûr que l'application du droit allemand présuppose la connaissance du droit étranger. C'est plus rare en droit constitutionnel qu'en droit privé, mais pas impossible : cela arrive par exemple pour les extraditions (article 16, alinéa 2 de la loi fondamentale) qui ne peuvent être autorisées que si un traitement conforme à l'État de droit et à la dignité humaine est assuré à l'étranger. Seule la connaissance du droit étranger et de sa pratique d'application permet de déterminer si cette condition est remplie.

8/ À votre avis et sur la base de votre expérience, existe-t-il une spécificité du droit public comparé par rapport au droit privé comparé ?

Je ne vois pas de différences fondamentales entre le droit public comparé et le droit privé comparé ; mais je sais simplement que le droit privé comparé a une tradition plus ancienne.

9/ Au sein du droit public, existe-t-il une branche du droit qui se prête le mieux à la comparaison ou dans le cadre de laquelle l'exigence comparative se pose avec une particulière acuité ? Si oui, pourriez-vous en donner une ou deux illustrations.

Il existe une différence entre le droit constitutionnel et le droit ordinaire. Le premier n'est certes pas permanent, mais il est en grande partie bien plus vague et ouvert que ne l'est le droit légiféré. L'ensemble du catalogue des droits fondamentaux laisse presque toutes les questions importantes ouvertes, et il s'agit ensuite d'y répondre en appliquant les droits fondamentaux. La part d'éléments « volontaires » est donc ici bien plus importante que la part

d'éléments « cognitifs ». En conséquence, la possibilité d'utiliser des expériences de comparaison des constitutions lors de l'interprétation est également plus importante.

10/ Quelle différence faites-vous entre l'application du droit comparé dans le cadre de l'exercice de votre fonction juridictionnelle et la réflexion autour du droit comparé dans les écrits de doctrine que vous avez pu rédiger dans ce domaine ?

En tant que juge, je ne suis tenu que par le droit national (et, dans la mesure où il est applicable en Allemagne, par le droit de l'Union et par la Convention européenne des droits de l'homme). Comme je l'indiquais plus haut, le droit comparé ne peut jamais être pour le juge qu'une aide à la connaissance du droit national. Du reste, lorsque j'agis en tant que juriste, lorsque je fais un travail de dogmatique juridique, c'est-à-dire que je cherche à interpréter et à appliquer correctement le droit national, il n'en va pas autrement. Et si, toujours en tant que juriste, je choisis de ne pas faire de dogmatique juridique, mais de faire une étude théorique, historique, sociologique ou politique, alors je ne suis pas lié par le droit national : ce qui compte dans ce cas, ce n'est pas la solution dogmatiquement correcte, mais la connaissance correcte.

Dans tous les cas, le droit comparé n'a de sens que si l'on ne s'arrête pas aux textes, mais que l'on prend en compte le contexte du droit étranger. C'est ce qui rend le droit comparé si difficile, mais aussi si attrayant.

11/ Est-ce que la prise en compte du droit de l'Union européenne ou du droit de la Convention européenne des droits de l'homme lors de l'exercice de votre fonction juridictionnelle constitue pour vous un exercice de comparaison ?

Pendant les années où j'étais juge à Karlsruhe, les questions de droit de l'Union et de CEDH ne jouaient pas encore de rôle important. En ce qui concerne le droit de l'Union, il y avait peut-être une fois tous les deux ans une affaire liée au droit européen. Aujourd'hui, de telles affaires arrivent tous les deux mois ! La situation était similaire avec la CEDH. Le droit allemand se caractérise en effet par un niveau très élevé en matière de protection des droits fondamentaux. Les conflits avec la CEDH ont ainsi longtemps été rares. Mais cela aussi a changé :

la Cour de Strasbourg s'est affirmée et, à Karlsruhe, il n'est plus rare d'interpréter les droits fondamentaux de la loi fondamentale en cherchant à éviter les conflits avec les droits fondamentaux de la CEDH, tels qu'interprétés par la Cour de Strasbourg. Il reste cependant que, s'il y a un conflit qui ne peut être résolu, les droits fondamentaux de la loi fondamentale priment. Je peux rappeler que l'Allemagne, pays « dualiste » d'un point de vue du droit international, a ratifié la CEDH au rang de droit simple, c'est-à-dire inférieur à celui de la loi fondamentale. En ce qui concerne le droit de l'Union, la Cour constitutionnelle fédérale s'efforce également de trouver des solutions compatibles. Mais elle rencontre des limites, comme l'a récemment montré l'affaire du programme d'achat d'obligations de la Banque centrale européenne (arrêt du 5 mai 2020, largement commenté en Allemagne et à l'étranger !).

AUTEUR

Dieter Grimm

Juge honoraire à la Cour constitutionnelle allemande

IDREF : <https://www.idref.fr/032456182>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000010931184X>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/12348251>

TRADUCTEUR

Aurore Gaillet

Professeure à l'université Toulouse 1 Capitole

IDREF : <https://www.idref.fr/152349359>

ORCID : <http://orcid.org/0000-0002-1273-8366>

ISNI : <http://www.isni.org/00000000359408118>

Entretien avec Bernard Stirn

Bernard Stirn

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

TEXTE

1/ Votre formation universitaire ou professionnelle vous a-t-elle préparé au maniement du droit comparé ? Si oui quel a été l'apport de cet enseignement dans votre travail de juge ?

Dans ma vie professionnelle, le droit comparé a progressivement pris sa place, au fur et à mesure que l'espace juridique européen se construisait. L'influence du droit communautaire s'est accrue. Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est apparu après que la France a ratifié la convention en 1974 puis adhéré en 1981 au droit de recours individuel. Ces deux sources européennes appelaient une connaissance de la manière dont elles étaient appliquées par les autres pays. Plus largement, il s'est avéré qu'un droit européen naissait de la conjugaison du droit de l'Union, du droit de la Convention et des différents droits nationaux, qui interagissent les uns sur les autres. Participer à la construction de ce droit européen appelait à s'intéresser non seulement au droit de l'Union et au droit de la Convention mais aussi au droit des autres pays.

C'est dans ce contexte que j'ai été conduit à pratiquer le droit comparé, au travers d'une approche pragmatique, sans formation particulière, même si à Sciences Po, le droit comparé était présent dans les enseignements que j'avais suivis, en particulier en droit constitutionnel.

2/ Les recherches en droit comparé sont-elles organisées sur le plan institutionnel au sein de la juridiction dans laquelle vous avez exercé ?

Le travail de membres du Conseil d'État est un travail individuel, qui demeure en grande partie de nature artisanale, sur le droit comparé comme sur les autres sujets. Dans un souci de meilleure efficacité, des équipes d'aide à la décision ont néanmoins été créées. Pour ce qui

concerne le droit comparé, une cellule spécifique a été mise en place en 2008, au sein du Centre de recherches et de diffusion juridiques. Placée sous l'autorité des trois membres du Conseil d'État qui dirigent ce centre, elle comprend un agent recruté sur contrat ainsi que des assistants de justice et des stagiaires, qui sont de jeunes diplômés en fin d'études. Depuis l'origine, un de ces jeunes est un diplômé de l'université américaine de Cornell, qui assure à un de ses doctorants francophones un séjour de travail d'une année en France. L'équipe groupe des compétences linguistiques diversifiées, anglais, allemand et espagnol notamment. La cellule accomplit un travail de veille juridique en suivant les décisions des deux cours européennes et des principales cours constitutionnelles et cours suprêmes nationales. Elle accomplit des recherches à la demande des chambres de la section du contentieux comme des sections administratives du Conseil d'État.

3/ Lorsque vous avez eu recours au droit comparé, avez-vous suivi une méthode particulière ? Comment avez-vous procédé (avez-vous effectué les recherches vous-même et si oui, comment ? Ou avez-vous eu recours à une cellule dédiée, et dans ce cas, comment avez-vous traité les informations reçues) ?

Au départ, notamment lorsque j'étais commissaire du gouvernement, j'ai effectué mes recherches de droit comparé, comme mes autres recherches, et comme tous mes collègues, par des travaux individuels, au travers d'ouvrages, d'articles, de bases de données. Lorsque la cellule de droit comparé a été créée, j'étais président de la section du contentieux. Je l'ai alors sollicitée à de nombreuses reprises, en précisant autant que possible l'objet précis de mes interrogations. Les informations documentées apportées par la cellule m'ont été très souvent précieuses. De manière générale, les membres du Conseil d'État combinent ainsi les travaux individuels de recherches et le recours à la cellule.

4/ Quelles sont les sources que vous avez mobilisées pour mener à bien les recherches sur des droits étrangers (législation, jurisprudence, doctrine universitaire) ?

Les différentes sources se combinent naturellement. Toutefois la jurisprudence des cours européennes, des cours constitutionnelles et

des cours suprêmes nationales occupe une place particulièrement importante et significative.

5/ Que vous apportent les échanges avec les juges ou les universitaires étrangers lors de rencontres officielles et/ou informelles ? Cela vous permet-il de mieux comprendre le droit et la culture étrangère, ou même votre propre droit ?

Ces rencontres sont à la fois diversifiées, nombreuses et essentielles. Des échanges bilatéraux sont régulièrement organisés entre les juridictions nationales. Le Conseil d'État français entretient des liens étroits avec, en particulier, ses homologues de Belgique, des Pays-Bas, d'Italie, de Grèce. Il a noué un partenariat très solide avec le Judicial Committee de la Chambre des lords puis avec la Cour suprême du Royaume-Uni qui lui a succédé en 2009. Il rencontre la Cour de Karlsruhe comme la Cour administrative fédérale allemande de Leipzig. Hors d'Europe, il échange avec les juridictions suprêmes de nombreux pays, du Liban à la Colombie, de la Tunisie à la Thaïlande, du Sénégal à Israël. Des associations internationales organisent des contacts multilatéraux, en particulier l'Association internationale des hautes juridictions administratives, qui compte parmi ses membres les juridictions de 86 pays et dont le siège est au Conseil d'État français, ainsi qu'au sein de l'Union européenne, l'association Aca-Europe, qui groupe les cours des pays de l'Union statuant en dernier ressort en matière administrative. Avec la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme, les échanges, facilités par des réseaux internet, sont constants. Le séminaire de rentrée lors duquel la Cour de Strasbourg réunit l'ensemble des juridictions suprêmes des pays du Conseil de l'Europe constitue chaque année un moment fort. Aux liens institutionnels s'ajoutent de nombreux contacts plus informels entre juges et universitaires. Ces échanges confèrent aux travaux juridiques une dimension davantage personnelle. Ils sont un élément déterminant de la compréhension réciproque. Pour reprendre l'expression de Mireille Delmas-Marty, ils conduisent « sur les chemins d'un *jus commune* universalisable ». Ils aident aussi à mieux comprendre son propre pays. « J'avoue que dans l'Amérique, j'ai vu plus que l'Amérique », écrivait déjà Tocqueville.

6/ Selon vous, est-il légitime, du point de vue démocratique, que le recours, par un juge, au droit comparé ou aux précédents étrangers

puisse conduire à la production de nouvelles normes juridiques ?

La question du pouvoir normatif de la jurisprudence revêt une portée générale. Tout est en vérité question d'équilibre. Le juge ne peut se borner à être « la bouche de la loi » car celle-ci ne saurait avoir tout prévu. Son application appelle des interprétations et demande des appréciations. Mais les exigences démocratiques interdisent au juge de se substituer aux autres pouvoirs, législatif et exécutif, qui tirent leur légitimité du suffrage et ont leur propre marge de décision, de choix, d'impulsion. Il est vrai qu'avec la place croissante des droits fondamentaux, garantis par des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, le rôle du juge tend à s'élargir. Il est toutefois des limites que, par une forme de « *self restraint* », il lui incombe de respecter.

Dans ce cadre, le recours par le juge au droit comparé, aux précédents étrangers trouve toute sa place puisque l'univers juridique est aujourd'hui gagné par la mondialisation et se trouve en quête d'harmonisation. Le droit s'écrit, se construit, s'applique au-delà des frontières. Un juge dont le regard se bornerait à son espace national ne remplirait pas complètement son office. Il lui appartient de connaître les évolutions étrangères et de les intégrer à son propre raisonnement, non comme des impératifs mais comme des sources de réflexion et d'inspiration. Sans méconnaître les particularités nationales, la convergence est à rechercher dès lors qu'il n'existe pas de raison de se différencier. L'unité n'est toutefois pas l'uniformité. De larges marges nationales d'appréciation sont à respecter. L'exercice se pratique de toute façon à l'intérieur de ce qui revient au juge. En toutes circonstances, celui-ci doit veiller à ne pas céder à une sorte d'« *ubris* » qui le conduirait à empiéter sur les autres pouvoirs et à compromettre ainsi les fondements de l'édifice démocratique.

7/ Pourriez-vous nous fournir des exemples d'affaires que vous avez eu jugées, dans lesquelles le recours au droit comparé s'est imposé comme une nécessité, et expliquer pourquoi ?

Le premier exemple que j'ai rencontré, alors comme commissaire du gouvernement, concernait la compatibilité avec la Convention européenne des droits de l'homme de la loi française du 15 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de grossesse. La question s'est posée devant le Conseil d'État après la reconnaissance par l'arrêt

Nicolo du 20 octobre 1989 de la pleine supériorité des traités sur les lois, même plus récentes. Pour bien éclairer le Conseil d'État, qui s'est prononcé par une décision du 21 décembre 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques, il était important de lui indiquer que la totalité des cours constitutionnelles et des cours suprêmes qui avaient eu à s'interroger sur la compatibilité de lois autorisant l'interruption volontaire de grossesse avec le droit à la vie avait répondu par l'affirmative, dès lors bien sûr que la loi apportait aussi un encadrement suffisant. Mes conclusions – et c'était pour moi une première – contiennent ainsi des développements de droit et de jurisprudence comparés. J'ai retrouvé à de nombreuses reprises par la suite ce besoin de droit comparé, par exemple, dans les années plus récentes, pour statuer sur la douloureuse affaire de fin de vie de Vincent Lambert ou pour apprécier la compatibilité avec les droits fondamentaux des mesures prises pour lutter contre le terrorisme. La crise sanitaire conduit aujourd'hui aussi à des analyses de droit comparé.

8/ À votre avis et selon votre expérience, existe-t-il une spécificité du droit public comparé par rapport au droit privé comparé ?

Je ne suis pas sûr qu'il existe une différence de nature entre droit public comparé et droit privé comparé. Mais peut-être parce qu'il porte par définition sur des questions d'intérêt général, sur des thèmes de large portée, qui se retrouvent dans les divers pays, le droit public recourt-il plus naturellement au droit comparé que le droit privé.

9/ Existe-t-il une branche du droit public se prêtant plus qu'une autre à la comparaison ou pour laquelle l'exigence de comparaison se pose avec une particulière acuité ? Si oui, pourriez-vous nous en donner une ou deux illustrations ?

Là aussi il me semble que la question est affaire de degré plus que de nature. L'ensemble du droit public est de plus en plus irrigué par le droit comparé. Mais le droit de la fonction publique ou celui de la commande publique sont moins concernés que des branches plus ouvertes sur le monde, comme le droit des libertés ou celui des grandes politiques publiques menées à l'échelle internationale. À l'intérieur du droit des libertés, des questions comme le séjour et l'éloignement des étrangers, l'extradition, le droit d'asile sont

particulièrement marquées par le droit comparé. Parmi les grandes politiques publiques, la régulation de l'internet et des réseaux numériques, la protection de l'environnement, notamment la lutte contre le réchauffement climatique, ne se conçoivent qu'au niveau international et font dès lors un large appel au droit comparé.

10/ Quelle différence faites-vous entre l'application du droit comparé dans le cadre de l'exercice de votre fonction juridictionnelle et la réflexion autour du droit comparé dans les écrits de doctrine que vous avez pu rédiger ?

Il y a naturellement des liens et des interactions entre les deux. Toutefois les deux sphères sont bien distinctes. L'activité juridictionnelle est profondément collégiale. Si elle se nourrit de la réflexion de ceux qui y participent, elle est fondamentalement le fruit de débats, d'échanges, qui s'enrichissent des travaux individuels mais ne se confondent pas avec eux. En outre le juge donne de manière pragmatique la réponse qui lui paraît appropriée à une question déterminée qui lui est soumise. Il procède pas à pas à la construction de la jurisprudence. L'approche systématique de la doctrine l'éclaire mais, dans l'exercice quotidien de son office, il raisonne de manière empirique à partir des données de l'espèce, sans chercher à édifier à partir de chaque cas une théorie à vocation générale.

11/ La prise en compte du droit de l'Union européenne ou du droit de la Convention européenne des droits de l'homme lors de l'exercice de votre fonction juridictionnelle constitue-t-elle, pour vous, un exercice de comparaison ?

L'ordre juridique intégré de l'Union européenne a sa propre logique. À un moindre degré de précision, il en va de même de l'ordre juridique de la Convention. Ces deux ordres s'influencent en outre mutuellement. Leur prise en compte et l'analyse de leurs rapports relèvent de l'étude de systèmes plus que du droit comparé. Toutefois ces deux ordres européens se construisent à partir des ordres juridiques nationaux. Ils en élaborent une forme de synthèse tout en contribuant à leur évolution. Ce mouvement incessant d'incidences réciproques, de fertilisation croisée, de construction de réseaux interactifs confère à la dynamique européenne, de l'Union comme de la Convention, une forte dimension de droit comparé. Le droit de l'Union et le droit de la Convention appellent tous deux une approche

comparative pour comprendre leur portée, mesurer leurs effets,
définir leurs perspectives.

AUTEUR

Bernard Stirn

Président de section honoraire au Conseil d'État, membre de l'Institut, président
de la Société de législation comparée

IDREF : <https://www.idref.fr/029035074>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000117483721>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/12074535>

Entretien avec Nicolò Zanon

Nicolò Zanon

Traduction de Nicoletta Perlo

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

TEXTE

1/ Votre formation universitaire ou professionnelle vous a-t-elle préparé au maniement du droit comparé ? Si oui, quel a été l'apport de cet enseignement dans votre travail de juge ?

Le droit comparé est une partie essentielle de ma formation culturelle en tant que juriste. Je me suis diplômé en droit public comparé, avec Giorgio Lombardi, à la faculté de droit de l'université de Turin. Ainsi, la spécificité du droit comparé m'a accompagné dès les premiers moments de mon activité de chercheur. Pendant mes études universitaires, j'avais également suivi, et je m'en souviens avec plaisir, les cours d'éminents comparatistes-privatistes tels que Rodolfo Sacco et Antonio Gambaro. Surtout, après avoir obtenu mon diplôme, j'ai participé à un doctorat en droit comparé à l'université de Florence, dirigé ces années-là par Alessandro Pizzorusso. Il s'agissait d'un cours de doctorat à accès mixte, admettant à la fois les chercheurs en droit public et en droit privé. C'est précisément pour cette raison que je me souviens que, pour me préparer au concours d'entrée, j'avais dû privilégier, en plus des questions propres à la discipline du droit public, des questions essentielles relevant de la méthode comparative. Il s'agissait, comme on le sait, de problèmes théoriques généraux essentiels pour le droit comparé. Ces études ont été utiles et fructueuses. Pour cette raison, je ne suis pas du tout mal à l'aise lorsque, dans le cadre de mon travail à la Cour constitutionnelle, des problèmes se posent concernant les relations avec d'autres systèmes, avec d'autres cours, ou avec des institutions qui sont de toute façon connues et appliquées en dehors du système italien. Mais, précisément parce que je suis conscient des graves problèmes de méthode que pose la comparaison, je n'ai pas d'enthousiasme naïf ni d'amours faciles à cet égard.

2/ Les recherches en droit comparé sont-elles organisées sur le plan institutionnel au sein de la juridiction dans laquelle vous exercez ou vous avez exercé ?

Au sein de la Cour constitutionnelle italienne, il existe un bureau d'études dont l'une des sections est consacrée à la recherche et à l'analyse des actualités (arrêts, réformes législatives, etc.) juridico-constitutionnelles des principaux pays européens (France, Allemagne, Espagne) et des États-Unis. Le bureau conduit des études, également à la demande de certains juges et en prévision de certaines décisions. Il envoie périodiquement des notes d'information sur la jurisprudence et la législation en vigueur. Un « *Quaderno* » est en cours de lancement : pour chaque audience – si les affaires l'exigent – le « cahiers de notes » fournit des informations sur l'état de la jurisprudence constitutionnelle dans d'autres pays sur des matières ou institutions similaires à celles qui font l'objet de la question de constitutionnalité à traiter. Des mises à jour de la jurisprudence européenne et supranationale (Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice UE) sont également fournies sur les mêmes sujets.

3/ Lorsque vous avez eu recours au droit comparé, avez-vous suivi une méthode particulière ? Comment avez-vous procédé (avez-vous effectué les recherches vous-même et si oui, comment ? Ou avez-vous eu recours à une cellule de droit comparé, et dans ce cas, comment avez-vous traité les informations reçues) ?

Dans les cas où j'ai considéré que des informations comparatives étaient utiles pour préparer la discussion d'une affaire particulière, j'ai fait une demande en ce sens à la section de droit comparé du bureau d'étude, coordonnée par un professeur d'université. Dans d'autres cas, ou à côté de celui-ci, j'ai fait appel à mes connaissances préalables sur le sujet. Les informations ainsi recueillies sont généralement intégrées dans la fiche d'information sur la question, qui est distribuée à tous les collègues juges. Il est rare, cependant, que ces mêmes informations apparaissent ensuite dans le jugement final (j'en explique les raisons et j'aborde le sujet plus en détail ci-dessous dans ma réponse à la question 6).

4/ Quelles sont les sources que vous avez mobilisées pour mener à bien des recherches sur des droits étrangers (législation,

jurisprudence, doctrine universitaire...) ?

Habituellement, pour connaître le droit en vigueur dans un pays donné sur une certaine institution juridique, on a recours non seulement au droit positif, mais aussi à la jurisprudence en la matière. Le recours à la doctrine est plus rare. Ceci est généralement dû à une certaine diminution des références doctrinales dans la recherche et dans le matériel accompagnant la préparation des questions à la Cour constitutionnelle. C'est un phénomène rétrograde qui concerne naturellement aussi la doctrine italienne. Les raisons de cette situation devraient faire l'objet d'une enquête approfondie.

5/ Que vous apportent les échanges avec les juges ou bien les universitaires étrangers lors de rencontres officielles et/ou informelles ? Est-ce que cela vous permet de mieux comprendre le droit et la culture étrangère ? Est-ce que cela vous éclaire sur votre propre droit ?

Lors de différents conférences et congrès, j'ai eu l'occasion de rencontrer des collègues juges d'autres cours constitutionnelles. C'est notamment le cas lors de la réunion dite « quadrilatérale », qui réunit périodiquement les juges constitutionnels italiens, espagnols, portugais et français. Ces rencontres sont très utiles, non seulement parce qu'elles permettent de cimenter des connaissances personnelles, mais aussi parce qu'elles permettent de pénétrer un peu plus profondément dans le climat culturel d'un pays donné, et donc de mieux comprendre les problèmes juridiques essentiels et la façon dont les tribunaux les traitent. De plus, dans ces réunions, j'ai pu expérimenter sérieusement l'existence de problèmes communs en termes de méthodes de travail, de solutions expérimentées, ainsi que les difficultés quotidiennes posées par un travail nécessairement « collégial ». En outre, il apparaît qu'une certaine différence entre les cours – également en ce qui concerne les rapports entre les juges qui la composent – est due à la circonstance que dans une Cour l'opinion dite dissidente puisse être utilisée ou non. En Italie, cette possibilité n'existe pas pour le moment. Il s'agit pour moi d'une limitation négative. Le contact avec les tribunaux qui en disposent me confirme qu'il serait bon de l'introduire dans le système italien. Voici un résultat de la comparaison...

6/ Selon vous, est-il légitime, du point de vue démocratique, que le recours au droit comparé ou bien aux précédents étrangers par les juges puisse conduire à la production de nouvelles normes ou bien à des interprétations jurisprudentielles très créatives du droit ?

Ma réponse est essentiellement négative. Mais soyons clairs : la connaissance de ce qui se passe dans d'autres pays sur une certaine question est certainement un facteur positif. Les choses doivent être connues, l'information doit circuler. Une Cour qui « ne sait pas » ce qui se passe ou s'est passé ailleurs sur les sujets dont elle s'occupe est une Cour appauvrie. Et je ne pense pas qu'il soit utile de faire référence aux présupposés culturels qui, par exemple, fondent l'« exceptionnalisme américain », ni de rappeler la controverse entre Breyer et Scalia sur l'opportunité de connaître et de citer le droit étranger dans les arrêts de la Cour suprême. Dans l'expérience italienne, il est arrivé et il arrive souvent que des informations comparatives soient présentes dans la décision, lorsque cela est utile au développement de la motivation. Mais voici les précautions à prendre. Il faut savoir que chaque citation de la jurisprudence étrangère, dans les jugements constitutionnels italiens, est particulièrement remarquée et soumise à analyse : les observateurs (et la doctrine) se demandent, en effet, pourquoi la Cour cite précisément cet arrêt, de cette Cour, et pas un autre arrêt, d'une autre Cour. Dans certains cas, il semble facile de répondre que cela se produit parce qu'il s'agit d'affaires classiques et bien connues, et que la citation est donc neutre. Mais dans d'autres cas, ce n'est pas possible puisqu'il s'agit d'arrêts moins connus ou particulièrement novateurs, et leur citation dans l'arrêt italien est tout sauf neutre. La citation indique, bien au contraire, une certaine adhésion ou propension aux solutions contenues dans ce prononcé. Un exemple typique de ce dernier type de citation est la mention d'un arrêt de la Cour suprême du Canada (arrêt du 6 février 2015, *Carter c. Canada*, 2015, CSC 5) et d'un arrêt de la Cour suprême du Royaume-Uni (arrêt du 25 juin 2014, *Nicklinson et autres*, UKSC 38) dans le célèbre prononcé (ord. n° 207 de 2018) de la Cour italienne, qui a « prospecté » (sans la déclarer immédiatement) l'inconstitutionnalité du délit d'aide au suicide (article 580 du Code pénal italien), en reportant le jugement de la Cour et en donnant au Parlement le temps (qui par la suite n'a pas été utilisé) d'élaborer une réforme

législative. Je dois révéler que ces citations ne m'enthousiasment pas du tout, précisément parce qu'elles tendent à « transplanter » dans le système juridique italien des choix nés dans d'autres contextes. En tout état de cause, il s'agit d'établir à l'avance quel est le sens des citations dont nous discutons. S'agit-il simplement d'informations neutres, comme on le disait ? Indiquent-ils plutôt qu'une certaine solution a déjà été jugée praticable par une autre juridiction et qu'elle doit donc être suivie par la juridiction italienne ? Indiquent-ils, plus encore, qu'une certaine direction jurisprudentielle commune est en train de se former ou s'est formée, une direction de principe, qui transcende les différents systèmes nationaux, les différents droits positifs, les différentes constitutions, les différentes cultures constitutionnelles, et qui représente un standard d'appréciation et de solution vers lequel nous devons maintenant tous tendre ? J'ai de fortes réticences à l'égard de ces affirmations. Tout d'abord, toute transplantation juridique est risquée et irréaliste, ainsi que superficielle, comme le savent d'ailleurs les comparatistes avertis. En outre, dans le cas des cours constitutionnelles, je ne pense pas choquer qui que ce soit en disant que leur tâche consiste essentiellement à comprendre ce qui peut être déduit de leur propre constitution, sans se laisser emporter par l'attrait de solutions qui ont mûri en présence d'autres textes constitutionnels, peut-être similaires mais différents. Et pour répondre précisément à la deuxième partie de la question, où l'on demande si le recours au droit comparé peut même conduire à la production de normes ou, en tout cas, à des interprétations novatrices, je réponds résolument ceci : la création – par le biais d'arrêts qui contiennent des citations, éventuellement réciproques, et qui renvoient d'une Cour à l'autre – d'un droit commun jurisprudentiel transnational répond à des logiques qui n'ont rien à voir avec la démocratie, la souveraineté et la séparation des pouvoirs, faisant plutôt allusion à des sources de légitimation culturelle élitiste difficilement acceptables. Comme le dit R. H. Bork, nous sommes ici en présence d'un droit créé par une sorte de *new class* de juristes académiques et/ou en toge, formés de la même manière, progressistes et « éclairés », qui adhèrent aux mêmes « valeurs » et les imposent dans leurs systèmes juridiques respectifs (*Coercing virtue : the worldwide rules of judges*, 2002, trad. *Il giudice sovrano*, édité par S. Fabi et S. Sileoni, Liberlibri, Macerata 2004, p. 9 ss). Bien sûr, je ne veux pas dramatiser : je sais bien que,

parmi les formes de légitimation de la participation aux processus de création normative, la légitimation *démocratique* n'est certainement pas la seule, et la légitimation de type *technico-élitiste* – la légitimation des techniciens eux-mêmes ! –, depuis Max Weber, est pleinement présente dans les descriptions traditionnelles des processus réels de formation du droit. Toutefois, j'ai le sentiment que dans les cas tels que ceux que je viens de décrire on va décidément au-delà de ce qui est raisonnablement acceptable.

7/ Pourriez-vous nous fournir des exemples d'affaires que vous avez eu à juger, dans lesquelles le recours au droit comparé s'est imposé comme une nécessité, et expliquer pourquoi ?

Je me rappelle notamment d'une question, tranchée par l'arrêt n° 20 de 2019, au sujet des obligations de publication en ligne des données relatives au patrimoine et aux revenus des dirigeants publics. L'arrêt, au nom de la protection de la vie privée, a considérablement réduit la portée de ces obligations, initialement introduites au nom d'une transparence maximale et de la nécessité de lutter contre la corruption et les malversations dans les administrations publiques. J'ai demandé au préalable au service compétent une étude comparative et nous avons constaté que des questions très proches de celle que nous devions trancher avaient été traitées par d'autres cours constitutionnelles. Les solutions élaborées à l'étranger, par ailleurs, confortaient la décision que nous avons adoptée par la suite. Toutefois, il n'a pas été jugé opportun de citer ces arrêts, à la fois parce qu'ils auraient déplacé le centre du raisonnement, qui était très concentré sur le droit positif interne, et parce qu'ils avaient mûri dans des contextes constitutionnels et réglementaires différents. Si l'on veut, les raisons indiquées dans la réponse n° 6, ainsi que le fait que j'étais le rapporteur de l'affaire, peuvent expliquer pourquoi les jurisprudences étrangères finalement n'ont pas été citées.

8/ À votre avis et sur la base de votre expérience, existe-t-il une spécificité du droit public comparé par rapport au droit privé comparé ?

Il s'agit d'une question difficile, qui possède de larges implications théoriques. Ici, c'est le professeur qui parle, pas le juge, il faut le préciser. Spontanément on aurait envie de répondre que des souverainetés distinctes, des constitutions différentes et des

contextes historico-institutionnels diversifiés font que le droit public comparé n'est pas superposable au droit privé. Et ce essentiellement parce que le droit public comparé, bien plus que le droit privé, semble décrire un *pluriversum* constant, dans les solutions institutionnelles et les destins politiques. Il concerne en effet l'histoire de systèmes qui restent séparés et distincts. En revanche, en droit privé, au moins jusqu'à une certaine époque, la liberté de l'individu, la seigneurie de la volonté, le contrat, constituaient – tout du moins en apparence – des référents culturels communs, répandus et uniformes. En réalité, il s'agit de simplifications. Je me souviens que, lorsque j'ai commencé mes études, les manuels de droit public comparé les plus répandus étaient organisés selon deux modèles très différents : certains étudiaient les différents systèmes juridiques séparément, tandis que d'autres avaient une structure transversale, et mettaient sous la loupe les différentes institutions de droit public et constitutionnel, en analysant comment elles étaient réglementées dans les différents pays. Je crois que cette deuxième façon de procéder est beaucoup plus fructueuse, et fait ressortir des convergences, des affinités, mais aussi des différences abyssales. D'ailleurs, en Italie, le célèbre article de Leopoldo Elia sur les formes de gouvernement paru dans *l'Encyclopédie du droit* correspond exactement à cette vision, puisqu'il s'agit d'une analyse transversale sur l'équilibre des institutions parlementaires basée sur l'interaction de deux éléments : les principes communs du parlementarisme, d'une part, et les éléments de différenciation dus aux divers systèmes et structures des partis politiques présents dans les différents pays, d'autre part. Plus généralement, je voudrais conclure en disant que la grande dichotomie public/privé reste certainement une clé utile pour l'analyse stipulative-descriptive. Cependant, des études récentes (je signale B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2021) soulignent qu'il est beaucoup plus intéressant, désormais, d'aller à la recherche de ce qui s'est passé et se passe dans l'histoire des idées et aussi dans la législation positive, dans l'« espace vide » entre le droit public et le droit privé. Cet espace qui avait traditionnellement été marqué, comme une frontière, par les deux oppositions conceptuelles de l'empire et de la propriété, de l'État et de l'individu. Un espace qui est désormais marqué par des immixtions, des renversements de perspective et des irrutions réciproques. Probablement, ces hybridations et interactions entre

public et privé, d'autant plus à l'époque qui marque la fin des États-nations tels que nous les connaissions, concernent aussi le droit comparé dans son unité, et appellent un changement de perspective.

9/ Au sein du droit public, existe-t-il une branche du droit qui se prête le mieux à la comparaison ou dans le cadre de laquelle l'exigence comparative se pose avec une particulière acuité ? Si oui, pourriez-vous en donner une ou deux illustrations.

Existe-t-il un domaine du droit public qui se prête mieux que d'autres à la comparaison ou qui peut bénéficier plus que d'autres des résultats de la comparaison ? Encore une question difficile, cette fois-ci plus dans le domaine de la méthode comparative que de la théorie. Et dans ce cas aussi, c'est le professeur qui parle, plutôt que le juge. Pour commencer, je dirais que tous les domaines du droit public se prêtent, de façon abstraite, à la comparaison. Mais il existe des institutions très typiques de l'histoire et de la tradition d'un peuple, que l'on ne retrouve pas dans d'autres systèmes juridiques. Ici, il n'y a pas de véritable comparaison possible, ni vraiment utile, sauf pour montrer des différences originaires. Quant aux domaines du droit public et constitutionnel qui peuvent bénéficier des résultats de la comparaison, je distinguerais deux grands domaines : les pouvoirs et les droits. En ce qui concerne la sphère des pouvoirs, il est d'usage en Italie, depuis quarante ans, d'enrichir les propositions de réforme institutionnelle (en particulier la réforme de la deuxième partie de la Constitution) par des références comparatives aux institutions présentes dans les constitutions européennes. Par exemple, comme aide et remède à l'instabilité des gouvernements (un ancien fléau italien), les références au vote constructif de défiance prévu en Allemagne abondent ; ou, pour rationaliser une certaine évolution des pouvoirs du président de la République italienne, on se réfère au modèle du semi-présidentialisme français. Dans le domaine de la justice constitutionnelle, les références ne manquent pas à l'évolution qui, en Allemagne, a permis au *Bundesverfassungsgericht* de contrôler les effets temporels de ses décisions, une aspiration que la Cour constitutionnelle italienne n'a que partiellement réalisée et seulement de manière prétorienne (donc de manière précaire), mais qu'elle voudrait stabiliser. Or, des études comparatives sérieuses sur tous ces domaines sectoriels sont indispensables, car elles permettent de bien comprendre le ratio des institutions étrangères évoquées, et

contribuent à éviter des *legal transplants* naïfs et préjudiciables, comme je le disais auparavant. En ce qui concerne les *droits fondamentaux*, en revanche, je serais plus prudent. Voir combien et comment les droits sont (ou ne sont pas !) protégés ailleurs n'est pas toujours aussi instructif, ou utile, ou décisif pour le système de l'observateur. Il est bon de savoir, mais il est plus problématique d'en tirer des conclusions, comme je l'affirmais. Une déclaration des droits est l'expression de la tradition la plus profonde d'une culture et, à mon avis, se prête beaucoup moins à des exigences ou à des impulsions universelles. Je sais que je vais à contre-courant sur ce point, mais en tant qu'universitaire et juge, j'ai à l'esprit la protection des droits de l'homme situé (aujourd'hui il vaudrait mieux dire : de la personne située), et non d'un sujet abstrait désincarné et sans racines.

10/ Quelle différence faites-vous entre l'application du droit comparé dans le cadre de l'exercice de votre fonction juridictionnelle et la réflexion autour du droit comparé dans les écrits de doctrine que vous avez pu rédiger dans ce domaine ?

Il s'agit d'une question essentielle, qui renvoie, en général et indépendamment de l'application du droit comparé, aux différentes responsabilités auxquelles sont confrontés respectivement le juge et le professeur. Sur ce point, un débat amical s'est engagé avec un cher collègue constitutionnaliste, Marco Ruotolo. Il m'est arrivé de dire (dans un *podcast* réalisé pour la Cour constitutionnelle, dans lequel je décrivais le processus qui conduit à la rédaction d'un arrêt) que, lors de la rédaction de la motivation d'un arrêt, contrairement à la rédaction d'une étude doctrinale, « chaque mot pèse ». Je faisais allusion au fait qu'il y a une responsabilité supplémentaire dans la rédaction de la motivation d'une décision d'inconstitutionnalité produisant des effets *erga omnes*, et qui, en tout cas, est importante puisqu'elle est adoptée par une Cour qui fait autorité. J'ai laissé entendre que lorsqu'un universitaire écrit un essai, il n'engage que lui-même, et que les responsabilités (et les risques encourus) sont peut-être moindres. Mon collègue m'avait affectueusement réprimandé, en précisant que la doctrine doit aussi assumer sa part de responsabilité, dans le cadre de la « responsabilité commune du juriste sérieux et consciencieux » (M. Ruotolo, « L'ergastolo ostativo è costituzionale ? » in *Il fine e la fine della pena*, édité par G. Brunelli,

A. Pugiotto, P. Veronesi, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4/2020, p. 4). Mon collègue a évidemment raison pour sa part, mais il n'en reste pas moins que le champ de responsabilité est différent, en termes de quantité du moins. Je crois que c'est une habitude mentale essentielle du juge, lorsqu'il rédige une motivation, d'aspirer à une certaine « impersonnalité » : objectivité, référence aux précédents, discipline dans la rédaction, rejet du subjectivisme fantaisiste. De ce point de vue, même l'utilisation de références comparatives, si elle peut montrer la formation particulière du juge, ne doit jamais transcender en une exhibition ostentatoire : car l'utilisation, dans un jugement, d'une jurisprudence étrangère et l'adhésion à une certaine solution que celle-ci implique, a les significations très étendues que j'ai mises en évidence plus haut ; et ces significations sont beaucoup plus vastes qu'une référence contenue dans une note de bas de page d'un article de doctrine...

11/ Est-ce que la prise en compte du droit de l'Union européenne ou du droit de la Convention européenne des droits de l'homme lors de l'exercice de votre fonction juridictionnelle constitue pour vous un exercice de comparaison ?

La réflexion sur la signification de l'utilisation dans les arrêts de la Cour constitutionnelle de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE et de la Cour européenne des droits de l'homme ouvre un sujet très différent de celui abordé jusqu'à présent. Des contraintes constitutionnelles précises jouent ici un rôle : la primauté du droit européen, en ce qui concerne le droit communautaire et la jurisprudence de Luxembourg ; le rôle et la « place » de la Convention européenne dans le système des sources, en ce qui concerne la jurisprudence de Strasbourg. Cependant, je ne voudrais pas m'attarder sur des sujets connus. Il est peut-être plus intéressant de réfléchir à la « stratégie méthodologique » conduisant la Cour italienne à se référer aux principes ou maximes déductibles des arrêts de ces deux cours. Tout d'abord, il s'agit d'arrêts qui sont rappelés, et souvent cités textuellement, beaucoup plus fréquemment que les arrêts des cours constitutionnelles ou suprêmes étrangères. Eh bien, je crois que d'autant plus ici sont à l'œuvre des formes raisonnables de « rationalisation interprétative » de ces sources, en fonction des nécessités de la question qui doit être tranchée. Cette stratégie est très claire surtout en ce qui concerne la Cour

européenne des droits de l'homme, dans les cas où les solutions des deux cours (constitutionnelle et européenne), sur les mêmes « objets », ne coïncident pas. La Cour italienne rappelle souvent que tandis qu'une Cour constitutionnelle jugeant une loi prétendument attentatoire à un droit fondamental doit assurer une protection systémique de l'ordre juridique, c'est-à-dire une protection d'un point de vue objectif (voir, par exemple, les considérations contenues dans l'arrêt n° 317 de 2009 de la Cour italienne), en revanche, la Cour européenne des droits de l'homme statue sur un cas individuel, et ses appréciations s'appliquent dans cette limite. Par conséquent, il n'est pas du tout certain que la signification du droit fondamental contenu dans l'arrêt européen soit équivalente à l'interprétation que, de ce même droit, en fait une cour constitutionnelle nationale. Cette différence structurelle ne doit pas être négligée, même si le phénomène de la connotation objective parfois évidente de la jurisprudence de la CEDH elle-même est bien connu et étudié par la doctrine. En ce qui concerne les arrêts de la Cour de justice, et la relation avec le droit européen et sa primauté, le problème est encore plus complexe et différent, et son illustration nécessiterait une autre interview.

AUTEUR

Nicolò Zanon

Juge à la Cour constitutionnelle italienne

IDREF : <https://www.idref.fr/032406088>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000034828173>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/12344209>

TRADUCTEUR

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>

Varia

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

Aziz Z. Huq et Tom Ginsburg

DOI : 10.35562/droit-public-compare.88

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

TEXTE

1. 1.
Among the most contentious and discussed issues in American comparative constitutional law today is the role that legal institutions play in the process of democratic backsliding. It is not news to observe that there has been a crisis in the modal forms of liberal constitutionalism that emerged as a default design choice for political systems across Europe and North America in the wake of World War II. It then diffused more widely across the globe as a whole.¹ Central to this form of constitutionalism was a written constitution with an enumeration of individual rights; rights-based judicial review; a heightened threshold for constitutional amendment; a commitment to periodic democratic elections; and a commitment to the rule of law.² While details varied, liberal constitutionalism, so defined, sought broadly to protect democracy and limit state power-however patchwork its achievements were in practice.
2. 2.
The twin surprises of 2016 Brexit referendum and U.S. presidential election punctured triumphalist narratives about liberal democracy. In both countries, right-of-center populist positions hostile to international migration, international and supra-national organizations, and the liberal tolerance of different ethnicities and faiths prevailed. Their triumphs were part of a wider, right-leaning “populist explosion.” Although they have typically obtained power by democratic, electoral means, populists on both the left and right departed from liberal democratic norms in several ways. They repudiated liberal norms of tolerance and openness; restricted press

freedom; attacked institutional checks that promote the rule of law; and catalyzed constitutional and statutory transformations that promise to entrench populist coalitions beyond fresh democratic defeat. In the past decade, an increasing number of seemingly stable, reasonably wealthy democracies have also regressed from previously robust democratic regimes toward autocracy. These states are literally all over the map: They range from Eastern Europe (Hungary and Poland) to the Mediterranean (Turkey) to Latin America (Bolivia and Venezuela). Once-anticipated democratic gains in Russia and China have failed to materialize. At the same, a hoped-for “fourth wave” of democracy in the Arab Spring’s wake has dissipated into bitter civil war or charismatic authoritarianism, while Russia and China have both asserted nondemocratic norms with increasing vigor and even bellicosity. Russia’s invasion of Ukraine in early 2022 marked the end of any illusion of gradual pacification of the world order.

- 3 These developments triggered a wave of comparative constitutional scholarship.³ This is part of a more general renewed theoretical and historical interest in democracy in transhistorical, comparative, and theoretical perspectives.⁴ The legal scholarship has drawn on that larger body of work, without collapsing into it. In previous work published in an American legal journal and in a book in 2018, we offered a comparative constitutional perspective on the comparative constitutional law of democratic backsliding.⁵ Drawing on the experience of other polities that had experienced various forms of democratic backsliding, we aimed to cast light on the specific legal mechanisms and institutional changes employed to unravel democratic practice. This comparative analysis led us to conclude that the U.S. Constitution might be good at checking coups or the anti-democratic deployment of emergency powers, but it is not well suited to stall the slow decay of democracy. This eighteenth-century Constitution singularly lacked provisions necessary to slow down a would-be autocrat bent on the slow dismantling of democracy.

- 4 In our scholarship, we have focused specifically on constitutional mechanisms, including: amendment rules; entrenched protection for rights of free speech and association; term limits and other protections of election integrity; and the constitutional viability of an autonomous bureaucracy and ‘fourth branch’ institutions designed to

check the abuse of executive power. Correspondingly, we suggested that comparative experience illuminates the mechanisms of backsliding. On our view, comparative experience suggests that leaders who want to engineer a retrogression typically use some combination of the five following mechanisms:

- Constitutional amendment, in particular to remove limits to executive terms;
- The elimination of institutional checks in the legislative or judicial branches, or that take the form of otherwise independent accountability institutions;
- The centralization and politicization of executive power, including purging or intimidating the meritocratic state bureaucracy;
- The degradation of a shared public sphere through intimidating the media and civil society; and
- The elimination of political competition, either through direct attacks on competitors, or through rigging the electoral machinery to permanently entrench one side.

5 Understanding the risk of retrogression, we concluded, requires separate attention to each one of these legal mechanisms, and careful consideration of whether a particular national constitution either impedes or accelerates them. In respect to the United States. With the exception of the first of these modalities (constitutional amendment), we were skeptical that the U.S. Constitution did much to constrain backsliding away from democracy. In some ways, indeed, we suggested that it might even facilitate such a shift. Even assuming official compliance with the law, therefore, we argued, the road of constitutional retrogression is a relatively uncluttered one, especially if there is what Kim Lane Scheppele a “phalanx of lawyers” to facilitate the path. If a U.S president is agnostic about constitutional rules, and backed by a partisan coalition bent on entrenchment, they would have many tools at their disposal.

6 2.
Obviously, ours was not the only such effort to mine comparative experience to understand the conditions of democratic survival. Since we wrote, there has been important work along several margins. In this section, we canvas central lines of research that have been explored in the American legal scholarship in the past few years

—much of it related to the core issued that we identified in our 2018 book and article. We do not attempt here to be comprehensive; rather, our aim is to identify the most important lines of comparative work by American legal scholars or in American journals (with some defensible and brief detours) that have emerged in the last few years related to the problem of democratic backsliding.

- 7 Consider first the question of constitutional amendments. Several studies have explored the transnational domain across which constitutional amendment occurs, and point to ways in which backsliding politicians have strategically borrowed from their peers in respect to the use of amendatory strategies for undermining democracy.⁶ The result of this work is an increasing skepticism that “thin, formal” conceptions of terms such as “judicial independence” and the “rule of law,” can do much effectual work in maintaining democracy.⁷ This scholarship complements recent comparative work on Asian jurisdictions, where the role of courts in enabling “self-dealing” entrenchment through amendment has been highlighted.⁸ Not surprisingly, this tendency toward ‘abusive’ amendment has also led to an upsurge in interest in Roznai’s important earlier work on “unconstitutional constitutional amendments.”⁹
- 8 Related to the question of constitutional amendments is the role of constitutional courts: Judicial review, after all, can be a substitute for formal amendment where the latter is too difficult to achieve. A split of opinion occurs in respect to the role of national courts in the dynamics of democratic backsliding. On the one hand, there is a strand of important work that has added to our understanding of the ways in which judicial review, rather than being deployed in defense of democracy, can be used to undermine it.¹⁰ Of note here is the emergence of the concept of “abusive judicial review” in the important work of Dixon and Landau.¹¹ The increasingly regressive U.S. Supreme Court has, in particular, come under harsh criticism from commentators because its narrowing or invalidation of anti-entrenchment election measures and its refusal to prohibit partisan gerrymandering.¹² These decisions aid the Republican party, whose presidents appointed a supermajority of the Justices. (While not strictly comparative, this work is often in explicit conversation with other work of transnational scope, such as our own).¹³ On the

other hand, other scholars have identified ways in which apex courts might be conscripted into democracy's successful defense.¹⁴ Hence, some have explored ways of insulating the judiciary from partisan entrenchment,¹⁵ and argued for a jurisprudence that might be more robust against backsliding.¹⁶

- 9 If courts have been one of the most important front-lines of the assault upon democracy—often because of preemptive strikes by would-be autocrats—another major arena has been presidential term limits. Writing before the wave of democratic backsliding had become apparent, one of us identified term limits as a potential weak spot in democracy's defense.¹⁷ More recent studies have demonstrated that about half of those leaders globally who are subject to term limits attempt to overstay, often with the aid of constitutional amendments.¹⁸ Yet other work has explored a range of possible reform strategies to make term limits “stick” better.¹⁹ In that vein, one of us has recently highlighted the role of international law and institutions in either accelerating or putting a brake on term-limit evasion.²⁰ Political scientists have importantly supplemented this legal scholarship by exploring the ways in which post-term economic opportunities generate or stanch evasion efforts.²¹
- 10 Finally, Tushnet and Khaiten have both written recent insightful pieces (a book and an article, respectively) on “fourth branch” or “guarantor” institutions.²² While both draw on comparative methods, they diverge on the extent to which they see practical promise in such bodies. The U.S scholarship here, although rich, focuses on comparative examples, in part because the American context is shockingly bare of experience.²³ One of the problems created by the American constitution is the limitations it purportedly places on independent bureaucratic agents. In this regard, it appears to be a global outlier.²⁴
- 11 In conclusion, it is worth noting, not all comparative work has been transnational in character. Taking advantage of subnational variation, scholars have also looked to the constitutional law of the several American states for inspiration about new modes of democratic defense.²⁵ Other scholars point not only to how federalism can create a “repository of diversity” but instead a springboard for democratic backsliding efforts.²⁶ The role of such

“subconstitutional” actors is an important field of further potential study²⁷—not least because of the risk that state-level actors in the American context become critical catalysts of democratic unraveling in the 2024 presidential election context.

- 12 3.
The regime shift in the United States in 2020 has not abated scholarly interest in the question of how constitutional law figures in the dynamics of backsliding: If anything, alarm about the prospects for America democracy, and liberal democracy worldwide, remains quite high.²⁸ Moreover, the events of 2020-21, and in particular the violence that occurred on January 6, 2021 at the U.S. Capital, and the related efforts by former president Donald Trump and his allies to subvert the results of the 2020 election. To date, there is not yet a robust U.S. literature on this (although that’s probably just a question of time). Certain specific questions remain underexplored concerning how specific individuals (or groups) who mobilize against democratic norms should be treated in the future. In particular, should they be permitted to continue to be involved in politics, and if so in what capacity?
- 13 In the remainder of this paper, we focus on a series of specific design questions that remain relatively unexplored. Drawing on recently published and forthcoming work, we develop a perspective on two specific mechanisms for addressing these concerns: impeachment and disqualification.²⁹ One of us has argued that the basic choice facing constitutional designers is between ‘legal’ mechanisms, which involve apolitical expert bodies such as prosecutors’ offices, ‘political’ mechanisms, which run through elected bodies such as legislatures, or some mix of the two.³⁰ This dichotomy runs through the design of impeachment and disqualification alike. Neither the corner solutions nor any mix of both legal and political mechanisms, however, is obviously optimal.
- 14 Consider first the question of impeachment, which follows wrongdoing by an elected leader. Impeachment usually includes removing a president from office, other than through the regular operation of elections, term limits, or the normal apparatus of political selection. As such, it goes to the core of democratic governance. The problem of head-of-state removal is acute in both

presidential and semi-presidential systems. But the challenge of presidential removal does not raise the same concerns as removal in parliamentary systems that employ a vote-of-no-confidence measure to remove heads of government.³¹ The difficulty of head-of-state removal, moreover, is not limited to the design of an impeachment-like mechanism. Recent experiences in Honduras, Niger, and Burundi vividly show that a polity must struggle with the attendant problem of how to enforce such a constraint against a recalcitrant leader. Constitutional designers have proved increasingly unwilling to adopt a presidential form of government. Instead, an increasingly common response to the problem of head-of-state criminality is to refuse to invest the head of state with substantial power. The rise of semi-presidentialism, in which there is a directly elected fixed-term president, along with a prime minister and a cabinet responsible to the legislature, is not inconsistent with this point since many of those presidents are fairly weak.³² Nevertheless, recent events in Italy are a reminder that even a limited presidential role in a parliamentary system can be consequential enough to spur talk of impeachment talk.

- 15 Impeachment globally remains rare. Between 1990 and 2018, there were at least 210 impeachment proposals in 61 countries, against 128 different heads of state,” but only ten successful removals. The evidentiary basis for analyzing disqualification by impeachment is correspondingly thin. Hence, study must focus on constitutional text rather than practice. Through a review of comparative and international evidence, we found that there is striking diversity in the substance of impeachment law. Criminal offenses and treason, rather than a more inchoate category of ‘offenses against the state’ seem to be core criteria for impeachment globally. Impeachment does not always focus on the criminal behavior or bad acts of an individual president. Rather, it also serves as a response to a particular kind of political crisis in a presidential system, commonly in which public support for the leader has collapsed. In some recent impeachments, such as in South Korea, crisis combined with evidence of criminality to oust a president from office. But in other cases, such as in Brazil and Paraguay, there was scant evidence of high-level criminality. Removal was rather used to push out weak presidents who had lost the ability to govern. Consistent with this practice, many

constitutions around the world include a textual standard for removal that explicitly goes beyond criminality to include governance failures or poor performance in office, while others enable such an approach through ambiguity. In general, impeachment globally is, in practice, a device to mitigate the risk of paralyzing political gridlock, rather than simply a way to deal with individual malfeasance.

- 16 Turning to process, we found that the pathways of removal typically involve multiple phases and different institutions. These pathways were also characterized by different voting thresholds (sometimes within the same document) and time limits. Procedural details also sometimes varied along with the basis of the removal charge. All this means that there is a good deal of complexity and variation. But there are some generalizations that can be drawn. Even if not called impeachment, head of state removal typically begins with action in the legislature, either in the lower house, the upper house, or both houses acting jointly. The most common vote threshold is a two-thirds rule. Whether or not the legislature proposes removal, it often has a role in approving the process. Again, the modal threshold is a two-thirds vote. Further, courts in many countries have a role in approving the removal of the president. But the judicial role in impeachment varies quite widely. In some cases, courts may be limited to ensuring that impeachment procedures are being carried out using the proper procedures by political actors. In others, such as in South Korea, courts may become involved at the final, trial-like stage of impeachment, after the legislature has made an initial decision as to whether impeachment is justified. A few constitutions also have multiple tracks for impeachment, some dominated by the courts and some by legislators. For example, the Colombian Constitution provides that if the president is impeached for “crimes committed in the exercise of his/her functions” or “unworth[iness] to serve because of a misdemeanor” the House impeaches and the final trial for removal is before the Senate. But where a president is impeached for a common crime, the final trial instead occurs before the Criminal Chamber of the Supreme Court.
- 17 Examining measures of democratic quality in impeachment’s wake, we found no evidence (at least in the small sample of extant cases) that impeachment of a president reduces the quality of democracy in countries where it is carried out. The same holds true when removal

through impeachment is attempted, but not completed. The fear that a more political impeachment process would necessarily be destabilizing has no empirical support in the recent comparative experience. Rather than being a way of undermining or circumventing democracy, we suggest that in fact impeachment may play an important role in its stabilization.

18 Although we must tread carefully in drawing normative conclusions given the limited pool of available data and endogeneity concerns, our analysis nevertheless has implications for the design and practice of impeachment, particularly in the United States. We argue that a model of impeachment focused only on the individual culpability of chief executives—what we call a “bad actor” model—is likely incomplete and undesirable as a functional matter. Instead, impeachment processes should be attentive to the broader political context, which we call a “political reset” model. Impeachment can be useful to ameliorate one of the major weaknesses of presidentialism—rigidity—by removing poorly performing presidents when their support has collapsed.³³

19 Now consider the possibility of individual disqualification. Consider here the January 6 insurrectionists: Having worked against democracy, should they be allowed to continue to participate in democratic life? Or should they be disqualified from future office holding? The disqualification of individuals for their antidemocratic actions presents a specific iteration of another pervasive problem of democratic design: the tension between democratic self-realization and democratic self-destruction. On the one hand, democratic institutions have a reasonable claim to set the terms of political participation. The forms of elections, the rules for candidate and voter qualification, and ballot access rules are all commonly matters for democratic decision. Yet at the same time, there is a risk that the power to set rules for the democratic game will be used to fence out disfavored groups, to entrench incumbents beyond electoral challenge, and to create the image of democratic competition without its substance. Democratic mechanisms—including rules for disqualification—must be designed to advance the goal of self-government without facilitating malign entrenchment. Unbounded, the power to exclude specific individuals imperils democracy as a

going concern. But its absence also means lost opportunities to deepen democracy and even to defend its basic existence.

- 20 Almost all democratic constitutions, including our own, contain instruments of *democratic disqualification*. These are mechanisms for identifying and excluding specific individuals or groups, whether through discrete adjudication or general legislative rule, from public office, either temporarily or permanently. Disqualification mechanisms differ from the *ex ante* categorical exclusions of certain classes of persons—such as noncitizens, minors or, even more dubiously, women or racial and ethnic minorities—from public office. They are also distinct from criminal prosecution or conviction: Indeed, disqualification can and often is implemented through mechanisms that go well beyond the criminal justice process, while criminal sanction need not lead to political disqualification.
- 21 There are two design choices embedded in any disqualification mechanism. First, disqualification rules can operate either on the *group level*, or on the *individual level*. That is, they can either disqualify actors en masse, because of membership in a certain party or affiliation with a discredited regime. Or they can work at the retail level, focusing on the conduct and characteristics of the individual actor at issue. Second, disqualification rules can be *backward-looking*, focusing on the prior acts of an individual or group, or *future-focused*, seeking to identify organizations or actors that pose ongoing and serious threats to constitutional stability.
- 22 These two choices create a framework of possibilities. International experience with disqualification shows that constitutional designers have experimented with all four possible permutations of these design choices.
- 23 First, backward-looking group rules have been adopted in many transitional democracies, which have deployed rules screening, barring, or even removing candidates from public office based on their association with a prior regime. “Lustration” as it is known, is closely associated with the transition from Communism after the Iron Curtain fell. In the Czech Republic, for example, some fifteen thousand individuals were removed or barred from public office. In the eastern portion of reunified Germany, lustration under reunification treaty provisions resulted in some 54,926 people being

removed or barred from office. It has also been used in post-invasion Iraq, where the Baath Party was disbanded and its members excluded from office. In practice, lustration is often applied in a narrower way than its formal scope might suggest. Practical and political concerns limit its operation. Where lustration has been widened, as in Iraq, it has interacted with ongoing political fissures in socially and politically damaging ways. At the same time, lustration regimes tend to linger beyond the transition. Transitional mechanisms can help ensure that senior officials are not too “tainted” by association with the old regime. But they work best when they are temporary and use a sunseting mechanism to minimize disruptions into ordinary politics.

- 24 Second, some systems use forward-looking group disqualification. German jurist and refugee Karl Loewenstein coined the term “militant democracy” shortly before World War II to describe “the use of legal restrictions on political expression and participation to curb extremist actors in democratic regimes.”³⁴ Today, militant democracy’s most important institutional form is the ban on anti-democratic parties, deployed at various times in Germany, Finland, Czechoslovakia, Korea, France, Spain, and the United Kingdom. Although not formally a bar against specific persons’ participation in politics, a party ban is often *de facto* a disqualification of known individuals. Some 29 percent of constitutional courts have the ability to adjudicate the legality or constitutionality of political parties. Party bans have been imposed recently across regions and contexts, from Spain and Turkey to Israel and South Korea. For example, in 2014, a Korean court disqualified the United Progressive Party, a small left-wing party, citing alleged links with North Korea, at the behest of former president Park Geun-Hye, after affiliates were arrested for an alleged plot with North Korea. The modern U.S. approach, where the First Amendment has been held to prohibit party bans, is exceptional from a global perspective.
- 25 Perhaps the most important historical example is Germany’s. Under Article 21 of the 1945 Basic Law promulgated in West Germany after World War II, “[p]arties that, by reason of their aims or the behavior of their adherents, seek to undermine or abolish the free democratic basic order or to endanger the existence of the Federal Republic of Germany shall be unconstitutional.” Further, all parties’ “internal

organization must conform to democratic principles”; their use of funds must also be transparent.” In 1951, the federal government asked the Constitutional Court to ban both the Socialist Reich Party and the Communist party. In the Socialist Reich Party case of 1952, the Court acted quickly and with relative ease, finding that the party’s platform leaned heavily on former Nazi ideas and imagery, that the party recruited unrepentant former Nazis to fill its ranks, and that it was organized in a top-down, undemocratic manner. The Court had more difficulty in the Communist Party case, which came down four years later. It ultimately upheld the ban in a long, detailed opinion.

- 26 Third, there are also individualized disqualification mechanisms that target bad behavior in the past. Almost all (90 percent) of national constitutions with a presidency speak to impeachment. We have discussed this pathway above.
- 27 Fourth, term limits are a forward-looking individual-level mechanism of disqualification. Term limits prevent officials from entrenching themselves in office by categorically barring terms of more than a certain number of years. The vast majority of presidential or semi-presidential systems include a term limit for their presidents. The small percentage (16) that do not tend to be non-democracies, often because the term limit was removed at the behest of an autocratic chief executive. The most common design, found in a majority of presidential systems, is the U.S. approach: an absolute bar on any presidential reelection after two consecutive terms have been served. A sizable number of systems include an alternative form of disqualification, where presidents must leave office after serving either one or two terms, but only temporarily: They can return after sitting out a set period of time (usually one term). Chile offers an interesting recent example. From 2006-2022, four presidencies were held by two presidents from different sides of the political spectrum (Michelle Bachelet and Sebastian Pinera), each alternating service for one term. As with other forms of disqualification, then, term limits sometimes require only a temporary exit—in only a small number of systems (8 percent) is all possibility of reelection foreclosed.
- 28 What can we learn from this international experience? First, disqualification is a common feature of democratic political systems, even if we do not always recognize the relationship among these

various modalities. Second, it is often temporary---banned parties can re-form, lustration periods end, and politicians can sit out a term before re-entering the arena. We think this is wise, as it gives the democratic process time to adjust, without permanently excluding individuals and parties that have significant and enduring support.

29 Conclusion

What else is there to consider? There is obviously much to say here, and we do not claim to offer a comprehensive account of gaps in the scholarship. But here is one suggestion: There are several ways in which an internationalized theater of political action increases the strain on democratic institutions. Consider the operation of transnational networks in which ideological justifications and legal strategies for backsliding circulate. There is to date no careful and comprehensive account of how these networks have succeeded in shifting national-level dynamics.³⁵ That is, more work is needed on the manner in which the right of association—supposedly a keystone of democratic practice—can, in its transnational form, enable democratic collapse.

NOTES

1 S. P. HUNTINGTON, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (University of Oklahoma Press 1993).

2 On constitutionalism more generally, see G. SARTORI, 'Constitutionalism: A Preliminary Discussion', (1962) 56 *American Political Science Review* 853.

3 Some earlier pieces contained prescient discussions. S. ISSACHAROFF, *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts* (Cambridge University Press 2015).

4 Representative works in this vein include D. STASAVAGE, *The Decline and Rise of Democracy: A Global History from Antiquity to Today* (Princeton University Press 2020) ; H. LANDEMORE, *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century* (Princeton University Press 2020). For a review of the recent non-legal scholarship in political science on democratic backsliding, see A. Z. HUQ, 'How (Not) to Explain a Democratic Recession' (2021) 19 *International Journal of Constitutional Law* 723.

- 5 A. Z. HUQ and T. GINSBURG, 'How to Lose a Constitutional Democracy' (2018) 65 *UCLA Law Review* 78; T. GINSBURG and A. Z. HUQ, *How to Save a Constitutional Democracy* (University of Chicago Press 2018)
- 6 R. DIXON and D. LANDAU, '1989–2019: From Democratic to Abusive Constitutional Borrowing' (2019) 17 *International Journal of Constitutional Law* 489. For an elaboration of these arguments, see R. DIXON and D. LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (Oxford University Press 2021). For a critical consideration of that work, see T. GINSBURG, 'Review of Dixon and Landau's *Abusive Constitutional Borrowing* Democratic Decay: Challenges for Constitutionalism and the Rule of Law: Symposium: Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy' (2021) 7 *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law* 1.
- 7 R. HIRSCHL, 'Abusive Constitutional Borrowing as a Form Politics by Other Means' (2021) 7 *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law* 6, 10.
- 8 P. J. YAP and R. ABEYRATNE, 'Judicial Self-Dealing and Unconstitutional Constitutional Amendments in South Asia' (2021) 19 *International Journal of Constitutional Law* 127.
- 9 Y. ROZNAI, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (OUP 2017); see also R. ALBERT, 'Constitutional Amendment and Dismemberment' (2018) 43 *Yale Journal of International Law* 1. A useful book length treatment of the topic is R. ALBERT, *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions* (OUP 2019).
- 10 D. LANDAU and R. DIXON, 'Abusive Judicial Review: Courts against Democracy' (2019) 53 *UC Davis Law Review* 1313; see also P. CASTILLO-ORTIZ, 'The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe' (2019) 15 *European Constitutional Law Review* 48; R. DIXON and T. GINSBURG, 'The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance' (2017) 15 *International Journal of Constitutional Law* 988
- 11 D. LANDAU and R. DIXON, 'Abusive Judicial Review: Courts against Democracy' (2019) 53 *UC Davis Law Review* 1313
- 12 J. CHEN and N. O. STEPHANOPOULOS, 'The Race-Blind Future of Voting Rights' (2020) 130 *Yale Law Journal* 862; N. O. STEPHANOPOULOS, 'The Anti-Carolene Court' (2020) 2019 *The Supreme Court Review* 111; M. J. KLARMAN, 'The

Degradation of American Democracy - and the Court The Supreme Court 2019 Term: Foreword' (2020) 134 *Harvard Law Review* 1; see also A. Z. HUQ, 'The Anti-Democratic Difficulty' (forthcoming 2023) 102 *Northwestern University Law Review*.

13 Stephanopoulos has also written an important piece in comparative election law. N.O. STEPHANOPOULOS, 'Our Electoral Exceptionalism' (2013) 80 *University of Chicago Law Review* 769

14 T. GINSBURG, 'The Jurisprudence of Anti-Erosion' (2018) 66 *Drake Law Review* 823; Y. ROZNAI, 'Who Will Save the Redheads? Towards an Anti-Bully Theory of Judicial Review and Protection of Democracy' (2020) 29 *William & Mary Bill of Rights Journal* 327.

15 For other work on the role of courts, see D. KOSAR and K. SIPULOVA, 'How to Fight Court-Packing? Special Issue: Constitutional Decline, Constitutional Design, and Lawyerly Hubris' (2020) 6 *Constitutional Studies* 133; A. HUQ, 'Why Judicial Independence Fails' (2021) 115 *Northwestern University Law Review* 1055

16 M. J. CEPEDA ESPINOSA and D. LANDAU, 'A Broad Read of Ely: Political Process Theory for Fragile Democracies' (2021) 19 *International Journal of Constitutional Law* 548.

17 T. GINSBURG, J. MELTON and Z. ELKINS, 'On the Evasion of Executive Term Limits' (2010) 52 *William and Mary Law Review* 1807.

18 M. VERSTEEG and others, 'The Law and Politics of Presidential Term Limit Evasion Essay' (2020) 120 *Columbia Law Review* 173

19 R. DIXON and D. LANDAU, 'Constitutional End Games: Making Presidential Term Limits Stick' (2019) 71 *Hastings Law Journal* 359

20 T. GINSBURG, *Democracies and International Law* (Cambridge University Press 2021).

21 A. FRUHSTORFER and A. HUDSON, 'Costs and Benefits of Accepting Presidential Term Limits: "Should I Stay or Should I Go?"' (2022) 29 *Democratization* 93

22 For two important recent treatments of the latter topic, see M. TUSHNET, *The New Fourth Branch: Institutions for Protecting Constitutional Democracy* (Cambridge University Press 2021); T. KHAITAN, 'Guarantor Institutions' [2021] *Asian Journal of Comparative Law* 1

23 R. DIXON and M. TUSHNET, 'Constitutional Democracy and Electoral Commissions: A Reflection from Asia' [2021] *Asian Journal of*

Comparative Law 1.

24 For an argument that the United States is a global outlier, and that this leads to risks to democracy, see D. M. DRIESEN, 'The Unitary Executive Theory in Comparative Context' (2020) 72 *Hastings Law Journal* 1. For a robust challenge to the idea that there is a historical basis for claims in U.S. constitutional law for a broad presidential removal power, see D. D. BIRK, 'Interrogating the Historical Basis for a Unitary Executive' (2021) 73 *Stanford Law Review* 175.

25 J. BULMAN-POZEN and M. SEIFTER, 'The Democracy Principle in State Constitutions' (2020) 119 *Michigan Law Review* 859.

26 J. BEDNAR, 'Polarization, Diversity, and Democratic Robustness' (2021) 118 *Proceedings of the National Academy of Sciences*.

27 T. GINSBURG and E. A. POSNER, 'Subconstitutionalism' (2009) 62 *Stanford Law Review* 1583

28 L. DIAMOND, 'Democracy's Arc: From Resurgent to Imperiled' (2022) 33 *Journal of Democracy* 163; J. GERSCHEWSKI, 'Erosion or Decay? Conceptualizing Causes and Mechanisms of Democratic Regression' (2021) 28 *Democratization* 43.

29 The recent work includes T. GINSBURG, A. HUQ and D. LANDAU, 'The Comparative Constitutional Law of Presidential Impeachment' (2021) 88 *University of Chicago Law Review* 81; T. GINSBURG, A. Z. HUQ and D. LANDAU, 'The Law of Democratic Disqualification' (Social Science Research Network 2021) SSRN Scholarly Paper ID 3938600 <<https://papers.ssrn.com/abstract=3938600>> accessed 21 February 2022.

30 A. Z. HUQ, 'Legal Or Political Checks on Apex Criminality: An Essay on Constitutional Design' (2018) 65 *UCLA Law Review* 1506.

31 T. LENTO and R. Y. HAZAN, 'The Vote of No Confidence: Towards a Framework for Analysis' (2022) 45 *West European Politics* 502.

32 R. ELGIE, 'The Perils of Semi-Presidentialism. Are They Exaggerated?' (2008) 15 *Democratization* 49.

33 J. J. LINZ, 'The Perils of Presidentialism' (1990) 1 *Journal of Democracy* 51.

34 K. LOEWENSTEIN, 'Militant Democracy and Fundamental Rights, I' (1937) 31 *American Political Science Review* 417; K. LOEWENSTEIN, 'Militant Democracy and Fundamental Rights, II' (1937) 31 *American Political Science Review* 638.

35 For studies of these dynamics, see T. BAR-ON and B. MOLAS, *The Right and Radical Right in the Americas: Ideological Currents from Interwar Canada to Contemporary Chile* (Rowman & Littlefield 2021), and A. J. McADAMS and A. CASTRILLON, *Contemporary Far-Right Thinkers and the Future of Liberal Democracy* (Routledge 2021).

RÉSUMÉS

English

There has been a crisis in the modal forms of liberal constitutionalism that emerged as a default design choices for political systems across Europe and North America in the wake of World War II. Central to the crisis have been institutionalized assaults on democratic institutions, often conducted with legal tools. This article reviews the extensive literature in American comparative constitutional law on the role that legal institutions play in the process of democratic backsliding. Drawing on a range of comparative experience, it draws attention to questions of constitutional amendment rules; entrenched protection for rights of free speech and association; term limits and other protections of election integrity; and the constitutional viability of an autonomous bureaucracy and ‘fourth branch’ institutions designed to check the abuse of executive power.

Français

Les modèles relevant du constitutionnalisme libéral, apparus en Europe et en Amérique du Nord au lendemain de la seconde guerre mondiale traversent une crise. Ce phénomène s’explique en particulier par des attaques contre les institutions démocratiques, le plus souvent menées grâce à des instruments juridiques. Le présent article analyse l’abondante littérature nord-américaine en droit constitutionnel comparé sur le rôle que jouent les institutions juridiques dans le processus de recul démocratique. Il vise plus particulièrement, en s’appuyant sur une série d’expériences comparées, à mettre l’accent sur les questions relatives aux règles d’amendements constitutionnels, à la protection des libertés d’expression et d’association, à la limitation des mandats et aux diverses protections de l’intégrité des élections, ainsi qu’à la constitutionnalité d’une bureaucratie autonome et d’institutions relevant d’un “quatrième pouvoir”, à même de contrôler les abus de pouvoir de l’exécutif.

INDEX

Mots-clés

recul démocratique, populisme, destitution, amendements constitutionnels abusifs, contrôle juridictionnel

Keywords

democratic backsliding, populism, impeachment, abusive constitutional amendments, judicial review

AUTEURS

Aziz Z. Huq

Frank and Bernice Greenberg Professor of Law at the University of Chicago

IDREF : <https://www.idref.fr/128954426>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000036153245>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/17864137>

Tom Ginsburg

Leo Spitz Distinguished Service Professor of International Law at the University of Chicago, Research Professor at the American Bar Foundation

IDREF : <https://www.idref.fr/077826973>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000114615848>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16126373>

La crise sanitaire : aspects juridiques franco-brésiliens

Émilie Barbin et Fernando Menezes de Almeida

DOI : 10.35562/droit-public-compare.135

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. Le rôle de l'État repensé
 - 1.1. Une normativité fluctuante : incertitudes autour de la contrainte comme réponse légitime
 - 1.2. Les rapports juridiques entre échelons territoriaux : transformation des équilibres institutionnels
2. L'office du juge bousculé
 - 2.1. Le contrôle juridictionnel face à la marge d'appréciation administrative
 - 2.2. L'influence des données scientifiques sur le contrôle juridictionnel

TEXTE

« Dans tout raisonnement ce n'est que par comparaison que nous connaissons exactement la vérité »

R. Descartes, *Règles pour la direction de l'esprit*, Gallimard, 1952, p. 96.

- 1 Plus d'un an après le début de la pandémie, la gestion de la crise sanitaire a donné matière à plusieurs états des lieux, recensant les solutions politiques et juridiques adoptées pour y faire face. Au regard du caractère exceptionnel du contexte et de la nécessité de penser une réponse plus ou moins globalisée, les autorités comme les commentateurs sont invités à se tourner régulièrement vers l'étranger, que ce soit dans une perspective positive d'inspiration ou,

au contraire, pour tirer les conséquences de certains échecs. Outre les décisions politiques, les dispositifs juridiques pensés pour accompagner la gestion de crise continuent d'interroger, révélant dans le même temps certaines spécificités propres aux droits nationaux. Partant, si le droit comparé constitue classiquement un instrument idoine pour identifier un objet ou un phénomène difficilement saisissable¹, il devient un « outil de découverte »² incontournable, une aide à la compréhension d'une manifestation en cours de réalisation ; le manque de visibilité liée à l'absence recul dans le temps se compense par un pas de côté dans l'espace.

- 2 Le droit brésilien offre à cet égard de riches pistes d'analyses pour le publiciste français, car, en plus de l'intérêt que présente intrinsèquement l'étude de ce droit, les réponses apportées à la crise sanitaire mettent en relief certains points communs ou, à l'inverse, des divergences profondes évocatrices des particularismes inhérents aux systèmes juridiques : au-delà des choix et décisions politiques, ce sont aussi des spécificités institutionnelles, juridictionnelles, voire matérielles, qui doivent être mobilisées pour éclairer les solutions retenues et appréhender les enjeux sous-jacents. Tout d'abord, le droit brésilien matériel repose sur une hybridation de ses sources³ : bâti sur des fondations provenant tant du droit français⁴ que du droit nord-américain⁵, son droit public a également développé une originalité propre⁶, fournissant des éléments susceptibles d'alimenter une réflexion plus globale sur l'adaptabilité ou les insuffisances du droit public dans la gestion des crises.
- 3 Ensuite, le système institutionnel brésilien s'articule autour d'une logique fédérale annoncée dès l'article 1^{er} de la Constitution et précisée dans son article 18, selon lequel « l'organisation politico-administrative de la République fédérative du Brésil comprend l'Union, les États, le District Fédéral et les Municipalités, tous autonomes au sens de cette Constitution »⁷. Outre le District Fédéral de Brasilia qui dispose d'un statut particulier, ce sont 26 États et pas moins de 5570 municipalités répartis sur le territoire, qui bénéficient tous de la compétence législative et qui ont pu apparaître comme des relais salvateurs face à un pouvoir fédéral défaillant.
- 4 Enfin, au moment de son indépendance en 1822, le Brésil a expressément adopté le modèle de séparation des pouvoirs, au sein

d'une monarchie constitutionnelle consacrant le dualisme juridictionnel dans lequel un Conseil d'État à la française⁸ chapeautait la juridiction administrative. Ce modèle a toutefois été abandonné lors de la proclamation de la république en 1889, date à partir de laquelle le Brésil préféra le système de l'unité juridictionnelle pour le pouvoir judiciaire. La prévalence de ce système a été réaffirmée postérieurement à la période dictatoriale par la Constitution fédérale de 1988⁹ – toujours en vigueur –, qui confirme également l'existence de trois juridictions spécialisées¹⁰. Par rapport au rôle que le Conseil d'État français a pu endosser au cours des derniers mois, celui assumé par les juridictions brésiliennes, notamment par le Tribunal suprême fédéral (STF) ou le Tribunal supérieur de justice (STJ), donnait moins de prise aux contestations. Ni l'influence de la jurisprudence sur le droit public, ni les liens fonctionnels, voire organiques, entre les autorités administratives et judiciaires, ni la fonction consultative de la juridiction administrative ne se retrouvent au Brésil, l'appréhension contentieuse de la gestion de la crise soulevant par conséquent des objectifs bien différents de ceux en jeu devant le juge administratif français.

- 5 En outre, après plus d'un an de gestion de la crise sanitaire, l'exemple brésilien offre aussi un exemple ouvert aux critiques, dans le sens où la situation sanitaire dans le pays a été aggravée par le manque de coordination politique, généré par les tendances autoritaires et les convictions personnelles (idéologiques, religieuses et affichant un scepticisme scientifique) du président de la République. Bien que relevant principalement de l'ordre factuel ou politique, ces remarques permettent d'éclairer le raisonnement juridique et, particulièrement, celui à l'œuvre dans la jurisprudence du Tribunal suprême fédéral. Ce dernier s'est bien souvent placé en réaction face aux menaces de rupture de l'ordre constitutionnel, qui pouvaient inférer – de manière plus ou moins explicite – de la conduite du chef de l'exécutif. Le STF a donc occupé une place centrale dans l'élaboration de réponses juridiques à la crise sanitaire et dans la légitimation des restrictions à la liberté individuelle au profit de la santé publique, les preuves scientifiques étant mobilisées, à ce titre, comme argument essentiel¹¹.

- 6 Le phénomène de « politisation de la justice », conséquence de l'équilibre des pouvoirs tel que façonné par la Constitution de 1988¹², témoigne particulièrement de la dynamique actuelle du contrôle juridictionnel et, notamment, du contrôle juridictionnel de constitutionnalité au Brésil. En effet, la Constitution en vigueur a sensiblement augmenté les pouvoirs ainsi que les techniques juridictionnelles, afin que le pouvoir judiciaire exerce un réel contrôle sur les actes législatifs et administratifs¹³. Dans ce cadre, et sans qu'il s'agisse d'une intrusion volontaire du pouvoir judiciaire dans la sphère décisionnelle des autres pouvoirs¹⁴, celui-ci a progressivement été amené à connaître, dans son contrôle des actes juridiques, des questions de politiques publiques, traditionnellement affiliées à un pouvoir discrétionnaire législatif ou administratif. Le contexte relatif à la pandémie de covid-19 constitue alors un laboratoire intéressant, en ce qu'il fait émerger des tendances apparemment contradictoires : la tendance à l'autolimitation du pouvoir judiciaire face aux décisions politiques côtoie celle conduisant à un accroissement du contrôle de « légalité » au moyen d'arguments « technico-scientifiques ». La prise en compte de ces mouvements demeurera en marge de cette étude, les analyses critiques autour de la consolidation d'un nouvel équilibre des pouvoirs au Brésil nécessitant sans doute une distanciation historique. Quoi qu'il en soit, la comparaison avec le cas français se révèle, sur ce point également, fondamentale dans la perspective d'une compréhension réciproque de deux systèmes, qui, bien que s'étant différenciés dans leurs évolutions, partagent une proximité originelle. Elle offre ainsi un nouveau regard sur le modèle français de juridiction administrative, perçu comme une solution potentielle pour dépasser les impasses, toujours plus prégnantes, entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs¹⁵.
- 7 Les interrogations qui ont émergé quant au rôle que les juridictions suprêmes doivent endosser dans la gestion de la crise sont par ailleurs communes à la France et au Brésil. Qu'il fasse ressortir – schématiquement – la contradiction (au Brésil) ou un certain effacement (en France) vis-à-vis du pouvoir en place, il éprouve inévitablement les rapports du droit et de la politique. Reste à savoir si cette valorisation du pouvoir judiciaire brésilien est à analyser au prisme des circonstances particulières (la figure controversée du président Bolsonaro) ou s'il témoigne d'une tendance à l'affirmation

d'une forme de « légitimité de réflexivité » au profit des juridictions suprêmes¹⁶. Une réflexion identique guidera l'observation des relations entre les territoires, dès lors que le Brésil montre, là encore, un déclin du pouvoir central au profit des échelons fédérés. Reste à savoir, toutefois, si cette préférence locale dans la gestion de crise relève de la relation de subsidiarité, tient à la forme de l'État, ou témoigne, plus globalement, de la nécessité d'affirmer une « légitimité de proximité »¹⁷ par rapport à un État qui serait déconnecté des préoccupations concrètes. En France, le Gouvernement a entendu faire passer un message relativement fort sur le rôle de l'État, qui devait apparaître comme l'échelle à privilégier, gage de stabilité et de cohérence, et dont la forte présence médiatique du chef de l'État se faisait l'allégorie. Cette gestion centralisée n'a pourtant pas manqué de susciter des réserves, lesquelles se sont accompagnées de nombreuses propositions de transformation des rapports entre État et territoires, allant dans le sens d'une revalorisation du rôle des derniers.

- 8 L'étude comparée du droit brésilien et du droit français souligne ainsi les tensions mises en évidence par la gestion de la crise sanitaire dans le fonctionnement des institutions, interrogeant des rapports de force entre elles et révélant, en creux, des enjeux de légitimité. Ces derniers font particulièrement ressortir les évolutions du rôle de l'État (1) et de celui du juge (2) dans le panorama des institutions juridiques françaises et brésiliennes.

1. Le rôle de l'État repensé

- 9 Au-delà de leur spécificité, les missions dont ont été investis les États dans la gestion de la crise sanitaire fournissent un point de départ inédit pour observer les lames de fond travaillant le droit public, un dépassement du cadre circonstancié permettant peut-être de dégager des tendances susceptibles de perdurer. En ce sens, les solutions juridiques à la crise mettent en évidence, en même temps qu'elles confirment, un mouvement de remise en cause de l'émission des décisions à la fois centralisées et contraignantes comme moyen de réponse immédiate aux événements extrajuridiques (1.1). Cette interrogation autour du rôle de l'État se prolonge au sujet de la manière dont les pouvoirs centraux se sont positionnés, que ce soit

au sein d'un État fédéral comme le Brésil ou d'un État unitaire et décentralisé comme la France, remettant ainsi en perspective les rapports décisionnels entre le centre et les territoires (1.2).

1.1. Une normativité fluctuante : incertitudes autour de la contrainte comme réponse légitime

- 10 Les mesures prises pour lutter contre la pandémie, en application de la contrainte étatique, postulent une conciliation entre une réponse efficiente à la crise et la protection nécessaire des droits et libertés fondamentaux. La dénonciation d'un déséquilibre entre les deux côtés de cette balance s'est traduite juridiquement par une kyrielle de recours contentieux (sous la forme privilégiée, en France, du référé-liberté¹⁸), de laquelle se dévoile un sentiment de « trop plein » d'interdictions. Pour pallier un recours systématique aux impératifs autoritaires, les appels à la responsabilité individuelle se multiplient¹⁹, reposant sur un présupposé peu analysé tenant à « la confiance des élites dans la population »²⁰ (en témoigneraient les reconfinements « allégés »). Non seulement cette tendance interroge en creux la contrainte comme forme de réponse légitime, mais elle est également vectrice de transformations juridiques.
- 11 En découle concrètement un affaiblissement de la portée normative de certaines mesures annoncées à l'échelle gouvernementale. En France, les solutions annoncées par le Président de la République dans son interview télévisée du 14 octobre 2020 l'illustrent : cohabitent une mesure de couvre-feu, dont le non-respect se traduira par une amende de 135 euros (il s'agit là d'une interdiction, sanctionnable juridiquement, car fondée sur une base légale) et une mesure visant à limiter les réunions privées à six personnes (il s'agit là d'une recommandation, sans portée juridique contraignante). Les outils de communication déployés pour encourager au téléchargement de l'application gouvernementale « TousAnti-Covid »²¹ s'inscrivent dans une démarche similaire, de même que l'adoption de « recommandations » visant à orienter la gestion de la crise au sein des services publics²². Ces invitations aboutissent à faire coexister des actes de droit dur avec des actes de droit souple, ces derniers devant bénéficier d'une portée moins coercitive et

plus incitatrice²³. L'utilisation du droit souple offre ainsi un moyen de promouvoir la responsabilité individuelle – sans sanction à la clé, refluant la perception croissante d'un paternalisme juridique – et de viser l'adhésion à la norme²⁴ et à l'action politique. Cette cohabitation répond donc à la recherche d'un certain équilibre entre gestion de la crise et atteinte aux droits et libertés, mais génère aussi une importante perte de lisibilité²⁵ pour les citoyens quant à la valeur juridique des mesures annoncées.

- 12 Le flottement ayant entouré l'interdiction de circuler à vélo en temps de confinement en constitue un exemple paradigmatique. Il s'est installé à la suite d'un visuel représentant un cycliste pratiquant le vélo de loisir associé à un pictogramme matérialisant l'interdiction. Ce communiqué, d'abord diffusé par le ministère de l'Intérieur sur les réseaux sociaux, se propagea rapidement. Avec lui, un sentiment d'interdiction s'est répandu, sans qu'une expression juridique de l'impérativité de cette annonce ne fût recherchée. C'est cette ambiguïté, que traduisait « l'absence de diffusion publique de la position gouvernementale », et que critiqua le Conseil d'État à l'occasion d'un recours conduisant la juridiction administrative à enjoindre au Premier ministre « de rendre publique, sous vingt-quatre heures, par un moyen de communication à large diffusion »²⁶ une position clarifiant l'autorisation de la pratique du vélo de loisir. Cette annonce présentée comme une interdiction alors qu'elle était dénuée d'effets juridiques a ainsi été perçue comme contraignante, y compris sur le plan juridique. L'on sait que le critère de juridicité d'un acte n'épouse plus à l'identique les contours de sa justiciabilité et que la perspective finaliste de l'appréciation de l'acte susceptible de recours permet d'ouvrir les portes du juge administratif à la contestation d'une décision qui produit d'importants effets, même non juridiques²⁷. Sans doute la communication relayée par le ministère de l'Intérieur avait-elle généré de tels effets ou influencé certains comportements, constituant notamment le support d'autres actes matériels²⁸ (au point de fonder des procès-verbaux de contravention ou des interdictions d'accès à des pistes cyclables par exemple).

- 13 Cette illustration est révélatrice d'une tendance imprégnant les rapports qu'entretiennent droit et contrainte, dont la portée dépasse sans doute le cadre de la gestion de crise. D'abord, cette volonté de

« dissuader l'usage au titre de l'activité physique »²⁹ du vélo ne pouvant s'assimiler à une interdiction montre la difficulté de percevoir la frontière entre orientation des comportements et contrainte, ou autrement dit, de penser la contrainte sans la sanction juridique. Ensuite, le prisme contentieux ne caractérise plus seulement l'appréhension de l'acte administratif, mais aussi, plus largement, celui de l'action de l'administration. À partir du moment où elle manifeste une forme d'impérativité, même non juridique, elle est soumise au contrôle du juge. Cette juridictionnalisation conduit alors à une forme de contrainte sans le droit, mais avec le juge. Elle souligne, enfin, les limites bornant le recours à des mesures non sanctionnables juridiquement pour orienter ou dissuader des comportements. L'exemple du communiqué ministériel révèle précisément le caractère inadapté d'un contrôle de l'*instrumentum*, augurant une transfiguration du référentiel de légalité pour ce type de mesures.

- 14 Ces mêmes tensions fondamentales, opposant l'intervention étatique contraignante aux libertés individuelles et entre l'adoption de techniques de droit dur et de droit souple se retrouvent aussi au Brésil, comme en témoigne la loi fédérale n° 13.979, du 6 février 2020³⁰, adoptée pour faire face à la pandémie. Cette loi autorise – classiquement – que des mesures administratives (autrement dit, des mesures de police) puissent venir restreindre la liberté individuelle pour protéger la santé publique – ce qui revient finalement à protéger la vie des individus³¹. Parmi ces mesures, prévues à l'article 3 figurent l'isolement, la quarantaine, la détermination de la pratique obligatoire d'examens médicaux, de tests en laboratoires et de vaccination, la restriction exceptionnelle et temporaire de l'entrée et de la sortie du pays ou encore la réquisition de biens et services appartenant à des personnes physiques ou morales moyennant une indemnisation postérieure³². Mais cette loi revêt aussi certaines caractéristiques moins classiques dans la pratique législative, et qui méritent d'être exposées : elle favorise un exercice décentralisé du pouvoir de police ; elle exalte le rôle de la science comme fondement du contrôle de légalité ; et, cela étant, elle favorise une attitude d'« auto-restriction » de la part du pouvoir judiciaire. Ce sont donc essentiellement ces trois aspects qui alimenteront les développements dans la suite de cette étude.

- 15 Au regard des observations formulées précédemment s'agissant du droit français, il est d'ores et déjà possible d'effectuer un parallèle avec le cas brésilien, lequel a visiblement tenté de mettre en œuvre une solution mixte, entre le droit dur et le droit souple, comme une formule de conciliation entre la liberté et la restriction. Cette recherche de compromis se rencontre dans les décrets d'application de la loi précitée, lesquels emploient fréquemment le terme de « recommandation », sans que ne lui soit associée ni contrainte ni sanction. Une telle technique permet de privilégier la notion de liberté, tout en introduisant des préconisations empreintes d'un certain sens moral, dans le but de créer une prise de conscience auprès de la population et de susciter une adhésion spontanée à un comportement socialement souhaité. Même s'il n'est pas dénué de toute forme de prescription normative et qu'il se prolonge par des décrets réglementaires, le texte d'une recommandation ne produit pas, en lui-même, d'effets juridiques en droit brésilien.
- 16 Au regard, notamment, des déclarations des autorités publiques dans la presse, il apparaît toutefois que cette préférence pour les mécanismes de droit souple relève moins du véritable choix – ou de l'option idéale –, que du pragmatisme face au constat de l'impossibilité de fait de contrôler et de sanctionner, ajouté à la crainte politique de réactions hostiles au sein de la population. Cela n'a pas empêché que, tout au long de la pandémie, plusieurs États ou municipalités adoptent des mesures plus sévères de restriction dans le fonctionnement des activités de commerce et de service, à l'exception des « activités essentielles ». Dans cette hypothèse, les mesures de recommandation cédaient devant de nouveaux décrets prévoyant, pour certaines périodes, une interdiction totale de fonctionner pour les entreprises ou un couvre-feu pour la population, sauf à ce que soit démontrée une nécessité justifiée par l'urgence ou la santé³³. Au regard de solutions si différentes et de la complexité d'une gestion fédérée – et non fédérale – de la crise, le pouvoir judiciaire, et spécialement le STF³⁴, a été appelé à se prononcer sur la constitutionnalité de ces mesures restrictives, à la suite de recours formés soit par des individus ou des représentants de secteurs économiques, soit directement par le président de la République. Celui-ci s'est toujours opposé aux initiatives plus restrictives des libertés de la part des États ou des municipalités, supposées

préjudiciables au développement économique du pays³⁵, alimentant les tensions entre les différents échelons territoriaux.

1.2. Les rapports juridiques entre échelons territoriaux : transformation des équilibres institutionnels

- 17 L'intervention de l'État dans la gestion de la crise sanitaire appelle la recherche d'une conciliation entre deux objectifs *a priori* antithétiques : prendre en compte des réalités territoriales distinctes d'une part, et proposer une réponse homogène et globale à l'échelon national d'autre part, qui permettrait de dessiner derrière l'idée d'effort commun les contours d'une cohésion voire d'une adhésion à l'action de l'État. Rapidement, la question de l'échelle territoriale idoine a donc émergé. Alors qu'en France, le cadre de l'État s'est d'abord imposé, tout en suscitant des interrogations autour des pistes d'évolution dans l'articulation des compétences entre l'État et les collectivités, un mouvement radicalement différent naissait au Brésil, qui assistait au déclin de la légitimité politique de son pouvoir fédéral. Des initiatives locales ont alors fleuri, encouragées par le pouvoir judiciaire, qui ont fini par faire de l'échelle fédérée (des États ou des municipalités) le terrain privilégié de la prise de décisions et de la réflexion sur la gestion de la crise. Prédomine alors une action discordante de l'État fédéral et des États fédérés : d'un côté, l'action politique locale émerge comme un contrepoids salutaire aux défaillances du pouvoir central ; de l'autre, se propagent des dissonances entre les différents niveaux de l'État, multipliant les risques de réponses à double vitesse et, partant, d'inégalités entre les territoires. Plus encore, les municipalités font office de véritables laboratoires dans la construction de réponses innovantes et localement adaptées à la gestion de la crise sanitaire, ces initiatives accentuant, aussi, les particularismes territoriaux.
- 18 En France, c'est au contraire le cadre étatique qui est apparu, dans un premier temps, comme le mieux à même de gérer la crise³⁶, ce dont témoigne surtout l'accaparement d'un pouvoir de police administrative spéciale par le Premier ministre³⁷. Si cet interventionnisme (re)centré autour de l'État³⁸ ne doit pas étonner outre mesure³⁹, il a eu pour conséquence de reléguer les maires et

leurs pouvoirs de police administrative générale en matière de salubrité publique au second plan de l'action publique ⁴⁰, alors même qu'on aurait pu s'attendre à les retrouver en « première ligne ». Ce « paradoxe communal » ⁴¹ fut pourtant conforté à de nombreuses reprises sur le plan contentieux, le juge administratif se bornant à appliquer rigoureusement le principe d'exclusivité de la police administrative spéciale. Il s'agissait, sans doute, de donner la priorité à une réponse homogène, de faire prévaloir « le souci de cohérence nécessaire à l'effectivité de la mesure prise » ⁴².

- 19 Bien que la neutralisation des initiatives locales ait été largement tempérée par un mouvement à rebours ayant pour objectif de revaloriser le rôle des collectivités dans la crise sanitaire – et plus particulièrement du maire ⁴³ –, elle donne aussi aux élus locaux l'occasion de revendiquer un renforcement de leurs compétences. Le constat de ce dialogue insuffisant invite en effet à se pencher sur l'organisation de l'État territorial, afin de chercher à « renforcer la solidarité territoriale et les coopérations » entre les échelons territoriaux et en leur sein. Pour parvenir à une meilleure articulation des compétences en matière de santé, plusieurs pistes peuvent être suivies.
- 20 D'abord, les conventions territoriales d'exercice concerté des compétences, au potentiel sous-exploité, pourraient constituer un nouvel outil de dialogue entre les collectivités, potentiellement utile sur un plan sanitaire. Créées par la loi MAPTAM du 27 janvier 2014 ⁴⁴, elles ont pour objet de mettre en œuvre une action commune dans le cadre d'un exercice concerté de compétence entre les collectivités, leurs groupements ou leurs établissements publics ⁴⁵. Le faible enthousiasme qu'a suscité cet outil auprès des collectivités a été souligné par un rapport de l'Inspection générale de l'administration en 2017, qui révélait aussi la logique « opportuniste » prévalant dans la conclusion de tels accords, essentiellement guidés par la volonté de « lever les contraintes sur les cofinancements » ⁴⁶. La portée pratique de ces conventions mérite donc d'être observée au regard actualisé de la recherche d'une meilleure coopération, notamment en ce qu'elles offrent des potentialités de dépassement de la spécialisation des compétences ⁴⁷, susceptible de concerner le domaine de la santé. Ensuite, poussant plus loin cette logique, un nouveau rebondissement au sujet de la clause générale de compétence

pourrait être attendu. Sa suppression pour les départements et les régions⁴⁸, lesquels, en l'état actuel du droit, ne peuvent intervenir en dehors de leur champ de spécialité, y compris dans « les domaines pour lesquels aucune autre personne publique ne dispose d'une compétence attribuée par la loi »⁴⁹, s'analyse aussi sous l'angle des limites à la coopération entre les collectivités et celui de la carence de l'État. Sans aller jusque-là, François Barouin, président de l'Association des maires de France, invite à réfléchir à de nouvelles répartitions des compétences entre les structures déconcentrées et décentralisées, plaidant notamment en faveur d'un transfert des pouvoirs en matière sanitaire des agences régionales de santé vers les départements⁵⁰. Partant des attermoissements ayant obscurci l'efficacité de la gestion politique et l'encadrement juridique de la crise sanitaire, des appels favorables à une relocalisation de la mise en œuvre et de la gestion des politiques publiques se font entendre⁵¹. Face à de telles attentes, le projet de loi « 3DS » (déconcentration, décentralisation, différenciation et simplification) annoncé comme un nouvel acte de décentralisation a ainsi de quoi nourrir quelques espoirs⁵², notamment dans le sens d'une meilleure coordination institutionnelle⁵³. On le voit, la question de l'adéquation de l'échelle territoriale dans la gestion de la crise sanitaire se prolonge par une remise en cause, plus générale, de l'articulation des compétences entre l'État et les collectivités en matière de santé.

- 21 Cette influence de la gestion de la pandémie sur le fonctionnement et le rapport des institutions se retrouve au Brésil, au point qu'elle pourrait aussi être appréhendée par des études sociologiques ou politiques sur la fabrique du droit. En effet, la tendance à une interprétation constitutionnelle centralisée au sein de la fédération brésilienne⁵⁴, aboutissant à privilégier les compétences législatives de l'union fédérale en cas de conflits entre les entités fédérées⁵⁵, s'est inversée en situation de pandémie ; très probablement, l'explication (non juridique) d'une telle mutation réside dans la volonté des pouvoirs judiciaires et législatifs de s'imposer en réaction, face à un président de la République imprudent et dépourvu de toute considération humanitaire. Au-delà de ses ressorts politiques et sociologiques, cette affirmation des compétences décentralisées pour affronter la pandémie résulte clairement des décisions du STF⁵⁶.

- 22 Peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi nationale créant un régime de police administrative réduisant les libertés pour protéger la santé⁵⁷ a été introduite une action directe en inconstitutionnalité, dans laquelle l'avocat général de l'union soutenait l'incompétence des États et des municipalités pour adopter ces mesures restrictives. Par un jugement non définitif⁵⁸, le STF a validé l'option décentralisatrice du législateur, affirmant la compétence législative concurrente des entités fédérées en matière de protection de la santé. Cette compétence commune n'exclut pas, néanmoins, que le président de la République définisse par décret les services publics et les activités essentielles qui doivent continuer à fonctionner, bien que des mesures plus restrictives puissent toujours être prises par les autorités locales, en vertu du principe d'autonomie.
- 23 Dans une autre affaire jugée le 8 avril 2020, et qui devait constituer l'un des *leading cases* de la jurisprudence sur la pandémie, le Tribunal a affirmé que :

« le pouvoir exécutif fédéral n'est pas compétent pour écarter, unilatéralement, les décisions prises par les gouvernements des États, du district ou des municipalités lesquels, dans l'exercice de leurs compétences constitutionnelles, ont adopté ou vont adopter, sur leurs territoires respectifs, d'importantes mesures restrictives comme l'obligation d'isolement ou de distanciation sociale, la quarantaine, la suspension des activités d'enseignement, les restrictions dans le commerce, les activités culturelles ou encore la circulation des personnes, entre autres mécanismes reconnus comme efficaces pour réduire le nombre d'infections et de décès »⁵⁹.

- 24 Cette tendance a été réaffirmée au sein de plusieurs jugements, mais celui rendu le 6 mai 2020 mérite singulièrement d'être cité, au moins pour son résumé officiel, car il commence par une déclaration qui synthétise bien l'esprit du STF lorsqu'il s'est emparé de ce sujet, n'hésitant pas à intégrer des considérations politiques à côté des arguments juridiques.

« 1. Dans ces moments de crise aggravée, le renforcement de l'union comme l'élargissement de la coopération entre les trois pouvoirs, au sein de toutes les entités fédérées, constituent des instruments essentiels et indispensables dont tous les dirigeants en charge de

l'intérêt public doivent se saisir avec un absolu respect des mécanismes constitutionnels de l'équilibre constitutionnel et du maintien de l'harmonie et de l'indépendance entre les pouvoirs, lesquels doivent être chaque fois plus valorisés, en évitant tout individualisme préjudiciable à la conduite des politiques publiques essentielles à la lutte contre la pandémie de covid-19.

2. La gravité de l'urgence causée par la pandémie de coronavirus (covid-19) exige des autorités brésiliennes, à tous les niveaux de gouvernement la mise en œuvre concrète de la protection de la santé publique, avec l'adoption de toutes les mesures possibles et techniquement durables pour soutenir et maintenir les activités du Système unique de santé »⁶⁰.

- 25 En effet, le président de la République n'a cessé de chercher, tout au long de la pandémie, à limiter le pouvoir des gouverneurs et des maires dans la restriction de la circulation des personnes et du fonctionnement des activités économiques. Après plus d'un an d'opposition, le président de la République est même allé jusqu'à introduire, en mars 2021, une action directe en inconstitutionnalité contre les trois décrets étatiques qui instaurent un couvre-feu. L'originalité de cette affaire réside dans le refus de l'avocat général de l'union de porter le recours⁶¹, conduisant le président de la République à le déposer personnellement (et à demander la révocation de l'avocat général). C'était la première fois qu'un président de la République formait un recours devant le STF, lequel estima sans ambages que le « chef de l'exécutif personnifie l'union, tandis que l'avocat général se voit attribuer la représentation judiciaire et la capacité d'ester en justice. Une erreur si grossière fait obstacle à toute régularisation procédurale »⁶². Et le Tribunal d'ajouter, dans une perspective évidemment politique, que « par ces temps actuels de démocratie, toute vision totalitaire est impropre. Il incombe au président de la République de diriger le pays et de coordonner les efforts visant au bien-être des Brésiliens »⁶³.
- 26 Illustrant, une nouvelle fois, l'ouverture de la jurisprudence vers l'autonomie des entités fédérées, le STF a également autorisé un État (l'autorisation valant alors pour tout autre État ou municipalité) à « importer et distribuer des vaccins enregistrés par au moins une des autorités sanitaires étrangères et faisant l'objet d'une distribution commerciale libre dans ces pays »⁶⁴. Pour adopter une telle solution,

il s'est appuyé, d'une part, sur les compétences communes dont disposent les entités fédérées pour adopter des politiques publiques en matière de protection de la santé et, d'autre part, sur le retard du Gouvernement pour prendre en charge le système de vaccination.

- 27 Néanmoins, cette interprétation en faveur de l'autonomie des entités fédérées ne signifie évidemment pas que n'importe quelle décision protectrice de la santé sera validée par le STF. Il y a plusieurs affaires dans lesquelles des mesures restrictives ont été considérées comme excessives, en raison d'un défaut de fondement adéquat ou d'une violation de la norme constitutionnelle. Au sujet, par exemple, d'un décret municipal qui interdisait à une usine industrielle de production alimentaire de fonctionner, le STF a considéré que « le décret manquait de fondement technique, ce que la simple existence de la pandémie qui ravage le monde ne peut venir à elle seule justifier »⁶⁵.
- 28 D'autres exemples pourraient être cités, tels que ceux de maires de municipalités qui ont eu l'intention de restreindre l'accès à leurs villes aux seuls résidents. Dans ces situations, les tribunaux régionaux, rejoints ensuite par le STF⁶⁶, se sont fermement opposés à ces prohibitions de circulation selon un critère de résidence – dans la mesure où la Constitution de la République interdit aux États ou aux municipalités de créer des distinctions entre Brésiliens ou une préférence au sein d'eux (CR, art. 19, III), ou même d'adopter des impôts qui aboutiraient à freiner la circulation des personnes entre les territoires (CR, art. 150, V) – sans préjudice de la possibilité laissée aux municipalités de déployer des barrages de police à l'entrée de certaines zones pour, notamment, effectuer des contrôles de température. Une telle limitation de la circulation vise à endiguer les symptômes du covid, sa portée dissuasive contribuant à contenir les flux touristiques.
- 29 La pandémie a ainsi donné lieu à une certaine inclinaison jurisprudentielle, allant dans le sens d'un accroissement de la décentralisation et, plus généralement, d'une transformation des rapports entre l'État et les autres échelons territoriaux. Et la comparaison entre les contextes français et brésilien révèle que cette altération est alimentée par les décisions de justice ; or, par un effet ricochet, celle-ci se perçoit également dans l'office du juge,

interrogeant la place de ce dernier dans le jeu institutionnel en situation de crise sanitaire.

2. L'office du juge bousculé

- 30 Un grand nombre de normes – plus ou moins dérogatoires – a été adopté pour traduire ou appliquer des choix politiques relatifs à la gestion de la crise sanitaire. A parallèlement émergé devant les juridictions françaises et brésiliennes un contentieux de la crise sanitaire. Entre un rôle réactif ou plus actif, les juges ont généralement penché en faveur d'une large marge d'appréciation laissée à l'administration (2.1). Cet office, plutôt en retrait, s'explique en partie par l'importante prise en compte des données scientifiques dans le contrôle juridictionnel (2.2).

2.1. Le contrôle juridictionnel face à la marge d'appréciation administrative

- 31 L'épidémie de covid-19 a entraîné des ajustements dans la pratique du contentieux administratif français. D'une part, la loi du 23 mars 2020 déclarant l'état d'urgence sanitaire a mis en place des règles dérogatoires censées adapter la procédure contentieuse au contexte⁶⁷ et garantir le bon fonctionnement du service public de la justice⁶⁸. D'autre part, la crise a donné lieu, en France comme au Brésil, à une inflation contentieuse, dessinant une tendance identique vers le rejet quasi systématique des recours intentés contre les décisions administratives prises pour lutter contre la pandémie⁶⁹ – peu importe que ces recours dénoncent leur bien-fondé, leur insuffisance, voire leur absence (mettant en cause la carence de l'action publique).
- 32 Une impression quasi unanime émerge alors dans le sens d'un « front commun », qui aurait rassemblé l'ensemble des pouvoirs derrière une cause fédératrice. Cette apparente déférence ne s'est toutefois pas manifestée de la même manière. Au Brésil, l'absence de censure juridictionnelle se justifiait sans détour par la nécessaire marge d'appréciation dont devait disposer l'administration pour gérer la crise, argument confinant à l'opportunité politico-administrative. En France, elle pourrait sans doute trouver une explication similaire,

bien que plus insidieuse. Cette marge d'appréciation apparaissant en creux des décisions rendues par le juge administratif, elle s'illustre notamment par une certaine vigilance portée à une application uniforme des mesures prises par le Gouvernement, conduisant le juge à sanctionner les initiatives locales qui s'en détournaient : que ce soit par des mesures plus coercitives⁷⁰ ou plus libérales⁷¹. Elle s'incarne encore dans les différents refus du juge administratif de sanctionner d'éventuelles carences sur le terrain du référé-liberté⁷² ; autrement dit, les juridictions excluent le prononcé d'obligations d'agir – pour généraliser le port du masque, accroître les tests, ou racheter des entreprises en difficulté par exemple⁷³. Quelques décisions font toutefois figure d'exception, comme celle du tribunal administratif de Guadeloupe, enjoignant au centre hospitalier universitaire et à l'agence régionale de santé de commander des doses d'hydroxychloroquine et d'azithromycine et des tests de dépistage covid⁷⁴ – mais sévèrement contredite en cassation⁷⁵ –, ou celle du Conseil d'État enjoignant finalement la fourniture de masques de protection aux détenus à l'occasion de leurs contacts avec l'extérieur⁷⁶.

- 33 Cette marge de manœuvre laissée à l'administration pour gérer la crise s'est donc traduite par une certaine « tolérance juridictionnelle » dans l'appréciation de la décision nationale.
- 34 À défaut d'incarner un « contre-pouvoir » virulent, le juge administratif n'a pas non plus pêché par atonie, en ce qu'il – en particulier le Conseil d'État – s'est attribué un nouveau rôle : celui de participer à une application harmonieuse des mesures prises dans le contexte sanitaire dans le pays, s'érigeant en gardien de la cohérence de l'action administrative. D'une part, le Conseil d'État affichait la volonté d'assurer – plus encore qu'à l'habitude – l'harmonie de la jurisprudence administrative sur le territoire⁷⁷. La première ordonnance rendue en formation collégiale le 22 mars 2020 avait bien pour objectif de « fix[er] le cadre général »⁷⁸ d'une politique jurisprudentielle coordonnée. Intervenant au stade de la cassation, le Conseil d'État a validé les dispositifs instaurant le port du masque obligatoire sur la voie publique, alors que les tribunaux administratifs de Strasbourg et Lyon avaient entendu limiter la portée de l'obligation⁷⁹. Cette solution, comme celle rejetant le recours dirigé contre la fermeture des salles de sport⁸⁰, entend bien

représenter une position de principe, exportable auprès des juridictions inférieures. D'autre part, la simplicité et la lisibilité sont devenues des conditions œuvrant à l'efficacité d'une mesure de police administrative et, partant, à l'examen de sa proportionnalité. Par exemple, l'exécution de l'arrêté du maire de Colmar autorisant l'ensemble des commerces non alimentaires de vente en détail de sa commune à rouvrir a été suspendue par le tribunal administratif de Strasbourg, car cette mesure était « susceptible de compromettre la cohérence, l'efficacité et la lisibilité de celles prises dans ce but par les autorités compétentes de l'État »⁸¹. Ce complément inédit au triptyque traditionnel rythmant le contrôle des mesures de police⁸² permet une application monochrome de la décision nationale sur l'ensemble du territoire.

- 35 Enfin, le pouvoir d'injonction dont dispose le juge administratif dans le cadre du référé-liberté⁸³ devait se manifester sous des formes *constructives* : demandes de précisions, de clarifications ou de réexamens notamment. Il en est allé ainsi au sujet de la position du Gouvernement sur les marchés couverts⁸⁴. Peut-être plus encore qu'en excès de pouvoir, le pouvoir d'injonction du juge des référés se révèle ici dans le prononcé de « directives didactiques et pragmatiques »⁸⁵, laissant apparaître toute sa vocation préventive. Certes, l'utilisation du pouvoir d'injonction s'est bien traduite par l'adoption de véritables mesures de sauvegarde⁸⁶, mais elle s'est aussi manifestée par le prononcé de préconisations, révélant moins une transfiguration du juge des référés que la malléabilité de son office selon les circonstances – de l'espèce et au-delà.
- 36 Le constat d'une certaine « tolérance juridictionnelle » en faveur d'une marge de manœuvre laissée à l'administration pour gérer la crise se dessine également au Brésil.
- 37 Au moment de l'entrée en vigueur de la Constitution de 1988, le pouvoir judiciaire brésilien a commencé à jouer un rôle dans un phénomène de politisation progressive au sein d'un scénario de « constitutionnalisation du droit », dans lequel tous les juges se voient attribuer la compétence pour interroger la constitutionnalité des lois, appliquant souvent à des cas concrets des principes directement issus de la Constitution – Constitution qui devient « extrêmement omniprésente, envahissante et débordante »⁸⁷.

Néanmoins, le pouvoir judiciaire, notamment le STF a délibérément affiché tout au long de la pandémie de covid-19 une posture de retenue dans la révision des décisions techniques de l'administration⁸⁸. C'est une précision d'importance dès lors que la tolérance juridictionnelle en faveur de la décision administrative s'explique moins par une volonté *in abstracto* d'octroyer une marge politique dans les choix de l'administration que par une appréciation *in concreto* des fondements technico-scientifiques de la décision.

38 Pourtant, en observant l'argumentation rhétorique des décisions juridictionnelles, l'on remarque que sont ravivées certaines idées relatives à la libre marge d'appréciation politique de l'administration, lesquelles semblaient empreintes de désuétude depuis quelques années. En témoignage, par exemple, une recherche de jurisprudence sur le site Internet du STF relative aux matières liées au covid prenant comme critère de recherche l'expression littérale selon laquelle « il n'appartient pas au pouvoir judiciaire de se substituer au jugement en opportunité »⁸⁹ de l'administration qui aboutit à 25 résultats. Et il y en avait bien d'autres si l'on ajoutait toutes les variations de cette même idée.

39 L'expression d'un discours favorable à la marge d'appréciation administrative se vérifie encore à la lecture de certaines décisions du STF. Il considère, par exemple que « le pouvoir judiciaire, dans son unité, et le Tribunal suprême fédéral, en particulier, doit agir avec une extrême prudence compte des graves proportions prises par la pandémie de covid-19 »⁹⁰, précisant également qu'« il revient à la Cour suprême de traiter la question soumise à examen avec une juste précaution, en cherchant à préserver autant que possible le texte normatif attaqué »⁹¹. Dans le même sens, il remarque qu'

« il n'appartient pas au Tribunal suprême fédéral de se substituer aux administrateurs publics des différentes entités fédérées dans l'adoption de mesures qui relèvent de leur compétence, ainsi qu'en raison du fait qu'il ne dispose pas des instruments adéquats pour mesurer les divers défis que chacun d'eux affronte dans le combat contre la covid-19 »⁹².

40 Il est vrai qu'en considérant le pouvoir judiciaire dans son intégralité, tenant compte des nombreuses juridictions qui le composent, l'on

aurait certainement pu rencontrer des décisions de justice qui auraient empiété sur le pouvoir de décision politique de l'administration. Mais il s'agit surtout de mettre en évidence un phénomène d'ensemble qui s'observe avec force dans la position adoptée par les juridictions supérieures et par le STF, convergeant vers une valorisation du rôle de l'administration publique dans la gestion de la crise sanitaire. D'autant qu'une telle valorisation porte en elle une importante nouveauté dans la manière de concevoir le contrôle juridictionnel de légalité : l'intégration du fondement scientifique aux motifs et à la motivation de l'acte administratif.

2.2. L'influence des données scientifiques sur le contrôle juridictionnel

- 41 La prise en compte des données scientifiques a abouti au Brésil à une évolution du référentiel de légalité, intégrant la conformité à ces données comme condition de la validité de l'acte administratif. Le poids de la science ne s'est pas fait sentir de la même manière devant le juge administratif français. Néanmoins, le contentieux relatif à l'état d'urgence sanitaire repose sur des arguments scientifiques invoqués par le requérant, que le juge ne peut ignorer. Cette emprise scientifique sur le procès emporte plusieurs conséquences diffuses, annonçant certaines transformations du contentieux résultant du contrôle juridictionnel de l'administration ⁹³.
- 42 En premier lieu, elle intègre le vaste champ des contentieux technico-scientifiques, dans lesquels la *compétence* du juge recule au profit de celle des spécialistes – ceux qui détiennent la science. L'examen des mesures prises pour lutter contre la pandémie devait mettre en exergue des situations dans lesquelles les experts scientifiques deviennent indispensables à la prise de décision juridictionnelle, interrogeant subséquentement – mais classiquement – la *légitimité* du juge face à l'expert intervenant « au nom de l'objectivité » ⁹⁴. Alors qu'au Brésil, la science revêt un rôle déterminant dans la légalité de l'acte administratif adopté dans le contexte pandémique ⁹⁵, elle constitue en France un élément de preuve au cours de l'instruction ⁹⁶, de nature à éclairer le raisonnement du juge dans sa prise de décision.

- 43 En second lieu, les premiers temps de la crise ont dévoilé une connaissance scientifique insuffisante dont le juge administratif français prenait acte, soulevant par exemple le fait que « les études à ce jour disponibles souffrent d'insuffisances méthodologiques »⁹⁷, ce qui entachait nécessairement leur force probante⁹⁸. Cet argument a été particulièrement mobilisé lors de l'examen de recours tendant à enjoindre au Gouvernement la production et la constitution de stocks d'hydroxychloroquine, permettant ainsi au juge de ne pas se prononcer sur l'efficacité clinique du traitement⁹⁹. Contrairement au Brésil, les données scientifiques n'ont pas été considérées comme suffisantes pour constituer des recommandations susceptibles d'intégrer le référentiel de légalité du juge administratif. Dès lors, le manque de légitimité scientifique des rapports, études ou autres expertises est susceptible de rejaillir sur le juge, ce dernier se bornant à constater ces ambiguïtés et recentrer le débat contentieux sur le terrain de sa connaissance. La jurisprudence administrative des premiers mois est alors davantage éclairée par la prise en compte des incertitudes entourant les données scientifiques que par ces données elles-mêmes¹⁰⁰. Au sujet des rapports entre science et droit, le juge français semble donc faire sienne la posture de Tchekhov vis-à-vis des liens qu'entretiennent pour lui science et littérature : « je me suis toujours efforcé, lorsque c'était possible, de prendre en considération les données scientifiques ; lorsque c'était impossible, je préférais ne pas écrire du tout »¹⁰¹. De la même manière, et bien qu'il ne puisse s'abstenir de juger, le juge peut préférer ne pas écrire à partir des données scientifiques.
- 44 Aussi l'évolution des connaissances scientifiques entraîne-t-elle parallèlement l'évolution du contrôle juridictionnel. Cette synchronie est particulièrement visible dans les recours dirigés contre le port du masque imposé par arrêtés préfectoraux dans certaines villes en septembre 2020. Le Conseil d'État se réfère désormais à « des avis et recommandations tant de l'Organisation mondiale de la santé que du Haut Conseil de la santé publique ou du conseil scientifique covid-19, appuyés sur les études épidémiologiques récentes et la revue de la littérature scientifique existante ». Dans ce sens, l'avis du 20 août 2020 du Haut Conseil de la santé publique (HCSP) adoptant une « doctrine »¹⁰² vient étoffer le référentiel de légalité, permettant ainsi au juge administratif d'exclure dans ces espèces l'atteinte grave

et manifestement illégale à une liberté fondamentale¹⁰³. De la même manière, c'est au regard d'un avis du HCSP du 17 septembre 2020¹⁰⁴ et d'un avis du comité de scientifiques du 19 octobre 2020 qu'une mesure de couvre-feu n'est pas manifestement injustifiée par la situation sanitaire spécifique¹⁰⁵.

- 45 Alors que l'introduction de l'argument scientifique au sein de la juridiction administrative française ne tient qu'au contexte, son incorporation à la grille du contrôle de légalité au Brésil possède une base législative explicite. Sa portée a cependant – et sans aucun doute – été exacerbée par l'environnement politique créé par le président de la République et le « noyau idéologique » de son Gouvernement, promouvant un discours antiscientifique, mêlant des éléments tenant aux fondements religieux¹⁰⁶ et à la croyance en un mouvement des forces internationales réunies pour nuire économiquement au pays. Dans ce contexte, plusieurs hommes et femmes politiques de l'opposition au gouvernement ont adopté – le plus souvent, il faut l'admettre, davantage par opportunité que par franche conviction – une posture proscience.
- 46 S'agissant de la base légale, la loi n° 13.979/20, dans son article 3§ 1, dispose que

« les mesures prévues par cet article¹⁰⁷ pourront seulement être prises sur la base de preuves scientifiques et d'analyses relatives aux informations stratégiques en matière de santé ; elles devront être limitées dans le temps et dans l'espace au minimum indispensable à la protection et à la préservation de la santé publique »¹⁰⁸.

- 47 Bien entendu, la loi elle-même ne définit pas les critères pour qu'une « preuve » soit considérée comme « scientifique ». Il est cependant implicitement entendu que les critères qui devront être suivis sont ceux reconnus au sein des moyens de production de la connaissance scientifique, admis comme tels par le pouvoir judiciaire.
- 48 Par conséquent, la jurisprudence du STF fournit plusieurs illustrations dans lesquelles le paramètre scientifique est convoqué dans le contrôle de légalité ou de constitutionnalité, ainsi que des situations dans lesquelles le Tribunal considère que certains fondements (supposés technico-scientifiques) ne sont pas suffisants (contredits, par exemple, par les arguments techniques d'autres

organes dans le domaine de la santé¹⁰⁹). De la même manière, l'idée selon laquelle « la gravité de la situation exige que des mesures étatiques soient adoptées dans tous les champs d'actions, mais toujours au travers d'actions coordonnées et planifiées entre les organes compétents, et fondées sur des informations et des données scientifiques vérifiées »¹¹⁰ apparaît dans plusieurs jugements du STF – la formulation variant parfois.

- 49 Il arrive même que des références soient faites aux études scientifiques internationales :

« Il n'appartient pas au pouvoir exécutif fédéral d'écarter, unilatéralement, des décisions des gouvernements des États, du district ou des municipalités lesquels, dans l'exercice de leurs compétences constitutionnelles, adoptent ou vont adopter au sein de leurs territoires respectifs, d'importantes mesures restrictives telles que l'obligation d'isolement ou de distanciation sociale, la quarantaine, la suspension des activités d'enseignement, des restrictions dans le commerce, les activités culturelles ou encore la circulation des personnes, entre autres mécanismes reconnus comme efficaces pour réduire le nombre d'infections et de décès, comme le démontrent la recommandation de l'OMS et plusieurs études techniques et scientifiques, comme, par exemple, les études réalisées par l'Imperial College of London, à partir de modèles mathématiques »¹¹¹.

- 50 Cette mobilisation de la science dans les prétoires ne se retrouve donc pas avec la même intensité selon les juges français ou brésiliens, celui-ci intégrant pleinement la donnée technique dans son contrôle de légalité de la décision administrative. Ils ont néanmoins en commun d'assister à la prolifération d'arguments extrajuridiques, qu'ils sont amenés à manier, au titre de preuve ou de base légale. Dès lors, si les domaines scientifiques et juridiques n'ont jamais été hermétiques, la science devenant parfois objet du droit, leurs frontières se meuvent à nouveau pour faire de la première une source alimentant le second. Dans cette insertion de la science dans le droit, se niche aussi la quête d'une « légitimité d'impartialité »¹¹², visant à pallier les insuffisances du politique et illustrant une tendance commune à la France et au Brésil à mobiliser des relais scientifiques ;

le recours à l'expert apparaît bien comme une caution de la décision publique (voire de la décision juridictionnelle au Brésil).

- 51 De la comparaison entre ces deux pays dans leur appréhension juridique de la crise sanitaire, des enseignements plus transversaux se dévoilent, et se cristallisent autour de la mise à l'épreuve de la légitimité électorale, dans une ampleur certes différente. Face à un État en proie à une gestion de crise tout entière marquée par l'idéologie antiscientifique et complotiste promue par un président élu, l'échelle fédérée s'est imposée. À l'inverse, en France, les premiers temps de la crise sont marqués par une centralisation de la prise de décision, qui s'explique certes par une conjoncture politique bien éloignée de celle du Brésil, mais aussi par une structure institutionnelle radicalement différente. Pour autant, des questions relativement similaires ont émergé autour de la nécessité de faire évoluer le rôle des territoires, ravivant la nécessité de penser le politique plus près des citoyens. Enfin, les failles de la légitimité démocratique au Brésil ont redonné à voir le juge dans sa fonction de contre-pouvoir, avec une pleine conscience de son rôle, comme en témoignent les argumentations de ses décisions. La réception de la décision juridictionnelle par le public français ne s'est pas faite de la même manière, le faible nombre de censures dans les premiers mois de la crise alimentant plutôt les soupçons de rapprochement entre le Conseil d'État et le Gouvernement. De cette comparaison ressort alors un mouvement de valorisation – en même temps qu'est rendue visible la nécessité de se tourner vers GALLET Laurent2023-09-07T12:45:00GL– d'autres formes de légitimité dans les périodes de crise, en particulier lorsque celle résultant de l'élection montre de telles limites.

NOTES

1 L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, LGDJ, 1974, t. 2, p. 122.

2 M.-L. MATHIEU-IZORCHE, « Approches épistémologiques de la comparaison des droits », in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 123.

3 F. MENEZES, *Contratos administrativos*, São Paulo, Quartier Latin, 2012, p. 51. Cette hybridation est telle qu'elle conduit à qualifier le droit brésilien

de « droit mixte » (A. WALD, « L'influence de la culture juridique française sur le droit comparé et l'arbitrage au Brésil », in *Liber Amicorum. Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 1049).

4 A. JUNQUEIRA DE AZAVEDO, « L'influence du droit français sur le droit brésilien », in A. WALD et C. JAUFFRET-SPINOSI (dir.), *Le droit brésilien, hier, aujourd'hui et demain*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 203. En témoigne la structure de l'État de droit au Brésil, qui s'affilie à la tradition française, incarnée par les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, intégrant à son droit constitutionnel les cadres de la légalité formelle (« Personne ne sera obligé de faire ou de ne pas faire, sinon en vertu de la loi » ; « *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* » – art. 5, II, Constitution de la république (CR) : la loi étant ici entendue comme l'acte issu du processus législatif devant le Congrès national ; art. 59 CR) et de la légalité matérielle (« Tous sont égaux devant la loi, sans distinction de quelque nature que ce soit, étant garantie aux Brésiliens et aux étrangers résidant dans le pays l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sécurité » ; « *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes* », art. 5 II caput CR).

5 V. A. WALD, « Le droit comparé au Brésil, la vision de 2000 », in C. JAUFFRET-SPINOSI et A. WALD (dir.), *Le droit brésilien, hier, aujourd'hui et demain*, op. cit., p. 481.

6 G. CANIVET, « Préface », in C. JAUFFRET-SPINOSI et A. WALD (dir.), *ibid.*, p. 13.

7 « *A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição* ».

8 « Le système français, complètement distinct du système anglo-saxon, plus ou moins modifié, constitue le modèle le plus simple, le plus méthodique, le plus clair et le plus compréhensif, et celui qui pourrait le plus facilement être adopté par un pays qui a anéanti, d'un seul coup, toutes ses anciennes institutions, pour se diriger vers l'érection d'instances constitutionnelles ou représentatives. D'autant plus, lorsque ce pays abandonne les caractéristiques d'un système absolu, et, ouvre, pour la première fois les yeux à la lumière de la liberté, il apparaît mal, voire pas du tout, préparé pour se gouverner entièrement et par lui-même »

(Vicomte d'Uruguay, *Ensaio sobre o direito administrativo*, São Paulo, 34^e éd., 2002, texte originel de 1862, p. 502).

9 Chapitre II de la Constitution consacré au « Pouvoir Judiciaire ».

10 Il s'agit des tribunaux et des juges du travail (art. 111 et s. de la Constitution fédérale), des tribunaux et des juges électoraux (art. 118 et s. de la Constitution fédérale) et des tribunaux et des juges militaires (art. 122 de la Constitution fédérale).

11 Parmi les principales références doctrinales au Brésil, il faut citer deux collections d'ouvrages collectifs, réunissant plusieurs dizaines d'articles portant sur divers thèmes ayant trait à la pandémie : A. J. CARNEIRO DA CUNHA FILHO, C. S. L. DE ARRUDA, R. HAMZE ISSA et R. WALLBACH SCHWIND (org.), *Direito em tempos de crise : covid-19*, 5 vol., São Paulo, Quartier Latin, 2020 ; A. DAL POZZO et M. CAMMAROSANO (org.), *As implicações da COVID-19 no direito administrativo*, São Paulo, RT, 2020.

12 Sur ce thème, voir l'article pionnier de M. GONÇALVES FERREIRA FILHO, « Poder Judiciário na Constituição de 1988 : judicialização da política e politização da justiça », *Revista de Direito Administrativo* n° 198 (1994), figurant postérieurement dans *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 189.

13 Le fait de renforcer le rôle du pouvoir judiciaire comme gardien de la Constitution, spécialement comme gardien des droits fondamentaux n'est certainement pas dénué de tout enjeu politique dans un moment de redémocratisation du pays, après une période autoritaire conduite par des forces politiques rattachées au pouvoir exécutif, avec la tolérance du législatif.

14 Ce qui, pour autant, constitue un phénomène vérifié et critiqué au Brésil. V. E. DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial : parâmetros dogmáticos*, 2^e éd., São Paulo, Saraiva, 2018.

15 F. MENEZES, « O Brasil necessita ressuscitar a jurisdição administrativa ? Debate à luz da história do direito administrativo brasileiro », in T. MARRARA et J. AGUDO GONZÁLEZ (org.), *Controles da administração e judicialização de políticas públicas*, São Paulo, Almedina, 2016.

16 P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Éditions du Seuil, coll. Les livres du Nouveau monde, 2008.

17 *Ibid.*

18 B. STIRN, « Le référé et le virus », RFDA, 2020, p. 634 ; P. DELVOLVÉ, « Sur deux ordonnances de référé-liberté (22 mars 2020-18 mai 2020) », RFDA, 2020, p. 641 ; L. ERSTEIN, « L'office du juge du référé-liberté dans l'urgence du covid-19 », JCP A, n° 14, 2020, act. 201 ; J.-M. PONTIER, « Le contentieux lié à la covid-19 devant le juge administratif », RDSS, 2020, p. 866.

19 L'attestation pouvant notamment être vue comme « un élément très utile de responsabilisation de l'administré » (P. BOURDON, « L'administré au cœur de la stratégie de lutte contre le covid-19 », AJDA, 2020, p. 969).

20 R. FREGA, « Les dimensions de la confiance », Esprit, 2020, n° 10, p. 49.

21 V. sur ce point, L. CLUZEL-MÉTAYER, « La datasurveillance de la Covid-19 », RDSS, 2020, p. 918.

22 J. GOURAULT et S. LECORNU, « Continuité des services publics locaux dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire », *Recommandations à l'attention des maires, des présidents de conseils départementaux, des présidents de conseils régionaux et des présidents d'établissements publics et de coopération intercommunale*, 21 mars 2020. Pour les recommandations relatives à la mise en place du télétravail lors du reconfinement, v. le lien https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/covid-19/kit_teletravail_et_travaillenpresentiel.pdf ; v. aussi les recommandations pour le déroulement des concours et examens de la fonction publique pendant la crise sanitaire née de l'épidémie covid-19 (30 oct. 2020, 2REDIV/2020).

23 F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « Pluralisme temporel et changement. Les jeux du droit », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaud*, Bruylant, 1993, p. 394.

24 P. DEUMIER, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », in Association Henri Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009, p. 135 ; B. LAVERGNE *Recherche sur la soft law en droit public français*, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, Collection des thèses de l'IFR, 2013, p. 498.

25 D'autant plus problématique qu'elle devient un critère de légalité de la mesure de police (v. *infra*).

26 CE, ord., 30 avril 2020, *Fédération française des usagers de la bicyclette*, n° 440179, *Leb.* T. p. 736, 909, 917 ; note. A. CORRE-BASSET, DA, 2020, n° 11, comm. 46 ; note M. COTTEREAU, AJDA, 2020, n° 42, p. 2438.

27 CE, Ass., 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GmbH et a.*, n° 368082, *Leb.*, p. 77 ; GAJA, 21^e éd., 2017, n° 117, p. 935 ; concl. S. VON COESTER, RFDA,

2016, n° 3, p. 497-505 ; chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ODINET, AJDA 2016, p. 717 ; comm. S. VON COESTER et V. DAUMAS, *Dr. adm.*, 2016, n° 4, p. 29 ; comm. F. MELLERAY, RFDA, 2016, n° 4, p. 679 ; comm. A. SÉE, *Dr. adm.*, 2016, n° 5, p. 49 ; comm. Th. PERROUD, JCP G, 2016, n° 22, p. 1073-1076 ; note N. MATHEY et note P. PAILLER, RDBF, 2016, n° 3, p. 48 et p. 76 ; comm. P. IDOUX, *Revue Lamy de la concurrence*, 2016, n° 50, p. 23 ; comm. A. TAIBI, *Gaz. Pal.* 2016, n° 18, p. 20 ; note B. SEILLER, *Gaz. Pal.*, 2016, n° 22, p. 27.

28 L'on retrouve alors le critère de justiciabilité relatif à la prise en compte des « effets » de la décision (A. CORRE-BASSET, note sous CE, ord., 30 avril 2020, *Fédération française des usagers de la bicyclette*, préc.).

29 CE, ord., 30 avril 2020, *Fédération française des usagers de la bicyclette*, préc.

30 Promulguée par le président de la République, malgré son déni de la gravité de la maladie.

31 Pour une critique de l'absence d'adoption, au Brésil, des mesures constitutionnellement prévues pour les situations d'urgence, v. R. STIEFELMANN LEAL, « Emergência, Constituição e pandemia : o caso da PEC do orçamento de guerra », disponible sur www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/emergencia-constituicao-e-pandemia-o-caso-da-pec-do-orcamento-de-guerra-09042020. Aussi sur ce thème, I. W. SARLET, « Pandemia, direitos fundamentais e democracia : algumas aproximações », in A. J. CARNEIRO DA CUNHA FILHO, C. S. L. DE ARRUDA, R. HAMZE ISSA et R. WALLBACH SCHWIND (org.), *Direito em tempos de crise : covid-19*, vol. I, São Paulo, Quartier Latin, 2020, p. 201.

32 V. not. M. FIGUEIREDO, « A Pandemia e as Restrições Jurídicas à Liberdade – Uma Visão Preliminar », in A. DAL POZZO et M. CAMMAROSANO (org.), *As implicações da COVID-19 no direito administrativo*, São Paulo, RT, 2020, p. 113 ; e H. MOTTA PINTO, « As liberdades no contexto da emergência em saúde pública da Covid-19 », in A. J. CARNEIRO DA CUNHA FILHO, C. S. L. DE ARRUDA, R. HAMZE ISSA et R. WALLBACH SCHWIND (org.), *Direito em tempos de crise : covid-19*, op. cit., p. 261.

33 V. par ex. le décret de l'État de São Paulo n° 65.563/21. Néanmoins, l'application des amendes pour non-respect des mesures contenues dans le décret dépend de l'ajout d'une disposition spécifique de ces décrets pour chaque municipalité. Car la compétence des municipalités pour adopter des amendes englobe les établissements commerciaux qui ne respecteraient pas les règles ou les conducteurs qui circulent en voiture durant le couvre-

feu, mais ne s'étend pas aux individus qui se déplacent dans les rues. Il n'y a d'ailleurs pas eu, non plus, d'adoption de nouvelles hypothèses d'infraction pénale spécifiques pour la violation des limitations de circulation en raison de la pandémie ; les arrestations étaient ainsi fondées sur les dispositions générales du Code pénal (*Risque pour la vie ou la santé d'autrui*, art. 132 : Exposer la vie ou la santé d'autrui à un risque direct et imminent ; *Épidémie*, art. 267 : Causer une épidémie par la propagation de germes pathogènes ; *Violation d'une mesure sanitaire préventive*, art. 268 : Enfreindre la politique des pouvoirs publics destinée à empêcher l'introduction ou la propagation d'une maladie contagieuse).

34 Qui cumule le rôle de tribunal constitutionnel avec une instance unique pour le contrôle abstrait et principal de constitutionnalité des lois et des actes réglementaires à celui de voie de recours pour les affaires jugées dans des instances inférieures, et soulevant la constitutionnalité comme argument incident pour juger de litiges individuels, *in concreto*.

35 Quelques remarques méthodologiques s'agissant de la jurisprudence brésilienne s'imposent : ont été sélectionnés ici les cas considérés comme les plus emblématiques, aux côtés de quelques affaires d'espèce. Une analyse globale et systématique de la jurisprudence se montrerait, d'un point de vue quantitatif, impossible à mener (et, en outre, peu utile). Au 6 juin 2021, le STF avait déjà rendu pas moins de 10 969 décisions (incluant les décisions dites « monocratiques », rendues à juge unique et susceptibles d'être contestées devant une autre formation ; <http://portal.stf.jus.br/covid19/>).

36 V. sur ce point B. FAURE, « Théorie et pratique des compétences des collectivités territoriales face à la crise sanitaire », *AJDA*, 2020, n° 30, p. 1727 ; O. RENAUDIE, « Les collectivités territoriales à l'épreuve de la crise du Coronavirus », *RDSS*, 2020, n° 5 ; P. VILLENEUVE, « Le retour de l'État, d'urgence », *JCP A*, 2020, n° 18-19, 2140.

37 Art. L. 3131-15, -16 et -17 C. sant. Pub., qui donne également compétence au ministre de la Santé et aux préfets, sur habilitation ; dans un chapitre relatif à l'État d'urgence sanitaire. V. sur ce point, J. PETIT, « L'état d'urgence sanitaire », *AJDA*, 2020, n° 15, p. 833.

38 Sans que ces objectifs soient satisfaits (D. ROMAN, « “Liberté, égalité, fraternité” : la devise républicaine à l'épreuve du covid-19 », *RDSS*, 2020, n° 5, p. 926).

- 39 T. MULIER, « Ni retour, ni revanche : Ce que le Covid-19 nous dit de l'État », AOC, 1^{er} juill. 2020, en ligne.
- 40 V. B. FAURE, « État d'urgence sanitaire et pouvoir municipal », AJDA, 2020, n° 18, p. 1013.
- 41 O. RENAUDIE, « La police administrative aux temps du coronavirus », AJDA, 2020, n° 30, p. 1704 ; v. aussi G. LE CHATELIER, « Les pouvoirs de police du maire aux temps du covid-19 », AJCT, 2020, n° 5, p. 250 ; Y. GOUTAL, « Covid-19 : le maire et l'ordre public », AJCT, 2020, p. 330.
- 42 CE, 6 sept. 2020, *ministre des Solidarités et de la Santé*, n° 443750 et n° 443751 ; ét. F. GRABIAS, AJDA, 2020, n° 36, p. 2039 ; note G. ÉVEILLARD, DA, 2020, n° 12, comm. 51.
- 43 R. JAIDANE, « Le maire, acteur local majeur dans la lutte contre le Covid-19 », JCP A, 2020, n° 17, 2133. Pour une illustration s'agissant des espaces verts et parcs, v. décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, JORF n° 0116 du 12 mai 2020, texte n° 6 ; TA Cergy-Pontoise, ord. 28 mai 2020, M. Jean-Charles T..., n° 2004706 ; obs. S. BATOT, LPA, 2020, n° 229, p. 11 ; chron. G. ÉVEILLARD, JCP G, 2020, n° 42, 415.
- 44 Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, JORF n° 0023 du 28 janvier 2014.
- 45 Art. L. 1111-9-1 CGCT.
- 46 Inspection générale de l'administration, *Délégation de compétences et conférence territoriale d'action publique, de nouveaux outils au service de la coopération territoriale*, mai 2017, en ligne sur www.interieur.gouv.fr, p. 86
- 47 E. BOMBERGER-RIVOT, « Introduction » à la table ronde « Des rapports juridiques verticaux : quelles marges de manœuvre pour les acteurs publics locaux ? », in colloque sur *L'adaptation locale de l'organisation territoriale, les rapports juridiques des collectivités territoriales entre elles et avec leurs groupements*, actes du colloque du 15 mars 2018, en ligne sur www.senat.fr.
- 48 Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe), JORF n° 0182 du 8 août 2015, texte n° 1 ; instruction du 22 décembre 2015 relative aux incidences de la suppression de la clause de compétence générale des départements et des régions sur l'exercice des compétences des collectivités territoriales (NOR : RDFB1520836N).

49 CE, 11 oct. 2017, *Département des Yvelines et autres*, n° 407347 ; note A. TREPPOZ-BRUANT, AJDA, 2017, n° 44, p. 2534.

50 Position exprimée notamment lors de l'audition des présidents des trois grandes associations d'élus le 16 avril 2020 et partagée par Dominique Bussereau, président de l'Assemblée des départements de France (*Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur les collectivités territoriales face au covid-19. Travaux relatifs à la situation des collectivités territoriales lors de l'épidémie de covid-19*, 10 juill. 2020, spéc. p. 22).

51 *Rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation sur les collectivités territoriales face au covid-19*, préc.

52 Dont un aperçu matériel ressortait déjà de deux propositions de loi relatives aux libertés locales adoptées par le Sénat le 20 octobre 2020.

53 J.-M. PONTIER, « Covid-19 : l'ombre d'un doute », AJDA, 2020, n° 30, p. 1681.

54 D'un côté, la Constitution de la République prévoit déjà des compétences législatives et administratives bien plus importantes pour l'union que celles attribuées aux États et municipalités (art. 21 à 25 et 30 CR) ; de l'autre, même lorsque la Constitution prévoit des compétences concurrentes entre les entités fédérées, il appartient à l'union de produire des « normes générales » ; la pratique montre que l'union désigne certaines normes comme étant « générales » alors qu'elles sont évidemment « spécifiques ». Elles s'imposent néanmoins au niveau national et le STF les considère comme constitutionnelles. Pour un jugement emblématique, ADI-MC n° 927, Rel. Min. Carlos Velloso, plénière, jugé le 3 novembre 1993. En doctrine, voir C. A. BANDEIRA DE MELLO, « O conceito de normas gerais no direito constitucional brasileiro », *Interesse Público*, 2017, n° 66, p. 149.

55 Au-delà du rôle prépondérant assumé par l'union dans la production du droit, un autre aspect témoignant du caractère centralisé de la fédération brésilienne réside dans la tendance jurisprudentielle à exiger des États et des municipalités d'adopter des arrangements institutionnels fixés constitutionnellement par l'union. Cette tradition jurisprudentielle du STF repose sur la nécessité pour les États et les municipalités de reproduire le modèle institutionnel adopté par l'union fédérale, au niveau de la séparation des pouvoirs par exemple (les gouverneurs d'États et les maires des municipalités disposant d'attributions identiques à celles du président de la République) ou de la procédure législative. C'est ce que le STF appelle le

« princípio de simetria » (https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=princ%C3%ADpio%20da%20simetria&sort=score&sortBy=desc). Ce point doit toutefois être nuancé au regard de la nouvelle tendance jurisprudentielle appréhendant la gestion de la pandémie.

56 V. R. PIMENTA OLIVEIRA et D. A. MUSETTI GROTTI, « Interesse Público e Desafios de Tutela da Saúde Pública: regime jurídico-administrativo e competência dos entes federados no enfrentamento da pandemia da COVID-19 », in A. DAL POZZO, M. CAMMAROSANO (org.), *As implicações da COVID-19 no direito administrativo*, São Paulo, RT, 2020, p. 83 ; F. MENEZES, « Princípio da legalidade e ações administrativas no âmbito estadual durante a pandemia da COVID-19 », in A. DAL POZZO, M. CAMMAROSANO (org.), *As implicações da COVID-19 no direito administrativo*, op. cit., p. 43.

57 Loi préc. n° 13.979, du 6 février 2020.

58 ADI-MC n° 6.341, Rel. Min. Marco Aurélio, plénière, jugement du 15 avril 2020. Le jugement non définitif s'apparente à la procédure du référé que connaît le contentieux français.

59 « Não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos » (ADPF n° 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, décision monocratique, jugement du 8 avril 2020).

60 « 1. Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 2.A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde

pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde » (ADI-MC n° 6.343, Rel. Min. Alexandre de Moraes, plénière, jugement du 6 mai 2020).

61 Autorité compétente au Brésil pour engager comme « avocat » les actions judiciaires au nom du président de la République.

62 *« Chefe do Executivo personifica a União, atribuindo-se ao Advogado-Geral a representação judicial, a prática de atos em juízo. Considerado o erro grosseiro, não cabe o saneamento processual ».*

63 *« Ante os ares democráticos vivenciados, imprópria, a todos os títulos, é a visão totalitária. Ao presidente da República cabe a liderança maior, a coordenação de esforços visando o bem-estar dos brasileiros » (ADI n° 6.764, Rel. Min. Marco Aurélio, décision monocratique, jugement du 23 mars 2021).*

64 *« Importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países » (ACO-MC ref n° 3.451, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, plénière, jugement du 24 février 2021).*

65 *« Referido decreto carece de fundamentação técnica, não podendo a simples existência da pandemia que ora assola o mundo, servir de justificativa, para tanto » (SS n° 5.362, Min. Dias Toffoli (président), jugement du 7 mars 2020).*

66 Rcl n° 39.791, Min. Dias Toffoli (président), jugement du 30 mars 2020.

67 Sur ce point, v. L. VATNA, « Le juge administratif et la crise de la covid-19. Entre protection de la santé et respect des libertés : le juge administratif à l'épreuve de la covid-19 », *Revdh*, 25 oct. 2020, en ligne ; M. BLOTIN et J.-A. CANO, « Loi d'urgence covid-19 : adaptation des délais et simplification des procédures administratives et juridictionnelles », *JCP A*, 2020, n° 13, act. 185.

68 J.-M. PONTIER, « La crise sanitaire de 2020 et le droit administratif », *AJDA*, 2020, n° 30, p. 1692.

69 N. SYMCHOWICZ, « État d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police. Regard critique sur l'office du juge administratif », *AJDA*, 2020, n° 35, p. 2001.

70 V. par ex. la suspension des arrêtés municipaux rendant obligatoire le port du masque, à Sceaux (CE, 17 avr. 2020, *Cne de Sceaux*, n° 440057 ; note A.-L. YOUNOVSKI-SAGON, *JCP A*, 2020, n° 17, act. 252 ; comm. B. FAURE, *AJDA*,

2020, n° 18, p. 1013 ; note G. ÉVEILLARD, DA, 2020, n° 7, comm. 33) ou à Strasbourg (TA Strasbourg, 25 mai 2020, M. A. et autres, n° 2003058 ; chron. E. MAUPIN, AJDA, 2020, n° 37, p. 2118 ; obs. V. DOBELIN, JCP A, 2020, n° 23, p. 7), celle de l'instauration de couvre-feu par arrêté préfectoral dans l'Oise (TA Amiens, 16 mai 2020, *Ligue des droits de l'homme*, n° 2001452) ou par arrêtés municipaux à Lisieux (TA Caen, 31 mars 2020, *Préfet du Calvados*, n° 2000711 ; obs. L. ERSTEIN, JCP A, 2020, n° 15, p. 3 ; obs. T. LELEU, *Gaz. Pal.*, 5 mai 2020, n° 17, p. 17) et à Saint-Ouen (TA Montreuil, 3 avr. 2020, M. Louis R., req. n° 2003861).

71 V. par ex. TA Strasbourg, 2 sept. 2020, n° 20055349 ; TA Strasbourg, 3 nov. 2020, *Préfet du Haut- Rhin*, n° 2006788 et TA Montpellier, ord., 4 nov. 2020, *Préfet de l'Aude c/ Commune de Carcassonne*, n° 2004879 ; obs. E. MAUPIN, AJDA, 2020, n° 37, p. 2118 ; obs. G. DURAND ; AJCT, 2021, n° 1, p. 40.

72 Par exemple, le juge a refusé d'ordonner à l'administration pénitentiaire de prendre un certain nombre de mesures de protection (TA Caen, 1^{er} avril 2020, *Préfet du Calvados*, n° 2000718 ; note M. HERZOG-EVANS, AJDP, 2020, n° 6, p. 314) ; v. aussi CE, 8 avr. 2020, *Section française de l'Observatoire international des prisons et autres*, n° 439827 ; note H. PAULIAT, JCP A, 2020, n° 16, p. 29 ; comm. J. SCHMITZ, AJDA, 2020, n° 23, p. 1298. Le Conseil d'État a également relevé l'absence de carence du Premier ministre à ordonner la réquisition d'entreprises, biens et services pour lutter contre la propagation du coronavirus (CE, 2 avril 2020, *Assoc. de défense des libertés constitutionnelles (ADELICO) et a.*, n° 439844) ou refusé d'enjoindre un certain nombre de mesures de santé concernant les personnes malades (CE, 15 avril 2020, *Association Coronavictimes et autres*, n° 439910 ; note X. BIOY, AJDA, 2020, n° 26, p. 1487) ou en situation de précarité (CE, 9 avril 2020, *Assoc. mouvement citoyen*, n° 439895 ; note L. BOINNARD, RDLF, 2020, n° 45, en ligne ; chron. V. TCHEN, DA, 2021, n° 4, p. 21). De la même manière, il exclut l'hypothèse de carence dans le refus d'ordonner la fermeture des entreprises métallurgiques non essentielles à la nation (CE, 18 avril 2020, *Fédération des Travailleurs*, n° 440012 ; DA, 2020, n° 6, p. 9).

73 Not. CE, 6 avr. 2020, M. A... B., n° 439950 ; obs. J.-M. PASTOR, AJDA, 2020, n° 14, p. 756.

74 TA Guadeloupe, ord., 27 mars 2020, *Syndicat UGTG*, n° 2000295.

75 CE, 4 avril 2020, *Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe*, n° 439904 ; note P.-Y. CHICOT, AJDA, 2020, n° 21, p. 1178.

76 CE, ord., 7 mai 2020, *Ordre des avocats du barreau de Martinique*, req. n° 440151 ; comm. J. SCHMITZ, AJDA, 2020, n° 23, p. 1298.

77 Bernard Stirn évoque notamment « le souci de faciliter l'unité de jurisprudence » (B. STIRN, « Le référé et le virus », RFDA, 2020, n° 4, p. 634).

78 B. STIRN, art. préc.

79 CE, 6 sept. 2020, *ministre des Solidarités et de la Santé*, n° 443750 et n° 443750, préc.

80 D'autant que cette décision était rendue en formation collégiale (CE, 16 oct. 2020, *Soc. My Fitness Club et autres*, n° 445102 ; note M. MORALES, JCP A, 2020, n° 43, p. 25).

81 *Ibid.* ; TA Strasbourg, 3 nov. 2020, *Préfet du Haut-Rhin*, n° 2006788, préc.

82 CE, Ass., 26 oct. 2011, *Assoc. pour la promotion de l'image*, n° 317827, Rec. p. 505 ; chron. M. GUYOMAR et X. DOMINO, AJDA, 2012, n° 1, p. 35 ; note V. TCHEN, DA, 2012, n° 1, p. 1 ; note X. DUPRÉ DE BOULOIS, RDLF, 2012, chron. n° 21.

83 L'article L. 521-2 CJA lui permettant d'ordonner « toutes mesures nécessaires » pour protéger la liberté fondamentale en cause, ce qui comprend des injonctions de faire (not. CE, 22 déc. 2012, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 364584 ; note Ph. TERNEYRE, RFDA, 2013, n° 1, p. 214 ; comm. G. Koubi, JCP A, 2013, n° 4, p. 34).

84 CE, 22 mars 2020, *Syndicats jeunes médecins*, n° 439674 ; note Ch. VALLAR, AJDA, n° 15, p. 851 ; obs. S. HOURSON, DA, n° 5, focus n° 62 ; note X. DUPRÉ DE BOULOIS, RDLF, 2020, n° 12, en ligne.

85 J.-M. SAUVÉ, « Les grands défis de la juridiction administrative », intervention à la Cour suprême de Hongrie, 13 février 2015, en ligne sur www.conseil-etat.fr.

86 Comme l'injonction de « fournir des masques aux détenus » par exemple (CE, 8 oct. 2020, *Centre pénitentiaire de Toulouse-Seysses*, n° 444741 ; comm. J. SCHMITZ, AJDA, 2021, n° 1, p. 41).

87 Pour reprendre ici les expressions de R. GUASTINI, « La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento », in T. MAZZARESE (coord.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Turin, G. GIAPPICHELLI, 2002, p. 148.

88 C. S. LIMA DE ARRUDA, « Harmonia entre os Poderes : judicialização, autocontenção e deferência », in A. J. CARNEIRO DA CUNHA FILHO, C. S. L. DE ARRUDA, R. HAMZE ISSA et R. WALLBACH SCHWIND (org.), *Direito em tempos de*

crise : covid-19, vol. III, op. cit., p. 215 ; M. LIMA PORTA, M. P. RODRIGUES COELHO et T. NEMI BONAMETTI, « Reflexos da Pandemia da COVID-19 na Justiça », in A. DAL POZZO, M. CAMMAROSANO (org.), *As implicações da COVID-19 no direito administrativo*, São Paulo, RT, 2020, p. 673.

89 « Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade ».

90 « O Poder Judiciário, como um todo, e Supremo Tribunal Federal, em particular, precisa agir com extrema cautela diante das graves proporções assumidas pela pandemia da Covid-19 ».

91 « Cumpre à Suprema Corte enfrentar a questão sob exame com a devida parcimônia, buscando preservar ao máximo o texto normativo sob ataque ». Ces deux premières citations sont extraites du principal avis sur la constitutionnalité de la loi n° 13.979/20, ADI-MC n° 6.363, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, décision monocratique, jugement du 6 avril 2020.

92 « Não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos hábeis para sopesar os distintos desafios que cada um deles enfrenta no combate à Covid-19 » (ADPF n° 671, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, décision monocratique, jugement du 3 avril 2020).

93 Sur l'influence de l'expertise scientifique sur la décision politique, v. J. CHEVALLIER, « Expertise scientifique et décision politique », RDSS, 2020, n° 10, p. 831.

94 I. BERREBI-HOFFMANN et M. LALLEMENT, « À quoi servent les experts », *Cahiers internationaux de sociologie*, 2009, n° 126, p. 5.

95 F. MENEZES, « Reflexões sobre a pandemia de COVID-19 no contexto do estado direito brasileiro », *Il diritto dell'economia*, 2020, n° 101, p. 120 ; F. LEAL et T. PEREIRA, « Judiciário, ciência e a pandemia : dois desafios, três papéis », *Conjuntura Econômica*, Rio de Janeiro : FGV/IBRE, 2020, vol. 74, n° 7, p. 36.

96 É. CORBAUX, « Preuve scientifique, preuve pénale : au service de la vérité », *Cahiers droit, sciences & technologies*, 2019, n° 9, p. 33.

97 CE, 28 mars 2020, *Le Syndicat des médecins d'Aix et région et autres*, n° 439726 ; obs. M.-Ch. DE MONTECLER, AJDA, 2020, n° 13, p. 700 ; obs. L. ERSTEIN, JCP A, 2020, n° 14, p. 6.

98 CE, 4 avril 2020, *Centre hospitalier universitaire de la Guadeloupe*, n° 439904, préc.

99 V. CE, 28 mars 2020, M. B. C., n° 439765, *Leb. T.* p. 908, 1005 ; obs. M.-Ch. DE MONTECLER, *AJDA*, 2020, n° 13, p. 700 ; obs. L. ERSTEIN, *JCP A*, 2020, n° 14, p. 6.

100 B. PLESSIX, « Les pièges de la société du risque », *Dr. adm.*, 2020, n° 10, repère 9.

101 A. TCHEKHOV, cité par B. DE SCHLOEZER, « Préface », in A TCHEKHOV, *Bagatelles quotidiennes et autres nouvelles*, trad. B. DE SCHLOEZER, Les belles lettres, 2017, p. 16.

102 Avis relatif à l'adaptation de la doctrine du HCSP et des mesures barrières et au port de masque, dans les lieux clos recevant du public (notamment dans les établissements d'enseignement supérieur), dans le cadre de la pandémie de Covid-19, 20 août 2020.

103 CE, 6 sept. 2020, *ministre des Solidarités et de la Santé*, n° 443751, préc. ; CE, 8 sept. 2020, M. B., 443752.

104 Avis Complémentaire à l'avis du 9 septembre 2020 sur les stratégies de prévention de la diffusion du virus SARS-CoV-2 en Établissement d'Accueil du Jeune Enfant (EAJE) et en milieu scolaire, 17 sept. 2020.

105 V. not. CE, 28 oct. 2020, *Assoc. le Cercle droit et liberté*, n° 445487.

106 Non seulement s'agissant de la pandémie (par exemple dans le traitement à la chloroquine, la négation des risques de la covid, la déconsidération de l'importance du vaccin), mais également visibles à d'autres égards, avec le créationnisme ou la croyance de la Terre plate.

107 Il s'agit de mesures de police administrative prise pour protéger la santé comme, entre autres, l'isolement, la quarantaine, la vaccination obligatoire, la restriction temporaire dans l'entrée et la sortie du territoire.

108 « *As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública* ».

109 Il en va ainsi de l'hypothèse dans laquelle une autorité étatique de santé propose certaines mesures restrictives, au sujet desquelles l'Agence nationale de sécurité sanitaire a démontré la contre-productivité.

110 « *A gravidade da situação por todos enfrentada exige a tomada de providências estatais, em todos as suas esferas de atuação, mas sempre através de ações coordenadas e devidamente planejadas pelos entes e órgãos*

competentes, e fundadas em informações e dados científicos comprovados » (SS n° 5.362, Min. Dias Toffoli (président), jugement du 7 mars 2020 ; ACO n° 3.364, Rel. Min. Cármen Lúcia, plénière, jugement du 23 mars 2020).

111 *The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, varia ; Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID 19 mortality and healthcare demand, varia ; « não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnicos científicos, como por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos » (ADPF n° 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, décision monocratique, jugement du 8 avril 2020).*

112 P. ROSANVALLON, *op. cit.*, 2008.

RÉSUMÉS

Français

La comparaison entre la France et le Brésil dans le traitement juridique de la crise sanitaire révèle des tendances communes, particulièrement sur le plan matériel. En revanche, des divergences apparaissent sur le plan institutionnel, lesquelles s'expliquent par la structure organisationnelle propre à chaque pays, mais également par leur contexte politique. Alors qu'en France une tendance à la centralisation du pouvoir a pu être observée, au Brésil les insuffisances du pouvoir central ont conduit à revaloriser le rôle des acteurs locaux et à donner toute sa force à la fonction de contre-pouvoir endossée par le pouvoir judiciaire. La crise sanitaire a ainsi fait émerger de nouveaux rapports de force institutionnels, ravivant des enjeux de légitimité.

English

Comparing the legal handling of the health crisis in France and Brazil reveals common trends, particularly in terms of substantive law. But on the other hand, the comparison shows differences regarding institutional law, which can be explained by the organizational structure of each country, but also by their political context. Whereas in France there has been a tendency

to centralize power, in Brazil, the inadequacies of central government have led to a revaluation of the role of local authorities, and to give the full force of the counter-power function of the judiciary. The health crisis has therefore given rise to new institutional power relations, which has revived issues of legitimacy.

INDEX

Mots-clés

droit comparé, droit français, droit brésilien, crise sanitaire, institutions, contrôle juridictionnel, données scientifiques, légitimité, droit souple, État fédéral, pouvoir central

Keywords

comparative law, French law, Brazilian law, health crisis, institutions, judicial review, scientific data, legitimacy, soft law, federal State, government

AUTEURS

Émilie Barbin

Professeur à l'université Grenoble-Alpes
IDREF : <https://www.idref.fr/184093031>

Fernando Menezes de Almeida

Professeur à l'université de São Paulo (USP), directeur administratif de la
Fondation d'appui à la recherche de l'État de São Paulo (FAPESP)
IDREF : <https://www.idref.fr/168554828>
ISNI : <http://www.isni.org/0000000038539336>

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

Jean Mermoz Bikoro

DOI : 10.35562/droit-public-compare.91

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

PLAN

1. L'identification de causes divergentes
 - 1.1. Les causes régulières
 - 1.1.1. Les causes volontaires
 - 1.1.2. Les causes involontaires
 - 1.2. Les causes *contra constitutionem*
 - 1.2.1. La suppression de la juridiction constitutionnelle en temps de crise
 - 1.2.2. La cessation anticipée du mandat du fait de l'acte abusif du président de la République
 2. La prévision de solutions cohérentes
 - 2.1. La prévision de l'intérim à la présidence de la juridiction constitutionnelle
 - 2.1.1. L'identification de l'intérimaire
 - 2.1.2. La détermination du rôle de l'intérimaire
 - 2.2. La prévision du remplacement
 - 2.2.1. La dualité des techniques de remplacement
 - 2.2.2. La fixation du timing du remplacement
- Conclusion

TEXTE

- 1 La continuité de l'État se matérialise dans le fonctionnement de ses institutions¹. Pour que ses activités juridiques soient exercées de manière permanente, il est de bon aloi que les institutions qui les exercent fonctionnent sans interruption². Cette exigence de continuité vise toutes les institutions au rang desquelles, la juridiction constitutionnelle. L'un des défis du droit constitutionnel consiste dès lors à aménager les institutions afin qu'elles puissent

faire face à toutes les situations³. Elles peuvent ainsi fonctionner de manière harmonieuse, tout comme elles sont susceptibles de connaître des crises du fait de l'indisponibilité des hommes qui les animent. C'est dans cette logique qu'il convient d'analyser la cessation anticipée des fonctions des juges constitutionnels.

- 2 Dans le nouveau constitutionnalisme africain⁴, le juge constitutionnel se voit attribuer un mandat qui correspond à la durée pendant laquelle il est habilité à officier⁵. Celui-ci peut cependant ne pas aller à son terme, ce qui traduit la notion de cessation anticipée. Le vocable cessation anticipée fait ainsi référence à l'interruption du mandat du juge constitutionnel⁶. Elle s'oppose de ce point de vue, à la cessation normale qui elle, correspond à l'échéance ou à l'expiration du mandat étant entendu que le mandat du juge constitutionnel a fait l'objet d'une double limitation dans le temps⁷ et parfois, dans le nombre⁸. Des événements récents tels que les décès de Polycarpe Mongulu T'apangane⁹ et de Nadine Pingama Modo¹⁰, respectivement juge constitutionnel en république démocratique du Congo et en République centrafricaine, s'inscrivent vraisemblablement dans l'hypothèse d'une cessation anticipée du mandat. De même, la démission le 12 juillet 2022 de Joseph Djogbénou, président de la Cour constitutionnelle béninoise, s'inscrit tout autant dans cette perspective.

- 3 Cela étant, pour mieux cerner la notion de *juge constitutionnel*, il convient de la distinguer des notions de *juridiction constitutionnelle* et de *justice constitutionnelle*. L'expression juridiction constitutionnelle sert à désigner l'organe dont la mission est d'assurer la garantie juridictionnelle de la Constitution¹¹. La justice constitutionnelle quant à elle désigne l'ensemble des organes, procédures et mécanismes par lesquels est assurée la garantie de la Constitution¹². En revanche, le juge constitutionnel peut être défini dans un double sens extensif et restrictif. Dans le premier cas, le juge constitutionnel peut être considéré comme tout juge qui se voit soumettre une question d'ordre constitutionnel à l'occasion d'un procès quelconque¹³. Dans une perspective restrictive, qui vaut pour le modèle européen et qui est retenue dans cette étude, le juge constitutionnel désigne l'ensemble des personnes désignées au sein de la juridiction constitutionnelle en vue de connaître des litiges d'ordre constitutionnel¹⁴.

- 4 Le choix de l'Afrique francophone noire n'est pas anodin, car deux raisons le justifient. La première est relative à la communauté linguistique, car il s'agit des États qui ont en commun, l'usage du français comme langue officielle¹⁵. La communauté linguistique sus-évoquée facilite la diffusion et l'échange des solutions juridiques entre les différents membres. Ce choix est surtout justifié par la convergence des modèles constitutionnels en Afrique francophone¹⁶. C'est au début des années 1990 que tous les États d'Afrique noire francophone se sont dotés des instances juridictionnelles chargées d'assurer la garantie de la loi fondamentale¹⁷. Ainsi, le curseur sera principalement, mais non exclusivement mis sur le Bénin, le Burkina Faso, le Burundi, le Cameroun, la Centrafrique, le Congo-Brazzaville, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Conakry, le Mali, le Niger, la république démocratique du Congo le Sénégal, le Tchad et le Togo.
- 5 De là, lorsque la focale est mise sur le juge constitutionnel dans ces États, certaines pratiques ne sont pas sans interpeller l'observateur. C'est notamment le cas des situations observées au Mali¹⁸ et au Niger¹⁹ où le président de la République a décidé de manière discrétionnaire, de la cessation anticipée du mandat des membres de la juridiction constitutionnelle. Plus que dans les cas de décès ou de démission d'un juge constitutionnel, cet état de fait a laissé poindre un doute sur la fidélité des gouvernants à la Constitution en ces lieux. Dans le même ordre d'idées, cela a nécessairement altéré l'ancrage de l'État de droit dont le juge constitutionnel est la vigie²⁰. C'est dire qu'une rupture du fonctionnement régulier de la juridiction constitutionnelle, découlant de la cessation anticipée du mandat des juges constitutionnels, n'est pas sans conséquences.
- 6 C'est qu'au fond, l'ininterruption de la garantie juridictionnelle de la constitution charrie de nombreux enjeux cristallisés autour de la continuité de la loi fondamentale. Dès lors, si malgré l'émergence récente des juridictions constitutionnelles c'est l'image d'une norme suprême privée de gardien qui reste parfois entrevue²¹, ladite image est susceptible de prendre plus d'envergure en cas de cessation anticipée du mandat des juges constitutionnels. Bien plus, toute discontinuité de la protection de la Constitution est de nature à obérer la stabilité constitutionnelle²² et par là même, les exigences de sécurité juridique propres à tout État de droit²³. C'est d'ailleurs la situation qui a prévalu dans l'« ancien constitutionnalisme »²⁴ des

États d'Afrique noire francophone. Cet intervalle temporel fut notamment marqué par « l'extraordinaire instabilité constitutionnelle des États étudiés [et] un déclin relatif des juridictions constitutionnelles »²⁵. Aussi, durant cette période, l'irrévérence des détenteurs du pouvoir politique à l'égard de la haute instance se traduisait par la précarisation du mandat de ses membres²⁶. C'est dire que d'une manière générale, le statut des juges constitutionnels, entendu comme « l'ensemble des règles destinées à protéger les juges constitutionnels »²⁷, était empreint de fragilité.

7 Or, en admettant que la loi fondamentale reste le « produit de l'imagination des constituants qui retiennent toutes les leçons de leur passé national »²⁸, il reste loisible de subodorer qu'avec la réhabilitation des hautes instances dès 1990²⁹, l'avènement d'un constitutionnalisme plus opératoire³⁰ a été accompagné d'aménagements destinés à consolider le statut du juge constitutionnel. Il s'avère alors intéressant de vérifier la conjecture avancée du point de vue de l'interruption du mandat des juges constitutionnels. Le propos envisagé reste d'ailleurs motivé par le fait que la doctrine a davantage analysé les questions relatives à la nomination³¹, à l'indépendance³², au positionnement du juge constitutionnel dans les régimes politiques africains³³ tout en minorant la protection et la cessation de son mandat³⁴. De fait, contrairement à ce qui est perceptible dans le contexte européen, l'étude des règles statutaires relatives à l'organisation du mandat des juges constitutionnels³⁵ reste à réaliser en Afrique noire francophone.

8 Pour ce faire, il est intéressant de s'attarder autant sur les lois fondamentales que sur celles portant sur l'organisation et le fonctionnement des juridictions constitutionnelles. Cette démarche semble appropriée, car, si de nombreuses Constitutions comportent des dispositions touchant au mandat des membres des hautes instances, les législateurs ont davantage mis l'accent sur celles-ci. La législation relative aux juridictions constitutionnelles doit donc être mobilisée dans un sens large. Dès lors, dans la perspective d'une ininteruption de la garantie juridictionnelle de la constitution, **comment les législations des États d'Afrique noire francophone assurent-elles la continuité de la justice constitutionnelle en cas de cessation anticipée du mandat d'un ou de plusieurs membres ?**

L'intérêt de cette interrogation réside dans la nécessité de faire le diagnostic des causes et d'envisager les solutions constitutionnelles à l'interruption du mandat des membres des juridictions constitutionnelles. Par ailleurs, de ce questionnement, se dégage la volonté d'envisager les moyens mis en œuvre par les différentes législations pour assurer la continuité des fonctions du juge constitutionnel.

- 9 Aussi, en recourant à l'interprétation des textes et des pratiques constitutionnels, il convient de souligner que les législations des différents États identifient les causes divergentes de la cessation anticipée (1) et envisagent des solutions cohérentes devant permettre à la juridiction constitutionnelle d'exercer ses fonctions continuellement, sans que le départ ou le décès d'un juge ait une incidence sur son office (2).

1. L'identification de causes divergentes

- 10 Dans le contexte occidental, il a pu être argué que « le mandat des juges constitutionnels ne doit pouvoir prendre fin que par démission, décès, ou déchéance prononcée par la juridiction constitutionnelle elle-même selon des règles fixées par la Constitution »³⁶. Si dans les États africains il est possible de considérer ces causes de cessation comme régulières (1.1), la dynamique constitutionnelle permet également de relever l'existence de causes de cessation irrégulières ou *contra constitutionem* (1.2).

1.1. Les causes régulières

- 11 L'évocation des causes régulières implique que celles-ci sont prévues par les législations régissant les juridictions constitutionnelles. En admettant qu'elles s'inscrivent dans le cadre de la prévoyance constitutionnelle³⁷, deux causes peuvent être envisagées dans cette logique à savoir, celles qui sont volontaires (1.1.1) et celles involontaires (1.1.2).

1.1.1. Les causes volontaires

- 12 Une cause de cessation est volontaire lorsqu'elle émane du juge lui-même. C'est le fait pour ce dernier de renoncer à son appartenance à la juridiction constitutionnelle. On peut citer dans ce sens, la démission et l'exercice d'une fonction incompatible. Dans le premier cas, les différentes législations envisagent presque toutes la démission du juge constitutionnel. La Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 dispose à titre d'illustration que « toutefois, en cas [...] de démission ou d'empêchement définitif d'un membre, il est pourvu à son remplacement selon la procédure de désignation prévue à cet effet »³⁸. Cette disposition qui n'est pas singulière permet de faire une catégorisation des organes susceptibles de démissionner. Il s'agit dans un premier temps, du président de la juridiction constitutionnelle. Le texte régissant le Conseil Constitutionnel camerounais énonce en ce sens l'hypothèse d'une « vacance du poste de président du Conseil Constitutionnel par démission [...] ».
- 13 La démission du président de la juridiction constitutionnelle soulève une interrogation majeure. En démissionnant, perd-il uniquement la qualité de président ou celle de membre de la juridiction constitutionnelle ? En d'autres termes, en choisissant de mettre prématurément fin à son mandat, le fait-il en tant que président ou en tant que membre de la juridiction constitutionnelle ? Les textes sont muets au sujet de ces interrogations. On peut néanmoins considérer que dans les États où ce dernier est élu³⁹, c'est l'acte de démission qui devra en principe déterminer si ce dernier manifeste la volonté de demeurer au sein de la juridiction. Cela est dû au fait que ce dernier est avant tout désigné comme membre de la juridiction et ce n'est que l'élection par les autres membres à la présidence qui lui confère la qualité de président. Il est donc possible qu'il démissionne de la présidence tout en demeurant membre de la juridiction. En revanche, dans les États où il est directement nommé comme président, sa démission induit la perte de la qualité de juge constitutionnel.
- 14 La démission vise dans un second temps les autres juges. La loi organique régissant la Cour constitutionnelle du Bénin dispose en effet qu'« un membre de la Cour Constitutionnelle peut démissionner par une lettre adressée au président de ladite Cour [...] Celle-ci prend

effet pour compter de la nomination du remplaçant »⁴⁰. C'est aussi ce qui est prévu par les textes régissant la juridiction constitutionnelle au Niger⁴¹ et en RDC⁴². Telle que formulée, la démission du juge constitutionnel a, avant tout, une dimension individuelle, mais cela n'exclut pas son caractère collectif. Elle est collective lorsqu'elle est initiée par plusieurs membres au même moment ou à des intervalles de temps rapprochés. Cet acte peut soulever des difficultés quant à la continuité de la juridiction constitutionnelle.

- 15 Ceci étant, la procédure de démission est clairement formalisée dans le but d'assurer la continuité de la juridiction constitutionnelle. Dans la quasi-totalité des États, c'est par une lettre adressée au président de la juridiction que le membre démissionnaire indique sa volonté de mettre prématurément fin à son mandat⁴³. Une fois que le président réceptionne la lettre, il la rend publique afin que l'organe de désignation procède à son remplacement. À l'analyse, le fait que la démission prenne effet au remplacement du démissionnaire traduit la volonté de garantir la continuité des fonctions des juges constitutionnels. Le membre démissionnaire assure ainsi les affaires courantes en attendant sa substitution effective⁴⁴. Il en est de même lorsqu'il met fin à son mandat parce qu'il choisit d'exercer une fonction incompatible.
- 16 Du reste, dans le contexte africain, la démission des juges constitutionnels a une connotation aussi bien positive que négative⁴⁵. En effet, lorsque l'accent est mis sur les tenants de la démission, il apparaît que celle dite positive intervient lorsque des juges sont désireux de ne pas fragiliser la haute instance du fait de la discordance de leurs opinions avec celles de leurs collègues. Elle intervient également lorsque les juges estiment que l'institution n'incarne plus les valeurs qui sont les leurs. Cela a notamment été observable en RDC où, le 9 avril 2018, deux juges constitutionnels ont démissionné, car n'étant pas en accord avec leurs pairs sur la question du report de l'élection présidentielle au-delà du terme légal du second et dernier mandat du président de la République alors en exercice⁴⁶. La démission a une connotation négative lorsqu'elle est forcée. Cette perspective a été celle perceptible au Mali où, le 19 juin 2020, sous l'effet des manifestations des populations, quatre membres de la Cour constitutionnelle ont démissionné⁴⁷.

- 17 Au demeurant, les textes qui régissent les juridictions constitutionnelles dans les États d'Afrique francophone consacrent des incompatibilités aux fonctions de juge constitutionnel. Ce qui varie, ce sont les fonctions déclarées incompatibles. Certaines Constitutions déclarent la fonction de juge constitutionnel exclusivement incompatible avec les fonctions publiques. Il en est ainsi de la Constitution camerounaise qui énonce que « Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec celles de membre du gouvernement, du parlement ou de la Cour suprême [...] »⁴⁸. On retrouve une disposition analogue dans les Constitutions du Burkina Faso⁴⁹, du Congo⁵⁰ ou encore du Togo⁵¹. D'autres Constitutions étendent la liste des fonctions incompatibles avec les fonctions militaires et privées. Au Niger, la loi fondamentale dispose que « Les fonctions de membre de la Cour constitutionnelle sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat électif, de tout emploi public, civil ou militaire, de toute fonction de représentation nationale et de toute activité professionnelle à l'exclusion de l'enseignement »⁵². C'est également ce qui est prévu dans les lois fondamentales du Bénin⁵³, du Gabon⁵⁴ et de Guinée⁵⁵.
- 18 Deux cas de figure sont susceptibles d'être envisagés s'agissant de l'exercice d'une fonction incompatible par le juge constitutionnel. Le premier est temporaire et n'a aucune influence sur l'échéance de son mandat, tandis que le second a un caractère définitif et entraîne la cessation du mandat. Le premier cas est spécifique à certains États et fait allusion à l'hypothèse de l'intérim à la présidence de la République en cas de mise en œuvre de sa responsabilité pénale devant la Haute Cour de justice. Au Bénin⁵⁶, c'est le président de la Cour constitutionnelle qui est désigné comme président intérimaire cumulativement à sa qualité de membre de la juridiction constitutionnelle. Une fois l'intérim achevé, il recouvre sa casquette de président de la juridiction constitutionnelle.
- 19 La seconde hypothèse correspond à la perte de la qualité de membre de la juridiction constitutionnelle du fait de l'exercice d'une fonction déclarée incompatible. Les juges constitutionnels sont soumis au respect des incompatibilités et la principale sanction au non-respect de l'interdiction du cumul est la cessation anticipée du mandat⁵⁷. La loi organique régissant la Cour constitutionnelle du Bénin est suffisamment explicite au sujet de l'exercice d'une fonction

incompatible comme cause de la cessation anticipée du mandat. Elle dispose en effet que « La Cour constitutionnelle constate, le cas échéant, à la majorité de cinq (5) conseillers au moins, la démission d'office de celui de ses membres qui aurait exercé une activité ou accepté une fonction ou un mandat électif incompatible avec sa qualité de membre de la Cour [...] »⁵⁸. On peut constater que la législation est muette au sujet de celui qui est habilité à dénoncer les situations de non-respect des incompatibilités par les juges constitutionnels⁵⁹. Tout ce qui est prévu, c'est la constatation de la démission d'office de celui qui ne se conforme pas au respect des incompatibilités.

1.1.2. Les causes involontaires

- 20 Les causes involontaires sont celles qui sont prévues par les différentes législations, mais dont la survenance ne dépend pas du juge constitutionnel. On peut citer dans ce sens le décès⁶⁰ et l'empêchement définitif d'un juge constitutionnel. Relativement au décès, il est identifié par quasiment tous les textes comme l'une des causes de cessation anticipée du mandat. À titre illustratif, la loi régissant la Cour constitutionnelle du Congo dispose qu'« en cas de décès [...] d'un membre de la Cour constitutionnelle, il est pourvu à son remplacement dans les quinze jours pour le reste du mandat [...] »⁶¹. Les législations procèdent à l'identification du juge décédé en distinguant le cas du président de la juridiction constitutionnelle et celui des autres juges. Dans les deux hypothèses, la conséquence est identique à savoir que le membre décédé perd sa qualité de juge constitutionnel.
- 21 L'empêchement définitif est aussi pris en compte comme cause de cessation anticipée du mandat du juge constitutionnel. Cependant, le contenu des textes est variable dans les États visés par le propos contrairement à la tendance observée en Afrique noire anglophone⁶². Certains font référence à l'incapacité du juge tandis que d'autres évoquent clairement l'hypothèse de l'empêchement définitif. Dans la première catégorie, la loi régissant la Cour constitutionnelle du Niger qui dispose que « Les dispositions de l'article 10 ci-dessus sont applicables pour le remplacement des membres de la Cour constitutionnelle décédés ou définitivement empêchés par une incapacité physique ou mentale permanente »⁶³. D'autres par contre,

font clairement allusion à l'empêchement soit du président de la juridiction, soit d'un membre de la juridiction constitutionnelle ⁶⁴. Dans les deux hypothèses, on peut s'interroger sur le fait générateur de l'empêchement définitif du juge constitutionnel et surtout sur son contenu.

- 22 Il est possible d'affirmer que l'empêchement peut être causé par deux facteurs que sont : la maladie et la condamnation à une peine privative de liberté. S'agissant de la maladie, il faut relever que l'exercice des fonctions requiert de la part des gouvernants, un état de santé satisfaisant d'un point de vue physique et mental ⁶⁵. À l'époque contemporaine, de plus en plus, la question de la santé des gouvernants est prise en compte, car dès que l'état de santé se dégrade, le titulaire de la fonction se retrouve dans l'incapacité de l'exercer ⁶⁶. La maladie susceptible d'entraîner la constatation de l'empêchement définitif d'un membre de la juridiction constitutionnelle peut avoir une double dimension. Il peut dans un premier temps s'agir d'une maladie physique ⁶⁷. Une telle maladie doit être de nature à empêcher que le membre de la juridiction constitutionnelle puisse se mouvoir pour exercer ses fonctions. Il peut aussi s'agir d'une maladie mentale en ce qu'elle affecte la capacité de ce dernier à examiner les questions constitutionnelles ⁶⁸.
- 23 La prise en compte de l'état de santé des membres des juridictions constitutionnelles passe aussi par le traitement de l'âge comme condition d'accès à la fonction ⁶⁹. En prenant en compte le lien entre la précarité de l'état de santé et l'âge, on peut affirmer que les textes devraient en principe limiter l'âge d'accès à la fonction de juge constitutionnel. Des situations d'absence prolongée des juges constitutionnels du fait de l'état de santé ou de l'âge avancé sont répertoriées de-ci de-là en Afrique. Jusqu'ici, les textes sont muets sur la question de l'âge. La liberté de choix incombe ainsi à l'autorité de nomination.
- 24 Enfin, l'empêchement définitif peut être la conséquence de la condamnation d'un membre de la juridiction constitutionnelle à une peine privative de liberté. Certes, les juges constitutionnels sont couverts par l'immunité ⁷⁰, mais celle-ci n'a pas un caractère absolu, car les textes envisagent leur responsabilité pénale. D'après les différentes législations, un membre pris en flagrant délit peut faire

l'objet d'une condamnation pénale. Dans l'hypothèse où la condamnation repose sur une peine privative de liberté de longue durée, le membre condamné sera déclaré comme définitivement empêché ce qui induit une cessation anticipée de son mandat. Il s'agit néanmoins d'une cessation régulière du mandat qui n'a rien à voir avec celle qui est *contra constitutionem* ou irrégulière.

1.2. Les causes *contra constitutionem*

- 25 Le mandat des membres de la juridiction constitutionnelle n'expire pas toujours conformément à la Constitution. Il arrive souvent que celui-ci prenne fin du fait d'un acte *contra constitutionem* qui s'inscrit dans le cadre d'un constitutionnalisme alternatif⁷¹ ou un d'un « para-constitutionnalisme qui s'appuie sur des pratiques constitutionnelles en permanence éloignées du champ défini par les lois fondamentales »⁷². C'est ce sens qu'il convient de donner à la cessation irrégulière⁷³. Deux cas de figure peuvent être répertoriés. Le premier a trait à la suppression de la juridiction en temps de crise (1.2.1) et le second est relatif à un acte abusif du président de la République (1.2.2).

1.2.1. La suppression de la juridiction constitutionnelle en temps de crise

- 26 La cessation anticipée du mandat des juges constitutionnels en temps de crise est assez fréquente. Très souvent, lorsqu'un État se trouve dans une situation d'instabilité, en fonction du rapport de force qui prévaut, l'une des principales victimes est la Constitution. Pourtant, à titre de droit comparé dans le contexte français, il a pu être argué qu'« en des temps incertains, la Constitution demeure un élément majeur de stabilité juridique et sociale »⁷⁴. La dynamique est tout autre en Afrique noire francophone. Soit la loi fondamentale est abrogée, soit elle est suspendue. Dans les deux situations, il y a suppression des institutions ordinaires et mise en place des institutions de transition ou *ad hoc*. Dans un tel cas de figure, le garant de la Constitution disparaît avec l'anéantissement de la Constitution et le mandat des membres de la juridiction constitutionnelle prend fin prématurément⁷⁵.

- 27 L'abrogation de la Constitution est généralement opérée par les Constitutions de transition⁷⁶ ; lesquelles ont une double finalité déconstituante et constitutive⁷⁷. La finalité déconstituante consiste à mettre fin à l'ordre constitutionnel existant. À titre d'illustration, l'Acte fondamental du 24 octobre 1997 au Congo dispose que « le présent Acte fondamental qui abroge la Constitution du 15 mars 1992 entre en vigueur dès sa signature par le président de la République, chef de l'État »⁷⁸. Dans le même ordre d'idées, la Charte constitutionnelle de transition de RCA énonce que « la présente Charte constitutionnelle abroge la Constitution du 27 décembre 2004 »⁷⁹. La vocation constitutive quant à elle leur permet de mettre en place un ordre juridique de transition destinée à conduire la période de transition constitutionnelle. Pour s'en convaincre, la Constitution de transition du Burundi dispose que « la présente Constitution de transition de la République du Burundi régit le fonctionnement des Institutions de la République du Burundi depuis la mise en place du gouvernement de transition jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution post-transition »⁸⁰. Dans la même logique, l'Acte fondamental du Congo dispose qu'« en attendant l'adoption par référendum et la mise en application de la nouvelle Constitution, le présent Acte fondamental sera exécuté comme Constitution de l'État »⁸¹.
- 28 En abrogeant la Constitution, les Constitutions de transition mettent fin au mandat des juges constitutionnels. Deux tendances se dégagent dans les États d'Afrique noire francophone. La première est celle qui consiste à supprimer la juridiction constitutionnelle en attribuant ses fonctions à la Cour suprême comme ce fut le cas au Congo⁸² avec la suppression du Conseil constitutionnel⁸³. C'est également la démarche qui a été retenue par la Constitution de transition de RDC⁸⁴.
- 29 La seconde tendance est celle qui supprime la juridiction constitutionnelle en mettant en place une juridiction constitutionnelle de transition. C'est la démarche qui est retenue par la Charte constitutionnelle de transition de la RCA. On peut en effet lire en son article 76 qu'« il est institué une Cour Constitutionnelle de transition [...] ». Sans clairement mettre fin au mandat des juges constitutionnels, la Charte de transition du Burkina Faso prévoit la cessation anticipée du mandat dès la mise en place des institutions

de transition. Elle dispose ainsi que « le mandat des membres du Conseil constitutionnel arrivé à l'échéance est prorogé jusqu'à la mise en place des institutions de la transition, le cas échéant ».

- 30 La suppression de la juridiction constitutionnelle en temps de crise soulève un certain nombre d'observations. La première a trait à l'identification de l'organe qui assure la régulation du pouvoir et la protection des normes en vigueur. Dans certains États, c'est la juridiction constitutionnelle de transition qui assure cette fonction. Dans d'autres, il y a cessation anticipée du mandat du juge constitutionnel, car ce dernier perd sa qualité avec la suppression de la juridiction constitutionnelle.
- 31 La seconde observation concerne le caractère *contra constitutionem* de la suppression de la juridiction constitutionnelle. Il s'agit d'une cessation irrégulière parce qu'elle n'est prévue par aucun texte en période normale. Il s'agit plutôt d'un basculement du rapport de force⁸⁵ qui fait que les solutions a-constitutionnelles sont priorisées dans la résolution des crises. Il s'agit surtout d'un acte abusif des détenteurs du pouvoir.

1.2.2. La cessation anticipée du mandat du fait de l'acte abusif du président de la République

- 32 La cessation irrégulière du mandat des juges constitutionnels peut aussi être la conséquence d'un acte abusif du président de la République. Il y a abus de droit⁸⁶ parce que celui qui met fin au mandat du juge n'a reçu aucune habilitation constitutionnelle pour le faire. Dans les États d'Afrique noire francophone, on a souvent assisté à la révocation des juges constitutionnels comme s'il s'agissait des membres du Gouvernement. Trois illustrations sont susceptibles d'être mobilisées en la matière, à savoir les cas du Niger, du Mali et de la Côte-d'Ivoire.
- 33 Au Niger, en 2009 le président de la République Mamadou Tandja a procédé à la révocation de l'ensemble des membres de la juridiction constitutionnelle. En effet, en milieu d'année 2009, le président nigérien dont le second mandat avait expiré a initié une révision constitutionnelle pour supprimer la clause limitative du nombre de

mandats présidentiels. Seulement, la procédure prévue par la loi fondamentale prévoyait un recours systématique à la juridiction constitutionnelle pour avis⁸⁷. La Cour constitutionnelle va émettre un avis défavorable à l'initiative présidentielle en déclarant son initiative inconstitutionnelle⁸⁸. Dans un premier temps, elle va affirmer que « le maintien en fonction du président de la République au-delà du terme de son mandat n'est pas conforme à la Constitution »⁸⁹. Dans un second temps, pour protéger la clause limitative du nombre de mandats présidentiels, elle va préciser que « le président de la République ne saurait engager ou poursuivre le changement de la Constitution sans violer son serment »⁹⁰. Un avis confirmé par un arrêt de la même juridiction⁹¹ est allé dans le même sens. Face à cette aversion de la juridiction constitutionnelle, le président Mamadou Tandja va purement et simplement procéder à la révocation de l'ensemble des membres de la Cour constitutionnelle⁹². À l'analyse, il s'agit d'une révocation *contra constitutionem*, car la Constitution nigérienne n'a pas envisagé une telle éventualité. La Constitution alors en vigueur n'avait pas envisagé l'éventualité de la révocation des membres de la juridiction constitutionnelle par le président de la République. Son article 104 disposait que « les membres de la Cour sont nommés pour six (6) ans par décret du président de la République. Leur mandat n'est pas renouvelable ».

- 34 Au Mali, le président de la République Ibrahim Boubacar Keita a procédé le 12 juillet 2020 à la révocation de certains membres de la Cour constitutionnelle à la suite de la contestation populaire qui a embrasé le pays pendant plusieurs mois. Dans son décret pris à cet effet, on peut lire que

« sont abrogés les dispositions du Décret n° 2015 – 0031/P-RM du 2 février 2015 portant nomination des membres de la Cour Constitutionnelle et du Décret n° 2015 – 0599/P-RM du 23 septembre 2015 portant rectificatif au Décret n° 2015 – 0031 susmentionné en ce qui concerne : madame Manassa DANIOKO, magistrat ; monsieur Bamassa SISSOKO, magistrat ; monsieur Baya BERTHE, magistrat »⁹³.

Deux observations découlent de l'analyse de ce décret. La première est que le président de la République révoque bel et bien trois

membres de la Cour constitutionnelle.

- 35 La seconde observation concerne le caractère irrégulier de cette révocation. Dans la Constitution malienne⁹⁴, aucune allusion n'est faite à la révocation des juges. La Constitution prévoit simplement que les juges sont nommés pour un mandat de sept ans renouvelable une fois et la cessation du mandat est consécutive à la survenance des causes ci-dessus énumérées⁹⁵. Le président de la République a donc agi en violation de la Constitution et a mis fin de manière anticipée au mandat de certains juges constitutionnels.
- 36 Enfin, en Côte-d'Ivoire, la crise postélectorale de 2010 a eu une incidence sur l'échéance du mandat des juges constitutionnels compte tenu de leur implication dans la crise. En effet, au lendemain de l'accession au pouvoir du président Alassane Dramane Ouattara et de l'arrestation du président sortant Laurent Gbagbo, l'un des actes que va prendre le nouveau président de la République sera de remplacer les membres du Conseil constitutionnel plus précisément le président Paul Yao-N'Dré par un de ses alliés politiques de l'époque, Francis Wodié⁹⁶. Pourtant, au moment de cette révocation, le mandat du président de la juridiction constitutionnelle n'avait pas expiré⁹⁷ et la Constitution du 23 juillet n'avait pas prévu l'éventualité de la révocation des juges constitutionnels par le président de la République⁹⁸. Il s'agit simplement de l'affirmation du changement de rapports de force qui se traduit par des règlements de compte du nouveau président contre une juridiction qui a d'abord déclaré Laurent Gbagbo vainqueur de l'élection présidentielle et ceci, en violation de la Constitution qui ne prévoit pas une révocation du président du Conseil constitutionnel.
- 37 Du reste, il ressort de ces exemples que la révocation abusive des membres de la juridiction constitutionnelle intervient constamment dans les contextes marqués par la conflictualité constitutionnelle. Ainsi, le caractère conflictogène du droit constitutionnel africain⁹⁹ tend à fragiliser le mandat des juges constitutionnels. La permanence dudit caractère traduit également l'échec des juridictions constitutionnelles à réguler la vie politique¹⁰⁰ et à prévenir les crises. Aussi, paradoxalement, si la révocation des juges constitutionnels est l'œuvre du président de la République, elle a pour origine la faillite des juridictions constitutionnelles dans l'exercice de ses missions.

Toute chose qui débouche sur une interruption de la garantie juridictionnelle de la constitution.

- 38 Cela étant dit, il ressort *in fine* de ce qui précède que les causes de la cessation des fonctions des membres de la juridiction constitutionnelle sont plurielles et hétérogènes. Les unes sont conformes à la Constitution tandis que les autres sont *contra constitutionem*. De là, si la place du hasard et de la nécessité a pu être mise en relief en Afrique francophone¹⁰¹, il reste qu'en faisant tout aussi preuve de prévoyance, les législations ont tenté d'apporter des solutions adaptées à la cessation anticipée du mandat des juges constitutionnels.

2. La prévision de solutions cohérentes

- 39 Les textes constitutionnels africains ne se contentent pas d'envisager les causes de la cessation du mandat des juges constitutionnels. En effet, dans le but d'assurer la continuité de la juridiction constitutionnelle, ils prolongent le traitement de la question en envisageant des solutions à ladite cessation du mandat. À l'analyse, ces solutions sont susceptibles d'être classées en deux catégories à savoir, l'intérim (2.1) et le remplacement des membres de la juridiction constitutionnelle (2.2).

2.1. La prévision de l'intérim à la présidence de la juridiction constitutionnelle

- 40 L'intérim constitue l'une des solutions prévues dans les législations africaines en cas de fin prématurée des fonctions du juge constitutionnel. Aussi, l'analyse des législations qui régissent les juridictions constitutionnelles, le traitement de l'intérim s'opère de deux manières selon que celles-ci procèdent à l'identification de l'intérimaire (2.1.1) et selon qu'elles encadrent ses pouvoirs (2.1.2).

2.1.1. L'identification de l'intérimaire

- 41 L'intérim vise essentiellement la présidence de la juridiction constitutionnelle. La Constitution malienne du 27 février 1992 dispose que « Le président de la Cour Constitutionnelle est élu par ses pairs. En cas d'empêchement temporaire, son intérim est assuré par le conseiller le plus âgé »¹⁰². Dans la même logique, la Constitution gabonaise dispose que « En cas d'empêchement temporaire, l'intérim du président est assuré par le conseiller le plus âgé »¹⁰³. Cependant, ces deux dispositions illustrent une confusion entretenue par les textes entre l'intérim et la suppléance. Les Constitutions envisagent l'intérim en cas d'empêchement temporaire alors que c'est la suppléance qui aurait dû être envisagée¹⁰⁴. En revanche, l'intérim n'est souvent prévu que pour les cas de décès, de démission ou d'empêchement définitif qui débouchent sur la cessation anticipée du mandat.
- 42 Au-delà de cette confusion, il faut souligner que le choix de l'intérimaire varie en fonction des États. Certains textes ont fait du conseiller le plus âgé¹⁰⁵ l'intérimaire à la présidence de la juridiction constitutionnelle. Ce dernier est aussi désigné pour assurer la suppléance lorsque le président est temporairement empêché. Ce choix est à coup sûr lié à la maturité et à l'expérience du doyen d'âge qui lui confère une certaine légitimité pour mieux gérer une situation de vacance. Mais ce choix peut être discuté, car rien n'indique que le conseiller le moins âgé ne soit pas en mesure de conduire une période intérimaire.
- 43 Plus logique est la solution qui consiste à désigner le vice-président comme intérimaire. Mais cette solution n'est valable que là où les textes ont prévu à la fois un président et un vice-président¹⁰⁶. La solution est dite logique, car c'est ce dernier qui, suivant l'ordre de préséance, est désigné pour seconder le président. Il est donc au cœur de la gestion de la juridiction constitutionnelle et peut mieux gérer la vacance à la présidence de la juridiction constitutionnelle.
- 44 Dans les deux hypothèses, l'intérimaire à la présidence de la juridiction constitutionnelle n'est pas désigné par un organe externe à la juridiction. Ce sont les textes qui déclinent son identité si bien que, dès qu'une situation de cessation anticipée du mandat du

président se produit, l'intérim est directement déclenché. On peut interpréter cette mise à l'écart des organes externes dans la désignation de l'intérimaire comme une volonté de renforcer l'autonomie de la juridiction constitutionnelle¹⁰⁷. On peut en effet redouter une instrumentalisation de la désignation de l'intérimaire par le pouvoir politique en fonction des calculs et du moment où se produit l'intérim¹⁰⁸. Une implication des autres pouvoirs publics est de nature à faciliter leur intrusion dans la gestion de la juridiction constitutionnelle, du moins le temps de l'intérim.

- 45 La législation des États d'Afrique noire francophone ne confère pas au président intérimaire, un régime de protection particulier. Il bénéficie des mesures de protection qui sont reconnues aux autres juges. Il en est ainsi des immunités auxquelles ils sont tous couverts. La Constitution ivoirienne du 08 novembre 2016 dispose qu'« Aucun membre du Conseil constitutionnel ne peut, pendant la durée de son mandat, être poursuivi, arrêté, détenu ou jugé en matière criminelle ou correctionnelle qu'avec l'autorisation du Conseil, sauf les cas de flagrant délit »¹⁰⁹. On peut identifier la même disposition constitutionnelle au Bénin¹¹⁰, en République centrafricaine¹¹¹ ou encore au Togo¹¹² et se rendre compte qu'elle protège tous les juges y compris le président intérimaire en tant qu'il est d'abord lui-même membre de la juridiction constitutionnelle.
- 46 On peut en dire autant de son inamovibilité. Par définition, l'inamovibilité désigne la situation du juge ou d'une autorité qui ne peut être déplacée ou mutée de son poste sauf en application d'une procédure qui comporte des garanties renforcées¹¹³. Initialement consacré en faveur de la magistrature du siège, ce principe est aujourd'hui étendu en faveur des juges constitutionnels, d'ailleurs les Constitutions des États objets d'étude n'y prévoient aucune dérogation. La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 dispose dans ce sens que « les membres de la Cour Constitutionnelle sont inamovibles pendant la durée de leur mandat »¹¹⁴. Cette disposition figure aussi dans les textes constitutionnels de la République centrafricaine¹¹⁵ et du Niger¹¹⁶ et traduit la volonté de mettre le juge à l'abri des pressions et des abus venant de l'autorité de nomination, ce qui renforce inéluctablement l'indépendance des juges constitutionnels. La formule retenue par les textes autorise à penser que tous les juges sont inamovibles. Le président intérimaire

de la juridiction constitutionnelle étant lui-même membre de la juridiction constitutionnelle, on peut tirer la conclusion de son inamovibilité.

- 47 Enfin, les textes ont donné un ancrage temporel à ses fonctions. En réalité, ce dernier n'assure l'intérim que pour un laps de temps, il n'a pas vocation à remplacer le président jusqu'au terme de son mandat. Ainsi, la Constitution ivoirienne fixe à huit jours, le temps imparti aux autorités de nomination pour remplacer le président du Conseil constitutionnel¹¹⁷. Au Mali, ce délai est de trente jours¹¹⁸. En procédant à la comparaison avec l'intérim à la présidence de la République, il n'est pas exagéré que l'intérim à la présidence de la juridiction constitutionnelle se caractérise par sa brièveté¹¹⁹. Cela se justifie à coup sûr par la souplesse de la procédure et du mode de désignation. Dans les États où ce dernier est nommé, il suffit simplement que l'autorité de nomination désigne quelqu'un d'autre pour que la vacance prenne fin. Dans les États où l'élection est organisée, c'est au sein de la juridiction constitutionnelle qu'elle se tient sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à la campagne électorale ou à la phase contentieuse. En attendant qu'un autre président soit désigné, l'intérimaire est appelé à jouer le rôle de président de la juridiction constitutionnelle.

2.1.2. La détermination du rôle de l'intérimaire

- 48 Au même titre que les autres institutions étatiques, la juridiction constitutionnelle est appelée à fonctionner de manière permanente. Toutefois, comme ses membres sont susceptibles de perdre prématurément leur qualité de juge constitutionnel, il est important que les textes envisagent des solutions afin de garantir sa continuité, car elle est censée, quelles que soient les circonstances, être en mesure d'assurer la protection de la loi fondamentale, des droits fondamentaux et l'encadrement du pouvoir¹²⁰. Il n'est donc pas normal que du fait de l'indisponibilité de ses membres et plus précisément de son président, l'exercice de ses fonctions soit interrompu¹²¹. La solution de la désignation de l'intérimaire semble ainsi justifiée tout comme l'est aussi le rôle qui lui est assigné pendant la période intérimaire.

- 49 La garantie de la continuité des juridictions constitutionnelles passe par celle de sa présidence. À la lecture des textes qui encadrent l'organisation et le fonctionnement desdites juridictions, la place du président est centrale tout comme celle de l'intérimaire et l'analyse du rôle du second dépend de celui du premier. Le président de la juridiction constitutionnelle assure la direction administrative et financière de la juridiction et constitue de ce point de vue, le garant de sa permanence¹²². Une vacance prolongée à la présidence de la juridiction constitutionnelle est de nature à impacter sur le fonctionnement de ses services administratifs et financiers¹²³. On pourrait même affirmer que la vacance prolongée du président est de nature à entraîner la paralysie des services internes¹²⁴. C'est dire que le premier rôle que joue le président intérimaire est donc celui de la direction ou la coordination des services internes à la juridiction. Cela évite que la cessation prématurée du mandat du président de la juridiction ait un impact sur la continuité et l'efficacité de l'action des services administratifs.
- 50 Dans la même logique, le président de la juridiction constitutionnelle est désigné dans la quasi-totalité des États d'Afrique francophone comme l'ordonnateur du budget. À titre d'illustration, la loi organique sur la Cour constitutionnelle du Congo indique que « Le président [...] est l'ordonnateur de son budget »¹²⁵. Des difficultés peuvent surgir dès lors que le président de la juridiction constitutionnelle n'a pas délégué ses pouvoirs avant la suppléance ou lorsque les textes n'ont pas désigné un intérimaire. La juridiction court alors le risque de ne pas avoir de vie financière¹²⁶, ou elle peut avoir une vie financière ralentie si la solution à la vacance n'est pas vite trouvée. C'est ce qui rend indispensable la prévision des remèdes à la cessation anticipée des fonctions du président de la juridiction constitutionnelle. Le président intérimaire est ainsi appelé à jouer le rôle d'ordonnateur de manière à garantir la continuité de la vie financière de la juridiction constitutionnelle.
- 51 Enfin, la garantie de la continuité de la juridiction constitutionnelle par le truchement de celle de la présidence se justifie par le fait que l'intérimaire assure la direction des travaux de la juridiction en question. Premièrement, c'est l'intérimaire qui a le pouvoir de convoquer les autres juges. En période normale, le pouvoir de convocation incombe au président de la juridiction constitutionnelle.

Dans la loi portant organisation et fonctionnement du Conseil Constitutionnel camerounais, on peut lire que « le Conseil constitutionnel se réunit sur convocation de son président [...] »¹²⁷. On retrouve une disposition analogue dans les textes burkinabé¹²⁸, congolais¹²⁹ ou encore nigérien¹³⁰. Dans ces différents textes, il est aussi prévu les cas d'empêchement définitif ou de cessation du mandat du président de la juridiction constitutionnelle. On note, toutefois, une variation quant au choix de l'autorité qui peut se substituer à lui, ainsi que cela a été souligné au sujet de l'identité de l'intérimaire. Dans certains textes, c'est le doyen des membres qui a compétence pour procéder à la convocation des autres juges. Dans d'autres cas, c'est le vice-président qui est investi du pouvoir de convocation¹³¹.

- 52 Une fois les membres convoqués, il revient au président intérimaire de déclencher la phase de l'instruction de l'affaire. C'est ainsi qu'il a le pouvoir de désignation du rapporteur. Le rôle du rapporteur est de procéder à l'instruction et préparer la décision ou l'avis. Le texte qui régit la Cour constitutionnelle du Gabon est assez clair au sujet du rôle du rapporteur. Ce dernier énonce qu'aucune « décision ne peut être rendue, aucun avis ne peut être émis si la requête ou la demande n'a fait au préalable l'objet d'une instruction diligentée par un rapporteur désigné par ordonnance du président de la Cour constitutionnelle parmi les membres de cette Cour »¹³². Le même texte poursuit que « Le rapport analyse les moyens soulevés et énonce les points à trancher. Il est lu à l'audience par le rapporteur »¹³³. Dans l'hypothèse où la juridiction constitutionnelle est saisie pendant l'intérim, il revient au président intérimaire de désigner le rapporteur.
- 53 Les textes donnent aussi à l'intérimaire le pouvoir de réguler le déroulement des travaux en mettant en exergue les pouvoirs de police. La démission d'un président en plein contentieux électoral est de nature à la paralyser. On peut donc comprendre pourquoi les textes tentent de trouver des solutions rapides à l'interruption anticipée de ses fonctions avec en toile de fond le souci de garantir la continuité de la juridiction constitutionnelle.
- 54 S'agissant de la délibération *stricto sensu*, il faut indiquer que tous les membres présents sont tenus de prendre part au vote, car

l'abstention n'est pas admise. Dans la plupart des cas, les décisions sont prises et les décisions et avis sont émis à la majorité simple des participants¹³⁴. Mais il n'est pas exclu qu'il y ait un partage de voix parmi les membres. Dans ce cas, la voix du président intérimaire est prépondérante¹³⁵. Il suit de ce qui précède que le rôle du président intérimaire est pluriel et a un ancrage temporel qui est déterminé à partir du remplacement du président et, par extension, des autres juges dont le mandat s'est interrompu.

2.2. La prévision du remplacement

- 55 Contrairement à l'intérim qui constitue une solution provisoire à la cessation anticipée des fonctions, le remplacement permet d'y remédier de manière définitive, car la personne désignée est appelée à achever le mandat en cours. Tout au plus, contrairement à l'intérim qui ne vise que le président de la juridiction constitutionnelle, le remplacement est prévu pour tous les membres de la juridiction. Il consiste pour l'organe de désignation à nommer ou à élire un autre juge pour permettre à ce que le poste vacant soit pourvu. Il se dégage dans le nouveau constitutionnalisme africain le constat, d'une part, de la dualité des techniques de remplacement (2.2.1) et, d'autre part, de la fixation du timing du remplacement (2.2.2).

2.2.1. La dualité des techniques de remplacement

- 56 Le remplacement des membres de la juridiction constitutionnelle s'opère sur la base de deux techniques en fonction des options retenues par les différentes législations. Certaines ont fait le choix de la nomination, tandis que d'autres ont consacré une technique mixte qui englobe nomination et élection. En matière de remplacement, l'autorité de nomination, en l'occurrence le président de la République, est tenue de prendre en compte les propositions des autorités parlementaires et selon les cas, celles du Conseil supérieur de la magistrature. Certaines Constitutions consacrent essentiellement la nomination des juges constitutionnels par des autorités politiques. C'est le cas de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 qui dispose que

« les membres du Conseil constitutionnel sont nommés par le président de la République et désignés de la manière suivante : trois, dont le président du conseil par le président de la République ; trois par le président de l'Assemblée nationale après avis du bureau ; trois par le président du Sénat après avis du bureau ; deux par le Conseil Supérieur de la magistrature »¹³⁶.

- 57 La Constitution burkinabée exclut le Conseil supérieur de la magistrature pour ne retenir que la nomination par les autorités politiques notamment le président de la République et les présidents des Assemblées parlementaires¹³⁷. Au Burundi, les membres de la Cour constitutionnelle sont nommés à titre exclusif par le président de la République¹³⁸. Enfin sans être exhaustive, au Congo, la nomination des membres de la Cour constitutionnelle est dominée par les autorités politiques malgré la désignation de deux membres par la Cour suprême¹³⁹.
- 58 En cas de cessation anticipée du mandat d'un juge constitutionnel, la proposition sera faite par l'organe qui a précédemment proposé le membre dont le poste est vacant. Au cas où il s'agit du président de la juridiction, il sera purement et simplement remplacé par le président de la République. C'est le principe du parallélisme de forme qui est mis en exergue en la matière.
- 59 On peut néanmoins s'interroger sur la portée des propositions faites par les organes consultés par le président de la République. Le chef de l'État est-il tenu de prendre en compte les propositions qui lui sont formulées ? C'est du moins ce que les textes constitutionnels laissent entrevoir, même si ceux-ci ne disent pas ce qu'il adviendrait au cas où la nomination présidentielle était discrétionnaire. Au Cameroun, en 2018, la nomination des membres du Conseil constitutionnel s'est faite de manière discrétionnaire par le président de la République¹⁴⁰. La démarche entreprise par le chef de l'exécutif ne laisse transparaître aucune consultation des Assemblées parlementaires et du Conseil supérieur de la magistrature. Tout au plus, avec la prépondérance du fait majoritaire, il est évident que les propositions des différents organes impliqués dans le processus de désignation des remplaçants sont influencées par l'exécutif présidentiel.

- 60 D'autres lois fondamentales optent pour une désignation mixte des juges constitutionnels et de leurs remplaçants en cas de cessation anticipée du mandat. Ce caractère mixte est consécutif au fait que les lois fondamentales combinent nomination et élection¹⁴¹. La consécration de l'élection comme mode de désignation est de nature à renforcer l'indépendance des membres des juridictions constitutionnelles, dans le sens que ceux-ci ne sont pas redevables à l'égard des autorités politiques¹⁴². Non seulement l'élection participe à la démocratisation du recrutement du juge constitutionnel, mais elle présente aussi l'avantage de placer ce dernier à l'abri des influences politiques. Lorsqu'on analyse le fonctionnement des juridictions constitutionnelles africaines, on se rend compte que le mode de désignation a un impact sur le degré d'indépendance ou la marge de manœuvre du juge. Un juge nommé est toujours enclin à vouloir satisfaire les intérêts de l'autorité qui l'a nommé.
- 61 De manière singulière, la Constitution centrafricaine opte aussi pour une désignation mixte des membres de la Cour constitutionnelle. Cependant elle met un accent particulier sur le critère du genre¹⁴³. La prise en compte du genre témoigne du souci de renforcer la représentativité et la légitimité de la Cour constitutionnelle. Dans sa démarche, le constituant centrafricain intègre plusieurs groupes professionnels, mais il prend aussi en compte la parité homme-femme pour renforcer la légitimité de la juridiction constitutionnelle. Seulement, rien n'indique que le remplacement prendra forcément en compte le genre auquel appartenait le juge dont le poste est vacant.
- 62 Enfin, la technique de remplacement doit prendre en compte le profil de celui qui est appelé à remplacer un juge dont le mandat a cessé de manière anticipée. Mais cette exigence n'est pas absolue puisque certaines lois fondamentales ont minoré le profil du juge constitutionnel. C'est le cas de la Constitution camerounaise¹⁴⁴, de la Constitution djiboutienne¹⁴⁵ ou encore, le texte constitutionnel burundais¹⁴⁶. D'autres textes constitutionnels par contre mettent un accent particulier sur le profil. Pour l'essentiel, ce sont des magistrats, avocats, enseignants d'universités et défenseurs des droits de l'homme¹⁴⁷. Au moment de procéder au remplacement, les organes impliqués sont tenus de prendre en compte le profil du juge remplacé et en désigner un autre ayant un profil similaire, dans le respect des délais prescrits par les textes.

2.2.2. La fixation du timing du remplacement

- 63 La quasi-totalité des textes prévoit le remplacement rapide des membres de la juridiction constitutionnelle en cas de cessation anticipée du mandat. Au Bénin, le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle dispose qu'« en cas de vacance à la présidence de la Cour Constitutionnelle, par démission, décès ou toute autre cause, la Cour élit un nouveau président dans le mois qui suit l'évènement intervenu, et ce, en application des dispositions de l'article 12 de la loi organique sur la Cour Constitutionnelle ». Au Niger, la loi régissant la juridiction constitutionnelle énonce que « Il est pourvu au remplacement du membre par l'institution ou l'organisme de sa provenance dans les trente (30) jours et pour le reste du mandat ». Il se dégage une clarté des textes au sujet de la temporalité de la désignation ou du remplacement. En effet, la temporalité est identique à celle de la durée de la période intérimaire¹⁴⁸. Concrètement, le délai indiqué pour l'intérim est celui pendant lequel les organes compétents sont tenus de remplacer le juge dont le poste est vacant. C'est dire que ce délai est impératif. Le non-respect de ce délai peut valablement être interprété comme une violation de la Constitution. En revanche, l'absence de délai impératif peut entraîner une vacance de longue durée.
- 64 On peut considérer cet encadrement temporel du remplacement comme une volonté de permettre que les conditions de délibération soient toujours réunies et que la vacance de poste n'empêche pas la juridiction constitutionnelle de jouer son rôle. La satisfaction des conditions de délibération constitue la finalité principale des solutions proposées par le droit pour remédier à la cessation anticipée du mandat des membres des juridictions constitutionnelles. La satisfaction de ces conditions peut être analysée suivant les différentes phases. Il faut alors distinguer les phases où le président de la juridiction constitutionnelle joue un rôle majeur et les phases où l'intervention de l'ensemble des membres est indispensable. S'agissant des phases, il faut dire qu'elles sont au nombre de trois. Premièrement, il est indispensable que les membres soient convoqués¹⁴⁹. Deuxièmement, le quorum des membres doit être atteint¹⁵⁰. Troisièmement, la décision est rendue à la majorité sauf cas de partage de voix. Dans les différentes étapes, il est bon que

les conditions requises par les textes soient réunies ; d'où la nécessité de pallier dans un délai bref l'interruption du mandat des juges.

65 Une fois que les membres de la juridiction constitutionnelle sont convoqués se pose la question du quota requis pour la validité des délibérations. On note dans les États d'Afrique francophone, une variabilité du nombre des membres en fonction des États. Au Cameroun, le Conseil constitutionnel ne peut valablement se réunir que si neuf membres sur onze sont présents¹⁵¹. Au Burkina Faso¹⁵², le quota requis est de cinq membres. C'est également le quorum qui est retenu au Niger¹⁵³. Il en ressort que la juridiction constitutionnelle ne peut valablement travailler que lorsque le nombre requis par les textes est atteint. Dans le cas contraire, la réunion n'est pas envisageable¹⁵⁴. C'est justement parce que le quorum est une condition dirimante de régularité de la convocation et des délibérations de la juridiction constitutionnelle que s'avère indispensable le remplacement rapide des juges constitutionnels en cas de cessation anticipée de leur mandat. S'agissant de la délibération *stricto sensu*, il faut noter que tous les membres présents sont tenus de prendre part au vote, car l'abstention n'est pas admise. Dans la plupart des cas, les décisions sont prises à la majorité simple des participants¹⁵⁵. Mais, il n'est pas exclu qu'il y ait un partage de voix parmi les membres. Dans ce cas, la voix du président est prépondérante¹⁵⁶. Est-il possible d'envisager le vote lorsqu'un nombre important de membres est absent ? Peut-on parler de voix prépondérante en cas de démission ou de décès du président de la juridiction constitutionnelle ? Ces interrogations permettent de cerner l'importance de solutionner rapidement la cessation anticipée des fonctions du juge constitutionnel, car pour envisager la majorité, il faut que le quorum soit atteint. Il en est de même de la voix du président qui ne peut être prépondérante que lorsqu'il est en fonction.

66 Certaines lois fondamentales, à l'instar de celle du Cameroun, se bornent à indiquer le remplacement du membre dont le poste est vacant sans indiquer un délai prévu à cet effet¹⁵⁷. Il s'agit d'une solution critiquable, car elle donne trop de liberté à l'autorité de nomination dans le remplacement du juge constitutionnel. Le risque d'une instrumentalisation du remplacement est assez élevé dans la mesure où l'autorité politique peut prendre son temps et paralyser

volontairement la juridiction constitutionnelle. D'ailleurs, un membre du Conseil constitutionnel camerounais décédé le 13 janvier 2019¹⁵⁸ n'a été remplacé par décret du président de la République que le 15 avril 2020, soit un an et demi après¹⁵⁹. Ce remplacement tardif est de nature à soulever des difficultés dans l'hypothèse où le mandat de plusieurs juges aurait cessé de manière anticipée. En tout état de cause, la solution qui consiste à déterminer le délai du remplacement s'avère logique.

Conclusion

- 67 En définitive, la cessation anticipée du mandat des membres des juridictions constitutionnelles est de nature à soulever des difficultés majeures en termes de permanence de la haute instance et de continuité de la loi fondamentale. C'est la raison pour laquelle le droit constitutionnel des États d'Afrique francophone tente de saisir cette question en identifiant les différentes causes de celles-ci et en prévoyant des solutions adéquates. Cependant, la pratique du pouvoir fait émerger des modes de cessation irrégulière qui placent le juge constitutionnel dans un inconfort quant à la pérennité de son mandat. À ce propos, il a pu être relevé qu'en plus du caractère abusif de l'acte de révocation des magistrats constitutionnels, la cessation irrégulière du mandat de ces derniers trouve tout autant son origine dans l'incapacité des hautes instances à prévenir les crises politiques. Les juridictions constitutionnelles des États d'Afrique noire francophone contribuent ainsi indirectement, du fait de leur poids relatif dans les rapports de force, à fragiliser le statut de leurs membres et l'indépendance de l'instance dans son ensemble. La situation n'est toutefois pas irréversible. Aussi, au-delà de l'affirmation de l'autorité absolue de la chose jugée des décisions des juridictions constitutionnelles¹⁶⁰, un aménagement de la force de chose jugée¹⁶¹ desdites décisions pourrait consolider la position des hautes instances. L'État de droit et la démocratie n'en seraient que davantage protégés.

NOTES

- 1 La continuité de l'État peut être entendue comme l'absence d'interruption ou de disparition de l'État. Le principe dans le constitutionnalisme contemporain est que l'État a une existence pérenne et que, en toute circonstance, il est appelé à exercer ses activités juridiques. Sur la continuité de l'État, lire utilement : F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 201. Lire aussi : J.-P. MARKUS, « La continuité de l'État en Droit Public interne », RDP, n° 4, 1999, p. 1067-1108.
- 2 P. JUILLARD, « La continuité du pouvoir exécutif », in *Le pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 159.
- 3 J. ROBERT, « Les situations d'urgence en droit constitutionnel », RIDC, n° 2, vol. 42, 1990, p. 752.
- 4 Le nouveau constitutionnalisme africain désigne d'une part le phénomène constitutionnel tel qu'il est en mouvement depuis 1990 dans les États africains et d'autre part, l'application de la constitution et l'ensemble des pratiques politiques qui y sont liées tant à la lumière de la loi fondamentale qu'au-delà de celle-ci. Voir pour une meilleure appréhension de la notion : M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 43 et C. MONEMBOU, *La séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme camerounais. Contribution à l'évolution constitutionnelle*, thèse de doctorat Ph.D en droit public, université de Yaoundé II, 2011, p. 30.
- 5 Le professeur Guillaume Tusseau définit en ce sens le mandat comme « la période de temps pendant laquelle un individu exerce les fonctions de magistrat constitutionnel ». Voir G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé : une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2021, p. 542.
- 6 *Dictionnaire Le Robert*, 2005, p. 67.
- 7 Dans les États d'Afrique francophone, la limitation du mandat des membres des juridictions constitutionnelles dans le temps peut être analysée à partir de la durée de leurs fonctions. Ainsi, sans être exhaustifs, certains États ont fait le choix pour une durée de neuf ans (article 153 de la Constitution burkinabée du 2 juin 1991 modifiée ; article 158 de la

Constitution de RDC du 18 février 2006 modifiée), sept ans (article 99 de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 ; article 100 de la Constitution togolaise du 27 septembre 1992 modifiée) d'autres ont opté pour la durée de six ans (article 130 de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016 et l'article 51 alinéa 1 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée) de cinq ans (article 115 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 modifiée) ou encore de quatre ans (article 186 de la Constitution congolaise du 6 novembre 2015).

8 Le nombre est variable en fonction du caractère renouvelable ou non du mandat. Dans les États où le mandat est non renouvelable (il en est ainsi : de l'article 158 de la Constitution de RDC du 18 février 2006 modifiée ou encore, l'article 153 de la Constitution burkinabée du 2 juin 1991 modifiée) le mandat est unique et limité. En revanche, il est illimité dans l'hypothèse où les textes ont fait le choix de son caractère renouvelable. On peut citer dans ce sens : l'article 186 de la Constitution congolaise du 6 novembre 2015 ou encore, article 115 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 modifiée.

9 Ce juge constitutionnel est décédé le 8 avril 2022.

10 Ce magistrat constitutionnel est décédé le 28 avril 2022.

11 M. WALINE, « Éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en droit positif français », RDP, 1928, p. 441.

12 M. DE VILLIERS et A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., p. 206.

13 G. DRAGO, « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », RFDC, n° 102, vol. 2, 2015, p. 339.

14 H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP, 1928, p. 197-257. Lire aussi : A. GELBAT, « La pédagogie du Conseil Constitutionnel dans le discours doctrinal », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Pédagogie et droit de l'homme*, Nanterre, Presses universitaires de Paris, 2014, p. 182.

15 A. CABANIS et B. GUEYE, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », *Droit sénégalais*, n° 11, 2013, p. 105.

16 S. BALDE, *La convergence des modèles constitutionnels. Étude des cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, 536 p.

17 Avant le début des années 1990, la juridiction constitutionnelle n'existait pas de manière autonome. On dénombrait dans les États, une chambre constitutionnelle aménagée comme une composante de la Cour suprême.

Lire utilement : F. MODERNE, « L'évolution des juridictions constitutionnelles dans les États d'Afrique francophone et la République malgache », in G. CONAC (dir.), *Les institutions constitutionnelles des États d'Afrique francophone et de la République malgache*, Paris, Economica, 1979, p. 197.

18 Par décret n° 2020 – 0312/P-RM du 11 juillet 2020 portant abrogation de la nomination de certains juges de la Cour constitutionnelle, le président malien a procédé à la révocation de quelques membres de la Cour constitutionnelle.

19 En 2009, le juge constitutionnel nigérien a affirmé son aversion contre l'initiative présidentielle visant à supprimer la clause limitative du nombre de mandats présidentiels en le déclarant inconstitutionnel. En réaction à l'attitude du juge constitutionnel, le président de la République Mamadou Tandja a procédé au remaniement de son gouvernement et au limogeage des sept juges de la juridiction constitutionnelle le lundi 29 juin 2009.

20 Organisation internationale de la francophonie, « Entretien avec Robert Dossou, président de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français (ACCPUF) et président de la Cour constitutionnelle du Bénin », in *Regards sur l'État de droit. La déclaration de Bamako, dix ans après*, Paris, Service de communication de la francophonie, 2010, p. 13.

21 T. HOLO, « L'émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2009/2, n° 129, p. 101 ; F. J. AIVO, « La crise de normativité de la constitution en Afrique », *RDP*, 2012, n° 1, p. 141.

22 M. NDIAYE, « La stabilité constitutionnelle, nouveau défi démocratique du juge africain », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXXIII-2017, p. 670.

23 L'une des composantes de la sécurité juridique est notamment la stabilité. Lire à ce propos Commission de Venise du Conseil de l'Europe, *Liste des critères de l'État de droit*, Strasbourg, Quorum Italia, 2016, p. 27-31.

24 L'ancien constitutionnalisme fait référence ici à la dynamique constitutionnelle telle qu'elle était observée dans les États d'Afrique noire avant 1990 et le renouveau constitutionnel dans cet espace géographique.

25 F. MODERNE, « L'évolution des juridictions constitutionnelles dans les États d'Afrique francophone et la République malgache », *op.cit.*, p. 186.

26 Y. NGENGE, « La justice constitutionnelle en Afrique de l'ouest : origine historique et traditionnelle », in *Les juridictions constitutionnelles en Afrique*

de l'ouest : analyse comparée, IDEA, Stockholm, 2016, p. 33.

27 X. MAGNON, « La protection du juge constitutionnel », p. 3 disponible sur https://publications.ut-capitole.fr/13852/1/La_protection_du_juge_constitutionnel.pdf, consulté le 3 août 2022.

28 J. ROSSETTO, *Recherche sur la notion de Constitution et l'évolution des régimes constitutionnels*, Paris, IFJD, 2019, p. 203.

29 A. S. OULD BOUBOUTT, « Les juridictions constitutionnelles en Afrique. Évolutions et enjeux », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 13-1997, 1998, p. 33.

30 C. MONEMBOU, « Du constitutionnalisme rédhibitoire au constitutionnalisme libéral. Réflexions sur le renouveau constitutionnel en Afrique noire francophone », in M. ONDOA et P. E. ABANE ENGONO (dir.), *L'exception en droit. Mélanges en l'honneur de Joseph Owona*, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 107-128.

31 Lire dans ce sens : J.-P. CAMBY, « La nomination des membres du Conseil constitutionnel, ou la liberté absolue de choisir », *RDP*, 1999, p. 1573-1583 ; F.-H. BRIARD, « La nomination des membres de la Cour suprême », *NCCC*, n° 2018, p. 59 ; G.-T. FOUMENA, « La désignation des membres des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone », *RADP*, n° 17, vol. VIII, 2019, p. 64-97.

32 On peut se référer dans ce sens à : F. HOURQUEBIE, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Les Cahiers de la justice*, n° 2, 2012, p. 41-60 ; T. JULIEN, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2010, 446 p ; I.-A. BOUBACAR, *Les cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique. Analyse comparative à partir des exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Niger*, thèse Bordeaux, 2002, 399 p ; A. SOMA, « Le statut du juge constitutionnel africain », in F. J. Aïvo (dir), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* Paris, L'Harmattan, 2014, p. 451-480.

33 B. FRANÇOIS, « La place du Conseil constitutionnel dans le système politique », in *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 75-82. Dans le constitutionnalisme africain, on peut citer : A. SOMA, « Le statut du juge constitutionnel africain », in F. J. Aïvo (dir), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* Paris, L'Harmattan, 2014, p. 451-480 ; B. KANTÉ, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », in *Constitutions et pouvoirs, mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*. Paris, Montchrestien, 2008, p. 265-276.

- 34 On peut néanmoins évoquer : J. ROBERT, « La démission du président du Conseil constitutionnel », in J. WALINE (dir.), *Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2002, p. 77-92.
- 35 D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 59.
- 36 L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 281.
- 37 G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé : une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, op. cit., p. 542.
- 38 Article 100 de la Constitution du 30 mars 2016. Lire également l'article 232 de la Constitution burundaise du 7 juin 2018.
- 39 G.-T. FOUMENA, « La désignation des membres des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone », RADP, n° 17, vol. VIII, 2019, p. 64-97.
- 40 Article 12 de la loi n° 91-001 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001.
- 41 Articles 9 et 10 de la loi organique n° 2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour constitutionnelle et de la procédure suivie devant elle.
- 42 Article 35 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.
- 43 Article 12 de la loi n° 91-001 du 4 mars 1991 portant loi organique béninoise sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 et les articles 9 et 10 de la loi organique nigérienne n° 2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour constitutionnelle et de la procédure suivie devant elle.
- 44 La gestion des affaires courantes vise à la fois le président et les autres juges. Ainsi, dans l'hypothèse où le membre démissionnaire avait été désigné comme rapporteur pour procéder à l'instruction d'une affaire soumise à la juridiction constitutionnelle, on peut s'attendre à ce que ce dernier continue de mobiliser ses pouvoirs d'instruction jusqu'à ce qu'il soit remplacé.
- 45 E. ROUX, « La démission en droit public français », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54 n° 1, janvier-mars 2002, p. 231.
- 46 Les deux juges n'avaient d'ailleurs pas pris part à la séance ayant abouti à la prise de l'arrêt R. Const. 0338 du 17 octobre 2016 ayant « donné “un

chèque en blanc” à la CENI qui a reçu le quitus de publier un nouveau calendrier électoral, après n’avoir tenu aucune date dans le calendrier initial qu’elle avait pourtant rendu public depuis le 12 février 2015 ». L. G. DJUMA BILALiet *al.*, « Contentieux du calendrier électoral devant la cour constitutionnelle sous l’arrêt R. Const. 0338 du 17 octobre 2016 », in *Annuaire congolais de justice constitutionnelle (ACJC)*, vol. 2, 2017, p. 488.

47 La proclamation des résultats définitifs des élections législatives par la Cour constitutionnelle le 30 avril 2020 a entraîné des manifestations où les populations ont contesté lesdits résultats dans de nombreuses villes du pays (Bamako, Kati, Sikasso et Sévaré). Lire à ce propos A. SOGODOGO, « La démocratie dans la rue au Mali ? », in *Friedrich-Ebert-Stiftung Mali*, août 2020, p. 1.

48 Article 51 alinéa 5 de la Constitution du 18 janvier 1996 modifiée.

49 Article 153 de la Constitution du 2 juin 1991 modifiée.

50 Article 184 de la Constitution du 6 novembre 2015.

51 Article 103 de la Constitution du 14 octobre 1992 modifiée.

52 Article 125 de la Constitution du 25 novembre 2010.

53 Article 115 de la Constitution du 11 décembre 1990 modifiée.

54 Article 90 de la Constitution du 21 mars 1991 modifiée.

55 Article 104 de la Constitution.

56 L’article 50 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 modifiée dispose qu’« en cas de mise en accusation du président de la République devant la Haute Cour de Justice, son intérim est assuré par le président de la Cour Constitutionnelle qui exerce toutes les fonctions de Président de la République à l’exception de celles mentionnées aux articles 54 alinéa 3. 58, 60, 101 et 154 ».

57 Dans le contexte français, il est admis que à ce propos que « le cas échéant, les conseillers peuvent être démis d’office par le Conseil lui-même, s’il constate un manquement à ces obligations ».

58 Article 13 de la loi n° 91-001 du 04 mars 1991 portant loi organique béninoise sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001. C’est aussi ce qui est prévu par l’article 35 de la loi organique n° 1 n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle en RDC et l’article 10 de loi organique nigérienne n° 2012-

35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour constitutionnelle et de la procédure suivie devant elle.

59 À notre sens, tout citoyen devrait avoir le pouvoir de dénonciation auprès de la juridiction constitutionnelle ou des organes habilités à la saisir.

60 F. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2013, p. 717.

61 Article 17 de la loi n° 28-2018 du 7 août 2018 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

62 L'option prise dans les États de cet espace géographique est celle d'une mention de l'ensemble des hypothèses liées à l'empêchement définitif. À titre illustratif, il est substantiellement indiqué dans la constitution gambienne en son article 141(4) que la révocation d'un membre de la juridiction constitutionnelle peut survenir en cas d'incapacité à assurer les fonctions en raison d'un handicap physique ou mental, ou en cas de mauvaise conduite. C'est également le cas au Ghana où, il est mentionné à l'article 146(1) de la loi fondamentale que la procédure de révocation d'un membre de la haute instance peut découler de l'inconduite notoire, de l'incompétence ou l'incapacité à remplir les fonctions en raison d'un handicap physique ou mental. Au Libéria, l'article 71 de la Constitution fait référence à l'inconduite avérée, la faute professionnelle grave, l'incapacité à assurer les fonctions ou la condamnation par une cour de justice pour trahison, corruption ou un autre délit.

63 Article 11 de la loi organique n° 2012-35 du 19 juin 2012 déterminant l'organisation, le fonctionnement de la Cour constitutionnelle et de la procédure suivie devant elle.

64 Sans être exhaustif, lire utilement, l'article 92 de la Constitution malienne du 27 février 1992. On peut aussi se référer à l'article 17 de la loi congolaise n° 28-2018 du 7 août 2018 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

65 E. MBODJ, *La succession du chef d'Etat en droit constitutionnel africain*, thèse de doctorat d'État en droit public, université Cheick Anta Diop, 1991, p. 231.

66 P.-E. ABANE ENGOLO, « L'empêchement définitif du président de la République en droit camerounais », RADP, vol. 1, n° 1, 2012, p. 183.

67 P. JUILLARD, « La continuité du pouvoir exécutif », in *Le pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*. Paris, LGDJ, 1977, p. 159.

68 Compte tenu du tabou entretenu autour de la santé des gouvernants et surtout de la non-publication des informations autour de leur état de santé, il est difficile d'avoir des cas palpables des membres d'une juridiction constitutionnelle atteints d'une maladie mentale.

69 H.-M. NTAH À MATSAH, « La condition d'âge dans les Constitutions des États d'Afrique noire francophone : les cas béninois et camerounais », *RBD*, n° 52, 2017, p. 40.

70 Lire l'article 170 de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016 modifiée. On peut aussi se référer à l'article 110 de la Constitution du 30 mars 2016.

71 K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les États d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, n° 90, 2012, p. 73.

72 C. TUEKAM TATCHUM, « La normativité des actes de suspension de la Constitution dans les États d'Afrique francophone : les cas de la Tunisie, du Burkina Faso, de la Côte d'Ivoire, et de la République centrafricaine », *RDP*, 2018, p. 573.

73 P. MONTANE DE LA ROQUE, « Du viol de la Constitution, considéré comme l'un des beaux-arts de gouvernement », in *Écrits politiques et constitutionnels*, Toulouse, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, 1982, p. 93-102.

74 G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, Themis, 2020, avant-propos, p. 2.

75 À titre d'illustration, au Congo-Brazzaville, après le renversement du régime de Pascal Lissouba par Denis Sassou N'Guesso, le nouveau pouvoir a fait le procès des membres du Conseil constitutionnel qui ont accepté de proroger le mandat présidentiel de Pascal Lissouba arrivé à son terme.

76 Lire X. PHILIPPE, « Les Constitutions de transition entre universalisme et particularisme : rôle et limites de l'ingénierie constitutionnelle comparée et internationale », *AJJC*, 2014-2015, p. 623-659.

77 N. PERLO, « Les constitutions provisoires, une catégorie normative au cœur des transitions constitutionnelles », *IX^e Congrès français de droit constitutionnel. Atelier F : Les transitions constitutionnelles*, Lyon, 26, 27 et 28 juillet, 2014, p. 3

78 Article 85 de l'Acte fondamental de 1997.

- 79 Lire le préambule de la Charte constitutionnelle de transition de la République centrafricaine.
- 80 Article 1^{er} de la Constitution de transition du Burundi du 28 octobre 2001.
- 81 Article 86 de l'Acte fondamental du 24 octobre 1997.
- 82 Il convient de rappeler que c'est la Constitution du 15 mars 1992 qui crée la juridiction constitutionnelle au Congo. L'article 138 de ladite Constitution dispose que « il est institué un Conseil constitutionnel ».
- 83 Lire dans ce sens, les articles 71, 72, 73, 74 et 75 de l'Acte fondamental du 24 octobre 1997.
- 84 Lire utilement, les articles 64 et 154 de la Constitution de transition de RDC du 04 avril 2003.
- 85 Il y a basculement du rapport de forces dès lors que la crise débouche sur la prise du pouvoir par l'armée ou le partage du pouvoir dans le cadre d'une dyarchie au sein de l'exécutif.
- 86 Sur l'abus de droit en droit constitutionnel, lire utilement : Eck (L.), *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris L'harmattan, 2010, p. 22.
- 87 Article 104 de la Constitution du 9 août 1999.
- 88 Lire utilement, l'avis n° 2/CC du 25 mai 2009.
- 89 Lire utilement, l'avis n° 2/CC du 25 mai 2009.
- 90 Lire utilement, l'avis n° 2/CC du 25 mai 2009.
- 91 Lire utilement, l'arrêt n° 04/CC/ME du 12 juin 2009.
- 92 C'est le 29 juin 2009 que le président de la République a procédé à la révocation des membres de la Cour constitutionnelle.
- 93 Décret n° 2020 – 0312/P-RM du 11 juillet 2020 portant abrogation de la nomination de certains membres de la Cour constitutionnelle.
- 94 Article 91 de la Constitution du 27 février 1992.
- 95 *Idem.*
- 96 Le nouveau président du Conseil constitutionnel Francis Wodié a été nommé le 25 juillet 2011 et a prêté serment le 4 août 2011 alors que son successeur était à la deuxième année de son mandat qui devait expirer en 2015.

- 97 Paul Yao-N'Dré a été nommé en tant que président de la juridiction constitutionnelle le 8 août 2009 pour une durée de six ans d'après l'article 91 de la Constitution du 23 juillet 2000.
- 98 Au sens de l'article 91 de la Constitution du 23 juillet 2000, les membres du Conseil constitutionnel sont nommés pour un mandat de six ans.
- 99 Donfack Sonkeng (L), « Droit constitutionnel et crises en Afrique », in Solon, *Revue africaine de parlementarisme et de démocratie*, Volume III, n° 5, Avril 2011, p.79.
- 100 Mede (N.), « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2008, pp. 45-66.
- 101 Wafeu Toko (P), *Le hasard et la nécessité en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 16.
- 102 Article 92 de la Constitution du 27 février 1992.
- 103 L'article 89 de la Constitution gabonaise du 21 mars 1991.
- 104 Lire S.-F. SOBZE, « La suppléance du président de la République en Afrique francophone », *RRJ*, n° 2, 2019, p. 857.
- 105 Au Cameroun, on peut se référer à l'article 12 alinéa 1 de la décision n° 01/CC du 17 juillet 2019 portant adoption du règlement intérieur du Conseil constitutionnel. On peut aussi se référer à l'article 40 de la loi régissant la Cour constitutionnelle de RDC.
- 106 Article 5 de la loi congolaise n° 28-2018 du 7 août 2018 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle. C'est aussi ce qui est prévu par l'article 6 de la loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle du Niger.
- 107 C. MONEMBOU, « Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des États d'Afrique noire francophone. Les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger », *RIDC*, n° 1, 2017, p. 182-196.
- 108 Il convient de noter que « Le juge constitutionnel africain se retrouve parfois dans le statut d'un outil de réalisation, de validation ou de légitimation d'une certaine méthode de gestion du pouvoir d'État par les autorités politiques », A. SOMA, « Le statut du juge constitutionnel africain », *op. cit.* p. 463.
- 109 Article 132 de la Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016.
- 110 Article 115 de la Constitution du 11 décembre 1990.

- 111 Article 110 de la Constitution du 30 mars 2016.
- 112 Article 102 de la Constitution du 14 octobre 1992.
- 113 A. LE DIVELLEC et M. DE VILLIERS, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, *op. cit.* p. 192.
- 114 Article 115 de la Constitution du 11 décembre 1990.
- 115 Article 102 de la Constitution du 30 mars 2016.
- 116 Article 122 de la Constitution du 25 novembre 2010.
- 117 Article 131 de la Constitution du 8 novembre 2016.
- 118 Lire les articles 10 et 11 de la loi n° 97/010 du 11 février 1997 portant loi organique déterminant les conditions d'organisation et de fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que de la procédure suivie devant elle.
- 119 Dans les États d'Afrique francophone, la durée de l'intérim est variable. Mais contrairement à la juridiction constitutionnelle, elle se caractérise par un allongement dans le temps. Au Cameroun, le texte constitutionnel a opté pour une durée de quatre mois (article 6 alinéa 4 de la Constitution du 18 janvier 1996 modifiée). Ce délai est de trois mois au Congo (article 79 de la Constitution du 6 novembre 2015). Enfin, au Gabon, la durée de la période intérimaire oscille entre trente et quarante-cinq jours (article 11 de la Constitution du 21 mars 1991 modifiée).
- 120 M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, p. 6.
- 121 D. ROUSSEAU *et al.*, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd. Paris, LGDJ, 2016, p. 809
- 122 F.-J. AÏVO, « Le président de juridiction constitutionnelle. Portrait négro-africain », *RDP*, n° 3, 2019, p. 786.
- 123 F.-M.-A. BITSACK, *L'autonomie des juridictions constitutionnelles dans les États d'Afrique noire francophone*, thèse de doctorat Ph. en droit public, université de Yaoundé 2, 2021, p. 125.
- 124 B. BA, « La convergence des offices juridictionnels en matière constitutionnelle : regards croisés entre l'Afrique et l'Amérique latine », *Afrilex*, mai 2019, p. 23.
- 125 Article 38 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle du Congo.
- 126 P. SOROK À BOL, « Le régime financier des juridictions constitutionnelles dans les États d'Afrique noire francophone », *RAFIP*, n° 10, 2021, p. 142.

127 Article 11 de la loi n° 2004/004 du 21 avril 2004 modifiée en 2012 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel.

128 Article 41 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel.

129 Article 39 de la loi n° 2011/06/CND portant création, organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

130 Article 18 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle.

131 Bien vouloir se référer aux textes supra.

132 Article 38 de la décision n° 35/CC du 10 novembre 2006 portant règlement intérieur de la procédure de la Cour constitutionnelle. Lire également l'article 57 alinéa 1 de la décision n° 01/CC du 17 juillet 2019 portant adoption du règlement intérieur du Conseil constitutionnel camerounais.

133 *Idem.*

134 Article 13 alinéa 2 de la loi n° 2004/004 du 21 avril 2004 modifiée en 2012 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel. Lire aussi l'article 7 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle.

135 *Idem.*

136 Article 51 alinéa 2 de la Constitution du 18 janvier 1996.

137 Article 153 de la Constitution du 11 juin 1991 modifiée.

138 Article 226 de la Constitution du 18 mars 2005.

139 Article 182 de la Constitution du 6 novembre 2015.

140 Les membres du Conseil constitutionnel camerounais ont été nommés au Cameroun le 7 février 2018 par le président de la République.

141 L'article 121 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2010 dispose que « deux personnalités ayant une grande expérience professionnelle en matière juridique ou administrative, dont une (1) proposée par le président de la République et une (1) proposée par le bureau de l'Assemblée nationale ; deux (2) magistrats élus par leurs pairs, dont un (1) du premier grade et un (1) du deuxième ; un (1) avocat ayant au moins dix (10) années d'exercice élu par ses pairs ; un (1) enseignant-chercheur titulaire d'un doctorat en droit public, élu par ses pairs ; un (1) représentant des associations des défenses des droits humains et de promotion de la démocratie, titulaire au moins d'un diplôme de troisième cycle en droit public, élu par le ou les collectifs

de ces associations ». On peut aussi se référer à l'article 99 de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016.

142 M. NGUELE ABADA, « L'indépendance des juridictions constitutionnelles dans le constitutionnalisme des États francophones post guerre froide : l'exemple du Conseil constitutionnel camerounais », *Palabres actuelles. Revue de la Fondation Raponda-Walker*, n° 4, 2010, p. 49.

143 Article 99 de la Constitution du 30 mars 2016.

144 Article 51 alinéa 2 de la Constitution du 18 janvier 1996 modifiée.

145 Article 78 de la Constitution du 4 septembre 1992.

146 Article 226 de la Constitution du 18 mars 2005.

147 L'article 100 de la Constitution de Guinée Conakry dispose dans ce sens que « deux personnalités reconnues pour leur probité et leur sagesse, dont une proposée par le bureau de l'Assemblée nationale et une proposée par le président de la République ; trois magistrats ayant au moins vingt années de pratique, désignés par leurs pairs ; un avocat ayant au moins vingt années de pratique élu par ses pairs ; un enseignant de la faculté de droit titulaire au moins d'un doctorat en droit public et ayant une expérience d'au moins vingt années, élu par ses pairs ; deux représentants de l'Institution nationale des droits humains reconnus pour longues expériences ». C'est aussi ce qui est prévu par l'article 121 de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2010 ou encore, l'article 115 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 modifiée.

148 I. DIALLO, « À la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », *AIJC*, 2004, p. 107.

149 La cessation anticipée du mandat du président de la juridiction constitutionnelle ne soulève pas de difficultés majeures ici dès lors que l'intérimaire est clairement désigné et peut convoquer les autres juges. Lire dans ce sens : H. AKEREKORO, « Le procès constitutionnel au Bénin », *Annuaire béninois de justice constitutionnelle*, 2014, p. 69.

150 E. MAULIN, « Aperçu d'une histoire française de la modélisation des formes de justice constitutionnelle », in C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN, P. WACHSMANN, (dir.), *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, p. 138.

151 Article 11 de la loi n° 2004/004 du 21 avril 2004 modifiée en 2012 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel.

152 Article 41 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel.

153 Article 39 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle.

154 Il convient toutefois de faire mention de la situation observée en RDC le 17 octobre 2016. Au cours de l'audience de ce jour portant sur le report de l'élection présidentiel au-delà du terme du mandat du chef de l'État, la Cour a décidé de siéger à cinq membres au lieu de sept au moins prévus par la loi.

155 Article 13 alinéa 2 de la loi n° 2004/004 du 21 avril 2004 modifiée en 2012 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel.

156 J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « La constitutionnalisation du droit en Afrique : l'exemple de la création du Conseil constitutionnel camerounais. », AIJC, 2003-2004. *Constitution et élections. La loi*. p. 58.

157 Article 51 alinéa 3 de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996 modifiée.

158 C'est le juge Jean Foumane Akam qui est décédé le 13 janvier 2019.

159 Le juge Jean Foumane Akam a été remplacé par le professeur Joseph Owona.

160 Sur la proclamation constatée de l'autorité absolue de la chose jugée dans l'ensemble des États d'Afrique noire francophone, lire D. E. ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *Revue française de droit constitutionnel*, 2013, p. 611-638. Il importe alors de rappeler que par autorité absolue de la chose jugée, il faut entendre la valeur attachée aux décisions rendues par les juridictions constitutionnelles qui se traduit par le fait que celles-ci ne sont susceptibles d'aucun recours.

161 Voir sur le sujet X. MAGNON, « Sur un pont-aux-ânes ? L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, pour une distinction entre "autorité" et "force" de chose jugée », 18 p., disponible sur https://publications.ut-capitol.fr/13976/1/Autorit%C3%A9_force_de_chose_jug%C3%A9e_d%C3%A9cision_du_CC.pdf, consulté le 3 août 2022 à 19h25.

À la lecture du propos de l'auteur, il ressort que la force de chose jugée renvoie à « l'exécution de ce qui a été jugée » et notamment les conditions d'exécution et les suites à donner à celle-ci. Aussi, « il est question de force de chose jugée lorsqu'il est question d'envisager les effets de la décision ». De là, un aménagement de la force de chose jugée des décisions des juridictions constitutionnelles des États d'Afrique noire francophone pourrait se traduire par la précision des modalités d'exécution des décisions et la mention des conditions d'une exécution forcée de celles-ci. Les

législations pourraient notamment suivre et approfondir la disposition de la constitution du Niger (article 134) d'après laquelle « tout jet de discrédit sur les arrêts de la Cour est sanctionné conformément aux lois en vigueur ».

RÉSUMÉS

Français

L'importance de la juridiction constitutionnelle et la place centrale qu'elle occupe dans le constitutionnalisme contemporain nécessitent que celle-ci puisse fonctionner de manière ininterrompue. C'est ainsi qu'au-delà du service public ou du pouvoir exécutif, on peut aussi envisager la continuité de la juridiction constitutionnelle. Cependant, cet idéal de continuité ne peut être réalisé que si les textes qui la régissent aménagent la cessation anticipée du mandat de ses juges. En Afrique noire francophone, les législations des différents États tentent d'identifier les causes et d'envisager les remèdes de manière à lui permettre de toujours exercer ses fonctions sans que le départ ou le décès d'un juge ait une incidence sur son office.

English

The importance of constitutional jurisdiction and the central place it occupies in contemporary constitutionalism require that it be able to function uninterruptedly. Thus, beyond the public service or executive power, we can also consider the continuity of constitutional jurisdiction. However, this ideal of continuity can only be achieved if the texts which govern it provide for the early termination of the mandate of its members. In French speaking black Africa, the laws of the various states attempt to identify to always exercise his functions without the departure or death of a judge having an impact on his office.

INDEX

Mots-clés

cessation anticipée, juge constitutionnel, démission, empêchement définitif, fonction incompatible, intérim, remplacement

Keywords

early terminator, constitutional jurisdiction, resignation, definitive incapacity, incompatible function, interim, replacement

AUTEUR

Jean Mermoz Bikoro

Agrégé de droit public, maître de conférences à l'université de Yaoundé II
(Cameroun)

IDREF : <https://www.idref.fr/257093664>

Recension

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

Madrid, Marcial Pons, coll. Derecho, buen gobierno y transparencia, 2021, 130 p.

Rhita Boust

Droits d'auteur
CC BY-SA 4.0

RÉFÉRENCE(S) :

Eva María Menéndez Sebastián, *De la función consultiva clásica a la buena administración. Evolución en el Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, coll. Derecho, buen gobierno y transparencia, 2021, 130 p.

TEXTE

- 1 L'ouvrage de madame Eva María Menéndez Sebastián, professeure de droit public à l'université d'Oviedo, intéressera tout autant le juriste espagnol que les chercheurs des autres pays. Publié par le célèbre éditeur Marcial Pons, et plus précisément dans la nouvelle collection « Droit, bon gouvernement et transparence » dirigée par les professeurs Juli Ponce, Agustí Cerillo et María Teresa Ossio, ce livre revisite, de manière tout aussi précise que synthétique, la fonction des organes consultatifs à l'aune de la notion de bonne administration. En ressort une conception renouvelée du fameux « État de droit social et démocratique » consacré à l'article premier de la Constitution espagnole.
- 2 Agréable à lire et rigoureusement documenté, l'étude rédigée intégralement en espagnol comprend des sources relevant certes du droit de la péninsule ibérique, mais également, à de nombreuses reprises, du droit français et, dans une moindre mesure, du droit anglais.

- 3 La table des matières se divise en deux chapitres (comme le voudrait la majorité des études de droit françaises !). En s'inspirant des définitions doctrinales existantes, l'auteure souscrit à la conception restrictive de la notion de bonne administration (chapitre premier) pour mieux nous convaincre de sa thèse : la nécessité de renforcer et d'envisager de manière dynamique la fonction des organes consultatifs afin d'aboutir à des normes juridiques de qualité (chapitre second).
- 4 Quant à la notion de bonne administration, l'auteure de cette recension ne peut évidemment que se réjouir de la conception restrictive à laquelle souscrit la professeure Menéndez Sebastián, qui l'amène à reprendre – et à se référer généreusement – la définition proposée par la doctrine il y a une dizaine d'années, à savoir *l'adaptation équilibrée des moyens de l'administration publique*¹. Les moyens sont ainsi entendus de manière large, en désignant à la fois les moyens financiers, matériels et humains, mais aussi la méthode (procédé qui se reflète dans une procédure) au travers de laquelle l'administration élabore ses normes. Comme le veut cette conception, l'auteure s'attache à distinguer la « bonne administration » de toutes les notions qui gravitent autour et/ou avec lesquelles celle-ci est fréquemment confondue, notamment la « bonne gouvernance » et le « bon gouvernement ».
- 5 De quoi définitivement convaincre sur le fait que la recherche du contenu autonome à conférer à la « bonne administration » n'est pas une pure question de curiosité intellectuelle ; les implications pratiques d'une telle conception sont bien existantes, ainsi que le montre avec pertinence la seconde partie de l'ouvrage.
- 6 Se nourrissant à la fois de ses recherches et de son expérience de terrain tirée d'une fonction de consultante pour diverses administrations publiques (dont le conseil consultatif des Asturies), l'auteure nous invite en effet, dans un second chapitre, à revisiter la fonction consultative à l'aune de la notion de bonne administration. Le juriste français apprend alors beaucoup s'agissant du droit espagnol (notamment du *Consejo de Estado*²) tout en examinant d'un nouvel œil le Conseil d'État français.
- 7 Mais l'ouvrage n'est pas que sources de précieuses et précises informations : la professeure Menéndez Sebastián propose, en outre,

une classification novatrice de la fonction de consultation en fonction de sa nature et de sa finalité (p. 79 et s.). L'auteure établit tout d'abord deux grandes catégories : la consultation technico-légale et la consultation visant à satisfaire le droit à la participation.

- 8 La première catégorie comprend trois modalités : l'évaluation juridico-administrative (fonction classique des organes de consultation), la consultation d'ordre politique (cabinets politiques et ministériels) et la consultation technique (comité d'experts). La seconde catégorie de consultation permet à la fois de défendre des intérêts (citoyens au sens large, administrés, lobbies, etc.) et d'éclairer l'auteur de la décision sur des aspects techniques (en outre, Conseil économique et social espagnol).
- 9 S'il s'agit bien d'une systématisation de la fonction consultative, la diversité des cas et des modalités – notamment de participation – révélée par la pratique n'est pas éludée. La pluralité du phénomène de participation amène d'ailleurs madame Menéndez Sebastián à émettre certaines réserves, voire à porter un regard critique sur certaines de ses modalités.
- 10 Voilà donc un court ouvrage que devraient se procurer les chercheurs de droit public comme les praticiens et membres des organes consultatifs des administrations publiques : une étude didactique montrant que la définition restrictive de la « bonne administration » proposée il y a une dizaine d'années, même si encore minoritaire, dépasse les frontières au profit d'une fonction consultative et d'un principe de légalité renouvelés.

NOTES

1 En ce sens, et comme le fait l'auteure de cet ouvrage, nous nous permettons de renvoyer à : R. BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 167 et s.

2 Nous choisissons de conserver l'expression dans sa langue originale car le *Consejo de Estado* espagnol est fondamentalement distinct, dans ses origines comme dans ses fonctions, du Conseil d'État français même si les deux institutions partagent une fonction de consultation.

AUTEUR

Rhita Boust

Docteure en droit (Université Paris I Panthéon Sorbonne)

Maître de conférences – HDR en droit public à l'Université de Lille

IDREF : <https://www.idref.fr/142796484>

ISNI : <http://www.isni.org/0000000120366964>

BNF : <https://data.bnf.fr/fr/16506396>