

La dimension épistémologique : les apports du droit constitutionnel comparé

L'autonomie épistémologique d'un champ de connaissance permet même de parler, plus largement, de l'autonomie de la science. C'est-à-dire qu'il s'agit de la capacité, au sein de la communauté scientifique, à produire ses propres règles, basées sur ses propres méthodes et objectifs. Par conséquent, épistémologiquement, on peut dire qu'une science est autonome lorsqu'elle a ses propres objectifs, ses méthodes, ses principes directeurs du processus rationnel et, surtout, la capacité de reproduire l'expérience scientifique produisant les mêmes modèles de résultats.¹

Ainsi, l'analyse du constitutionnalisme transnational, dans les termes proposés dans cet ouvrage, partira de l'idée que l'affirmation de l'autonomie épistémologique du droit constitutionnel comparé au cours des dernières décennies permet d'utiliser ses concepts et, en particulier, ses méthodologies pour démontrer l'occurrence réelle et effective d'un phénomène transnational

¹ La reproductibilité de l'expérience est également un moyen d'éviter la falsifiabilité d'une analyse scientifique. En ce sens, Karl Popper (1968, 66) souligne que « non-reproducible single occurrences are of no significance to science » car on doit « take it as falsified only if we discover a reproducible effect which refutes the theory. In other words, we only accept the falsification if a low-level empirical hypothesis which describes such an effect is proposed and corroborated ». Il est également intéressant de se souvenir de Paul Ricœur lorsqu'il parle de la façon dont la psychanalyse s'est émancipée en tant que science de l'œuvre de Freud, même s'il a eu le défi de circonscrire sa dimension de fait à la dimension de la narrative : « si la prétention ultime à la vérité réside dans les histoires de cas, le moyen de preuve réside dans l'articulation du réseau entier : théorie, herméneutique, thérapeutique et narration » (Ricœur 2008, 62).

notamment constitutionnel. En utilisant également des recherches provenant d'autres domaines de la connaissance, tels que l'histoire, la philosophie, la science politique, le droit constitutionnel comparé a pu se développer comme instrument principal à la fois pour la promotion et le développement des réseaux de normativité typiques du constitutionnalisme transnational, et pour une analyse critique de ces mêmes réseaux de normativité.

En guise d'introduction, premièrement, les débats classiques sur la question de savoir si le droit comparé est une méthode ou une science seront repris ; nous aborderons ensuite l'objet de la comparaison, les méthodologies principales, les objectifs du comparatisme et, enfin et surtout, le rôle joué par le fonctionnalisme en droit constitutionnel comparé.

7.1 Le comparatisme juridique comme méthode ou science ?

Bien que la comparaison dans le domaine de la politique soit une activité intellectuelle qui remonte à l'Antiquité, comme on l'a vu en Grèce, ce n'est qu'au début de la seconde moitié du XIX^e siècle que les études de droit comparé émergent avec une méthodologie moderne et autonome (Rivero 1957, 9). La fondation de la *Société de législation comparée*, à Paris, en 1869, a permis aux premiers comparateurs de commencer à s'organiser au-delà des frontières des États nationaux, jusqu'à ce qu'en 1900, aussi à Paris, ait lieu le premier Congrès international de droit comparé. Organisé par Raymond Saleilles et Édouard Lambert, il était déjà possible de percevoir le « vieux rêve » de mobiliser le droit comparé au service d'une rénovation de l'interprétation juridique, conférant à la doctrine un plus grand prestige dans la hiérarchie des sources du droit (Jamin 2000, 741). Puis à La Haye, en 1924, l'*Académie internationale de droit comparé* a été inauguré. Selon René David (1998, 3), le développement du droit comparé au cours du dix-neuvième siècle était une réaction contre la nationalisation excessive que le droit a subi dans ce siècle.

Cependant, cette nouvelle façon de traiter la science juridique ne prenait pas seulement de l'ampleur en Europe continentale. Traitant de l'histoire du comparatisme, Frederick Pollock (1903, 74-5) a souligné que la *comparative jurisprudence* s'agirait d'une nouvelle branche du droit basée sur la détermination de principes communs, obtenus principalement par analogies, entre des systèmes juridiques matures, c'est-à-dire avec un niveau minimum de stabilité ; de plus, le professeur d'Oxford de l'époque a détecté qu'il y aurait un lien entre le droit, l'histoire et l'éthique dans la recherche comparative. Pollock a également dit que c'était avec l'œuvre *Ancient Law*, de Henry Maine (1861), que le droit comparé avait définitivement émergé sur le sol britannique, notamment avec la marque d'être guidé par une perspective fonctionnaliste qui viserait à une amélioration du système juridique lui-même.² Toujours en ce sens, René David considérait

² Dans un ouvrage critique du protagonisme excessif de ce qu'il appelle l'anglo-eurocentrisme comparé, Daniel Bonilla Maldonado (2020, 174-75) bien détecte que dans l'œuvre de Maine le fonctionnalisme était déjà présent dans l'essence de ce qui serait le compara-

que la fonction principale du droit comparé serait une meilleure connaissance et donc une amélioration du droit interne du pays d'origine du comparatiste, à tel point que la préoccupation des fondateurs de la *Société de législation comparée* serait de vérifier les variations qu'ils contenaient par rapport aux codes français et de suggérer au législateur, dans de telles circonstances, certaines améliorations à ces derniers (David 2016, 8). Dans le même sens, nous pouvons voir la perception de Léontin-Jean Constantinesco (1973, 167) et de Marc Ancel (1971, 18-9).

De Konrad Zweigert et Hein Kötz vient l'une des plus importantes contributions au droit comparé, publié en 1971, avec le modeste titre d'*Introduction (Einführung) au droit comparé* ; malgré la modestie du titre, il s'agit d'un grand traité sur les hypothèses, les méthodologies et les objets de cette discipline juridique. Selon eux, le terme de droit comparé « indique un processus intellectuel qui a le droit en tant qu'objet et la comparaison en tant qu'un instrument » (Zweigert et Kötz 1998, 2). Ils disent qu'avec ce terme il faut comprendre quelque chose de plus que l'expérience elle-même : « Ce quelque chose de plus est l'élément supranational. En ce sens, le droit comparé est présenté, tout d'abord, comme une comparaison compréhensive de différents systèmes » (Zweigert et Kötz 1998, 2).

Au lieu d'être une branche du droit positif, il s'agit d'une discipline juridique autonome, quand on pense d'un point de vue épistémologique, qui renvoie à

tisme juridique : « El método comparado en Maine y Montesquieu no tiene como único objetivo la creación de conocimiento científico; este método persigue también fines prácticos. Para Maine, el método comparado sirve también para mejorar el derecho propio o ajeno. En Maine aparece ya el funcionalismo que es dominante en el derecho comparado contemporáneo. La comparación entre sistemas jurídicos y políticos permite encontrar soluciones más efectivas a los problemas sociales. La premisa de la que parte entonces es que los seres humanos tenemos problemas análogos que resolvemos, en ocasiones, de manera disímil. La comparación permite encontrar productos jurídicos y políticos que pueden ser importados o exportados para enfrentar los problemas comunes de manera más eficiente. En el caso de Maine, la puesta en operación de este funcionalismo generó consecuencias importantes para el Imperio británico y, por tanto, para la India del siglo XIX. El método comparado que en Maine va indefectiblemente unido al método histórico permitió articular una forma de gobierno imperial alternativa a la promovida por el utilitarismo benthamiano. Bentham proponía una transformación radical de la sociedad india mediante la legislación. Las tradiciones primitivas de los indios debían ser eliminadas por medio de leyes que promovieran el progreso, lo cual para Bentham significaba el arribo del individualismo y el principio de utilidad. El análisis histórico y comparado de Maine hizo evidente el lugar que India e Inglaterra ocupaban en la historia del progreso humano y, por tanto, permitió advertir las consecuencias negativas que tendría para India y para el gobierno imperial la destrucción de las tradiciones nativas mediante la imposición del derecho legislado inglés: anomia o resistencia social. La administración indirecta, argumenta Maine, sería una forma más efectiva de gobierno por parte de la metrópolis. El objetivo del Imperio, por tanto, no debería ser el reemplazo de las instituciones nativas por las instituciones modernas. El objetivo no debería ser más civilizar a la colonia mediante la exportación de las instituciones jurídicas, políticas y culturales de la metrópolis. Las instituciones nativas debían seguir rigiendo las dinámicas coloniales cotidianas. La metrópolis debería gobernar la colonia mediante la administración de quien controla estas instituciones, no mediante la imposición de reglas y principios modernos (ingleses) a los nativos. »

la compréhension des différents systèmes de droit positif. Pour Léontin-Jean Constantinesco (1973, 220-21), le droit comparé diffère de toute autre discipline juridique parce que son objet d'étude serait de grouper les ordres juridiques en systèmes ; son but plus distinctif serait de trouver des critères scientifiquement valables pour dégager la parenté typologique des ordres juridiques analysés. Déjà Rodolfo Sacco (1980, 5-6) souligne que la comparaison suppose l'évaluation des modèles juridiques à étudier, en accordant une attention particulière aux différences et similitudes entre eux.

Partant de cette notion générale de l'activité comparative qui caractérise le droit comparé, on peut alors revenir au sujet central : le droit constitutionnel. On peut dire que le droit constitutionnel est né³ à partir du moment où limiter le pouvoir politique est devenu une véritable urgence pour les peuples occidentaux, surtout après le processus d'indépendance aux États-Unis et l'effondrement de l'Ancien Régime en France. Le principe de liberté qui a poussé le constitutionnalisme libéral avait besoin d'un ordre politique capable de répondre aux demandes de la société bourgeoise. Pour cette raison, le droit constitutionnel est né d'abord en tant que phénomène politico-juridique, devenant ensuite une véritable science juridique.

Maurizio Fioravanti (2009, 6) distingue entre le « constitutionnalisme des origines » et le « constitutionnalisme des révolutions », de sorte que pour cela on voit la constitution comme une norme fondamentale du corps politique orienté vers le dessein principal de « limitation du pouvoir à des fins de garantie, mais qui ne confère pas encore une dimension qui sera ultérieurement déterminante, à savoir le *principe d'égalité*. » D'autre part, le constitutionnalisme des révolutions commencera à considérer la constitution comme *un acte*, en tant qu'expression même de la souveraineté, capable d'établir des pouvoirs, comme dans le cas de la Révolution française, de démolir l'Ancien régime et, par conséquent, destiné à construire une nouvelle société fondée précisément sur le principe d'égalité (Fioravanti 2009, 6).

Depuis l'âge des révolutions, la « constitution moderne » se renforce : elle devient à la fois l'espace légitime de revendications politiques du peuple au sein de l'État, mais aussi la synthèse de ce processus. La contradiction apparente se termine lorsque l'on observe la double nature de la constitution : d'une part, c'est une *forme* qui synthétise linguistiquement le processus dialectique continu et infini établi dans l'ordre constitutionnel ; d'un autre côté, c'est une *matière* vivante composée des effets juridiques produits par la phénoménologie politique qui conduit l'État.

La doctrine de la constitution signifie précisément la doctrine de la limitation du pouvoir souverain selon les besoins des citoyens, une fois que dans

³ Il est important de rappeler que c'était avec Pellegrino Rossi (1866) que la première discipline et le premier manuel de droit constitutionnel ont apparus. La systématisation même de son *Cours* a influencé – et influence encore – la structure des cours qui ont suivi en France et dans d'autres pays avec une matrice romaine.

cette doctrine le constitutionnalisme a été exprimé « comme une science et technique des libertés » (Fioravanti 1993, 136). En ce sens, l'idée selon laquelle le constitutionnalisme et son produit maximal, à savoir la constitution, doivent atteindre trois fonctions essentielles a été largement consolidée : (1) limiter le pouvoir public ; (2) protéger les intérêts, les atouts et les valeurs fondamentales d'une communauté politique donnée ; et (3) intégrer, dans une certaine mesure, la population dans les processus politiques délibératifs au sein de l'État.⁴

Une étape décisive pour la consolidation du droit constitutionnel comparé survient lorsque l'émergence des droits sociaux, en particulier après la Seconde Guerre mondiale, met au centre du débat constitutionnel les questions du *pluralisme politique* et de la *légitimité démocratique* des États. Une période de constitutions toujours plus longues et plus analytiques s'installe dans la discipline de l'organisation des pouvoirs publics et dans la protection des droits fondamentaux. Auparavant, avec la Constitution allemande de Weimar (1919), bien que chronologiquement la Constitution mexicaine (1917) se trouve plus tôt, on peut trouver une nouvelle période dans l'histoire du constitutionnalisme : la crise de la constitution libérale et la montée du constitutionnalisme influencé par les droits sociaux. Lors de la dernière période d'après-guerre, les constitutions européennes ont été influencées par ce nouveau phénomène constitutionnel, tant en France (1946 puis en 1958), qu'en Allemagne (Bonn 1949), en Italie (1948), et plus tard dans des pays retardés après la Seconde Guerre mondiale par des régimes dictatoriaux, comme le Portugal (1976, après la dictature salazariste) et l'Espagne (1978, après la chute de Franco).

Certaines raisons justifient de discuter de l'influence notable du constitutionnalisme démocratique marqué par des droits sociaux sur le développement du droit constitutionnel comparé.

L'une des premières raisons : le *caractère idéologique pluriel*.

Le constitutionnalisme libéral était très fortement caractérisé par le signe de la pensée libérale, en particulier du libéralisme économique britannique. Il en résulte que l'atomisme centré sur la figure de l'État-nation rend possible un modèle de marché international avec des participants qui sont des États ou des sujets, comme des entreprises, clairement liés à leurs États d'origine. D'autre part, en regardant la relation entre le libéralisme politique et le constitutionnalisme moderne, nous trouverons dans la pensée lockéenne un apport aussi significatif qu'original : découvrir « la distinction fondamentale entre le pouvoir absolu et le pouvoir modéré » (Fioravanti 2007, 92). Ce sera à partir de cette notion que le concept de solidarité dans Locke trouvera des limites internes à son exercice, contrairement à ce qui s'est passé dans Hobbes et Rousseau, qui considéraient la souveraineté comme une prérogative essentiellement illimitée. Au-delà de cela, le modèle lockéen établit que la souveraineté n'est plus centrée sur un individu ou le peuple souverain, mais sur « un système de pouvoirs maintenu équitablement par la constitution » (Fioravanti 2004, 61).

⁴ Voir Dominique Rousseau (2018) et aussi Maduro (2006).

La souveraineté perd son caractère absolu et devient la représentation d'un ensemble de pouvoirs souverains autorisés par la constitution. Cependant, l'émergence d'un constitutionnalisme démocratique fondé sur les droits sociaux signifie la défense (1) d'un modèle de constitution dont le contenu essentiel est indépendant des réalités politiques locales, (2) des instruments de protection politiques et juridiques et (3) surtout de la promotion de droits qui ne sont plus seulement des droits individuels, mais des droits collectifs et sociaux. En d'autres termes, les événements de l'après-guerre ont obligé toute la communauté internationale à penser au-delà de l'individu dans ses droits concrets et personnels : le moment vient de penser l'individu en tant que partie d'un corps social. Ainsi, deux aspects sont décisifs pour ce constitutionnalisme du point de vue idéologique : soutenir la nécessaire participation démocratique des groupes sociaux aux processus politiques de son État-nation ; et défendre l'existence de droits appartenant exclusivement à l'individu, en tant que partie d'un groupe social, c'est-à-dire défendre l'existence de droits sociaux, qui ont été à l'origine compris comme des droits des travailleurs. On voit alors les mouvements politiques caractéristiques de la seconde moitié du XIXe siècle, tels que la fondation de l'*Association internationale des travailleurs*, à Londres, en 1864, ou de la soi-disant Deuxième Internationale, à Paris, en 1889.

Une deuxième raison : la *nature juridique des constitutions sociales*. Un point qui rend encore plus important l'évolution du droit constitutionnel comparé est la nature juridique des constitutions sociales et démocratiques. Une fois qu'elles sont presque toujours dotées de différents outils et mécanismes de protection des droits et articulations fonctionnelles du pouvoir politique, la technique comparative devient un outil essentiel à la fois pour les constituants et pour ceux qui doivent interpréter et appliquer la constitution. Seulement les premières constitutions libérales, comme celle des États-Unis, se limitaient à établir quelques articles ou règles générales. La période de la deuxième après-guerre inaugure également une ère de constitutions chaque fois plus longues et plus complexes, en ce qui concerne les instruments d'organisation du pouvoir et de protection des droits fondamentaux. Si l'objectif principal des premières constitutions libérales était de mettre fin au pouvoir absolu de l'État, l'objectif fondamental des constitutions sociales est de promouvoir la protection des droits sociaux par l'État lui-même.

Une troisième raison : *le développement d'une herméneutique constitutionnelle*.

En Europe, particulièrement après le début des activités de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, en septembre 1951, un processus d'épuisement de l'herméneutique juridique classique dans le contexte du droit constitutionnel a eu lieu. Dans quelques années, la Cour constitutionnelle fédérale allemande aura déjà jugé des affaires pour lesquelles les règles classiques de l'herméneutique juridique ne sont plus satisfaisantes. En France, ce n'est pas différent, comme dans d'autres pays européens qui incorporent une cour constitutionnelle à leur système judiciaire.

Le développement de l'herméneutique constitutionnelle a contribué à rendre autonome le droit constitutionnel comparé. Bien au-delà d'une simple

méthode, comme l'avait soutenu Peter Häberle (1992 et 1999, 3-30) avec sa thèse sur le comparatisme comme cinquième méthode de l'herméneutique générale, le développement de l'herméneutique constitutionnelle se révèle être une étape d'une importance singulière pour la consolidation du droit constitutionnel comparé. Une importance constamment perçue dans la mesure où l'herméneutique constitue un ensemble d'instruments intellectifs capables de donner du dynamisme à la statique normative et, ainsi, de favoriser la mise à jour continue du sens de la norme.

7.2 La spécificité de l'objet de la comparaison constitutionnelle

La doctrine en science politique a été très habile à comprendre le comparatisme en droit constitutionnel comme une méthode essentiellement déductive qui partirait des paradigmes occidentaux pour guider l'étude elle-même.⁵ Jean Blondel (1985, 08) va utiliser l'expression « constitutionnalisme comparé » pour désigner « une approche déductive permettant de définir d'abord une architecture d'ensemble et de remplir les détails institutionnels à partir de ce schéma d'ensemble. » Alors, il y aurait un schéma paradigmatique dans lequel l'observateur serait un élément externe à la recherche, mais incarné par ce schéma conceptuel où les problèmes posés par le comparatisme général semblaient d'abord résolus.

Ici on doit refuser partiellement une telle conception du comparatisme en matière constitutionnelle. Quand on parle de la centralité du problème, il y a une question épistémologique décisive : comment problématiser sans se relier seulement – ou excessivement – à la dimension subjective (réalité phénoménologique dans laquelle se trouve le chercheur) ou à la dimension objective (composée par les sources normatives à comparer) ? Pour bien répondre à cette question dans les recherches constitutionnelles comparatives, il faut considérer le problème comme la pierre angulaire de toute la recherche.

Il n'est pas inutile de rappeler que le droit constitutionnel positif représente évidemment le point de départ du droit constitutionnel comparé. Bien qu'il soit possible de dire que c'est une attitude excessivement limitée au sens où elle serait obligée d'arriver à des conclusions, déjà présentes dans une certaine mesure à l'intérieur du droit constitutionnel positif, il faut admettre le fait insurmontable que la nature de la comparaison constitutionnelle ne peut pas dispenser l'analyse des sources qui sont liées à la positivité constitutionnelle. Par conséquent, il arrive le moment de définir quelle(s) source(s) sera(seront) considérée(s) dans la recherche comparative.

Malgré les différentes hiérarchies normatives établies dans chaque tradition constitutionnelle, on peut dire que la doctrine constitutionnelle occidentale a admis la liste suivante – non hiérarchiquement fixée, bien sûr – des possibles sources du droit constitutionnel :

⁵ Voir Seiler (2004, 22-3).

La constitution formelle : le texte constitutionnel reste toujours comme un point de référence d'importance fondamentale et qu'il est inévitablement présent dans la recherche comparative ; au début du constitutionnalisme libéral, il était équivalent au concept même de constitution.

Les normes du rang ordinaire : tous les principes, règles et actes normatifs équivalents à la loi que composent ce que l'on pourrait appeler constitution dans le sens matériel peuvent être admis comme objet d'étude, en raison de leur condition de source indirecte de droit constitutionnel, une fois qu'ils sont liés à la dimension dogmatique du texte constitutionnel.⁶

La jurisprudence constitutionnelle : soit comme décisions successives prises par la Cour constitutionnelle, soit par les tribunaux ordinaires ayant compétence pour juger la matière constitutionnelle par des mécanismes de contrôle diffus, la jurisprudence constitutionnelle est au centre de nombreux débats comparatistes en droit constitutionnel ; par exemple, dans les systèmes de *common law*, la capacité à créer le droit promeut le pouvoir du juge au-delà de la condition classique de « législateur négatif », puisqu'il est possible de déterminer l'annulation d'une loi inconstitutionnelle ou sa non-application, de sorte que, ensuite, soit émise la décision « créative » d'un droit non prévu auparavant par la loi écrite.⁷

La doctrine constitutionnelle : le rôle assigné à la doctrine constitutionnelle change expressément entre les différents ordres constitutionnels, mais la capacité d'influence dans la production du droit et surtout dans l'interprétation du droit est une caractéristique qui ne peut être sous-estimée. Pour cette raison, la doctrine peut être considérée comme un élément inévitable de la recherche comparative.

Droits supranationaux reconnus : l'affirmation et le développement des processus d'intégration internationale, en particulier après la création de l'Union européenne et du droit communautaire, ont incorporé dans le système des sources du droit constitutionnel des règles établies au-delà des frontières de l'État national, mais avec des relations de plus en plus profondes au sein des arrangements constitutionnels nationaux. Voir, par exemple, le cas de la constitution allemande de 1949, la *Grundgesetz* de Bonn, qui affirmait déjà dans son article 25 que « Les règles générales du droit international font partie du droit fédéral. Elles sont supérieures aux lois et créent directement des droits et des obligations pour les habitants du territoire fédéral. » En bref, la dimension transnationale du phénomène juridique apparaît actuellement comme l'un des objets les plus pertinents et les plus problématiques à étudier aujourd'hui et à l'avenir en droit constitutionnel comparé.

*La coutume constitutionnelle*⁸ : pour être considérée comme une source informelle, la coutume peut servir d'objet secondaire d'étude comparative

⁶ Sur ce sujet, voir le classique Mortati (1998).

⁷ L'un des phénomènes plus pertinents concerne le *judicial activism* ; pour études dans différents systèmes, voir : Belaid (1974), Cover (1982), Kmiec (2004), Lambert (2005), Pizzorusso (1999), Rodotà (1996), Sunstein (1987), Streck (2011), Vianna (1999), et Young (2002).

⁸ Pour une recherche plus approfondie, voir Zagrebelsky (1970) et aussi Rials (1979).

quand on examine des systèmes avec des rares sources typiques de droit constitutionnel. L'utilité de la coutume devient évidente quand nous pensons à une justice constitutionnelle telle que celle de la Cour suprême des États-Unis, où des règles différentes résultent de la coutume des *clerks* (greffiers) en relation avec le *Chief Justice*.

Outre la hiérarchie normative susmentionnée qui caractérise chaque ordre constitutionnel, cette liste de sources du droit constitutionnel doit toujours considérer l'efficacité des règles comme un élément à examiner. Pizzorusso (1998, 261) rappelle une classification d'importance particulière : la distinction entre les sources légales et les sources *extra ordinem*. Les premières seront la conséquence de la production législative régulière dans l'ordre juridico-constitutionnel. D'un autre côté, les sources *extra ordinem* sont le résultat de processus de production de normativité en contraste avec ce qui est établi par les règles sur la production légale contenues dans l'ordre lui-même, de sorte qu'ils deviennent fonctionnels de manière abusive, mais appliqué sur la base du principe d'efficacité. Il y a une différence subtile entre les sources *extra ordinem* et ce qu'on peut appeler des *phénomènes extra-juridiques*, puisque les premières sont caractérisées par la comparaison inévitable avec l'ordre juridico-constitutionnel existant, ces derniers sont des faits juridiques qui ne sont pas clairement prévus dans une hypothèse normative mais qui ont néanmoins des effets sur les normes juridiques du système.⁹

Par conséquent, la délimitation de l'objet de la recherche ne doit pas se limiter à la collecte stérile des sources exclusives du droit constitutionnel, puisque, pour l'activité comparatiste, la relation entre les sources et leur efficacité ne peut être qu'au centre des définitions initiales de la recherche.

Le moment successif de la délimitation de l'objet sera la formulation du problème. L'un des objectifs du droit constitutionnel comparé est d'essayer de promouvoir une réflexion critique de l'interprétation des lois en vigueur dans l'ordre constitutionnel et, si possible, de stimuler une réévaluation des institutions juridiques nationales. Alors, essayer de formuler le problème, clairement par rapport aux hypothèses de travail, ce sera une étape aussi décisive que le choix de l'objet de la recherche.

Bien que le fonctionnalisme soit traité dans la dernière section de ces prolégomènes, on peut se souvenir de Biscaretti di Ruffia (1988, 37) quando il affirmé que la fonctionnalité est le principe méthodologique plus fondamental du droit comparé : « Une comparaison ne peut pas être faite entre les éléments qui ne peuvent pas être comparés. En droit seulement ce qui remplit la même tâche, la même fonction peut être comparé. »

⁹ « Bien souvent, le comparateur doit aller au-delà de ces cadres purement juridiques, car il se rend compte que la réciproque fonctionnelle d'une norme donnée dans un système de droit étranger doit être recherchée – dans ce contexte – non dans le cadre des règles juridiques, mais plutôt dans le contexte des *phénomènes extrajuridiques*, compréhensibles uniquement par des recherches sur des faits juridiques. » Zweigert et Kötz 1998, 42.

En d'autres termes, la question impliquée dans le problème doit partir de l'hypothèse que la fonctionnalité de la méthodologie comparatiste nous oblige à : (1) considérer seulement les objets, éléments, facteurs et problèmes analogues dans les systèmes analysés ; (2) tenir à l'écart le système conceptuel typique de l'ordre national d'appartenance du chercheur. Approcher des objets incomparables et essayer d'examiner tous les autres ordres constitutionnels à la lumière de la législation nationale sont deux des erreurs tellement lourdes qu'ils peuvent mener à des conclusions absolument fausses – bien qu'elles puissent éventuellement apparaître sous le voile d'une recherche soi-disant sophistiquée et qualifiée.

7.3 Pour une méthodologie constitutionnelle comparative

Malgré le fait que la France soit la véritable mère patrie – au moins, un des parents ! – du droit comparé, Etienne Picard (1999) et Marie-Claire Ponthoreau (2005, 8)¹⁰ mettent en évidence l'absence ou quasi-absence de débat doctrinal français sur la question de la méthode. La justification est toujours la poursuite d'un objectif pratique en chaque recherche comparative : comparer pour trouver « la meilleure solution juridique » au cas concret ou pour « aider » à la production législative (Ponthoreau 2010, 8-9). Dans le cadre du droit constitutionnel comparé on a vu, auparavant, que la question méthodologique est encore plus délicate, parce que des éléments tels que la souveraineté nationale, la suprématie constitutionnelle, les traditions culturelles et les sources spécifiques modifient les possibilités d'approche théorique.

On a dit que, pour une recherche constitutionnelle comparatiste, le moment initial de la délimitation de l'objet de la recherche dans le système des sources du droit constitutionnel est inévitable. Ce n'est qu'après avoir décidé si la recherche comparative sera, par exemple, sur les techniques d'interprétation des Cours constitutionnelles de deux États nationaux, ou si sera sur la façon dont deux constitutions nationales en vigueur ont été élaborées du point de vue normatif-structurel, c'est qu'il sera possible de suivre à la définition des méthodes et des procédures à adopter dans tous les cas.

En peu des mots, l'objet sera toujours décisif dans le choix des méthodes, des procédures et, enfin, de la systématique comparatiste *in concreto* de la recherche. Adam Watson (1993, 9-10), parmi d'autres comparatistes, comprend que les formants juridiques¹¹ qui définissent un système juridique donné sont construits à partir de transplantations juridiques décrites dans d'autres sociétés.¹²

¹⁰ Voir aussi, pour la pluralité des approches méthodologiques, Ponthoreau (2010).

¹¹ Selon Rodolfo Sacco (1980, 55-61), un formant juridique désigne un ensemble de règles et de propositions qui, dans le cadre d'un système juridique donné, contribuent à générer de l'ordre dans un spectre juridique. En général, ils peuvent être des formants juridiques, jurisprudentiels ou doctrinaux.

¹² A cet ouvrage initialement publié en 1974 s'ajoute l'article Watson 1995. Les controverses autour de la définition des « transplantations légales » sont innombrables ; nous renvoyons donc, à propos de ces discussions, aux critiques de Legrand (2022).

Cependant, il convient de noter que, d'après Biscaretti di Ruffia, en Italie, et Zweigert et Kötz, en Allemagne, il existe une idée répandue selon laquelle, d'un point de vue général, la recherche en droit constitutionnel comparé devrait toujours être structurée en accord avec les quatre phases suivantes :¹³

- 1) la recompilation des données concernant les normes et les institutions du pays étudié en particulier ;
- 2) la systématisation de toutes les données collectées dans la première phase, afin de trouver, par des analogies et des différenciations, des éléments pour la reconstruction de l'objet de la recherche ;
- 3) faire cette reconstruction d'une manière critique, parce que la phase analytique-descriptive est terminée ;
- 4) essayer d'organiser les résultats de la recherche jusqu'à ce qu'on puisse présenter des généralisations possibles ou des contributions objectives au système d'origine du chercheur.

Il n'y a aucun doute que cette systématique a dans sa première phase le moment le plus important : la définition de l'objet et la collecte des données. Sans négliger, ni même contredire, la proposition de Ruffia ou d'autres comparateurs, comme Zweigert et Kötz, qui y adhèrent, nous proposerons ci-dessous une structure méthodologique qui approfondirait la systématisation qu'il a évoquée dans ce qu'il appelle la seconde phase.¹⁴

Partant de ce schéma proposé par Ruffia, mais en élargissant ce qui serait la phase 2 et en ajoutant le principe que l'objet sera toujours décisif dans le choix de la méthodologie, on peut alors soutenir que les sources du droit constitutionnel nous conduisent à trois méthodologies possibles pour une recherche comparative : (1) objectiviste-normativiste ; (2) subjectiviste-institutionnaliste ; (3) historico-culturaliste.

Dans ce sens, certaines délimitations de cette approche doivent être faites à ce moment.

Premièrement, il convient de souligner toujours que le sujet central de la recherche se limite au droit constitutionnel comparé. L'hypothèse théorique est donc soutenue dans le sens d'une éventuelle systématisation méthodologique selon les caractéristiques de ce domaine. La nature spécifique des sources du droit constitutionnel et les objectifs de toute recherche constitutionnelle comparative exigent un cadre épistémologique autonome, surtout quand il s'agit de la méthodologie à choisir. L'absence de méthodologies spécifiques dans le domaine constitutionnel comparé pourrait conduire au danger d'employer des approches d'investigation qui considèrent le système normatif en termes de parité entre les sources, ce qui entrerait en collision avec la hiérarchie normative elle-même induite par la suprématie de la Constitution.

¹³ Voir Biscaretti di Ruffia (1988, 84-9) et Zweigert et Kötz (1998, 38-40).

¹⁴ La proposition méthodologique suivante a déjà été introduite dans Teixeira (2019, 217-34).

En outre, il est également important de souligner que le droit comparé en générale a une prétention à classer les systèmes juridiques, comme on peut le voir dans la démarche intellectuelle de René David (2016, 6-9), avec la distinction, par exemple, entre les éléments variables et les éléments constants, mais aussi à l'égard de Constantinesco (1974, 122), qui part de la distinction entre la macro-comparaison et la micro-comparaison pour préciser la raison d'être des rapports internes dans chaque ordre juridique, soulignant « une série d'opérations s'enchaînant dans une marche raisonné, dirigée vers un but précis. » Comme le souligne Béatrice Jaluzot (2005, 46-7), la micro-comparaison a donné lieu à d'innombrables recherches car elle a un objectif plus pratique et se limite à des aspects spécifiques des systèmes juridiques observés, tandis qu'à l'inverse la macro-comparaison a moins d'applicabilité car elle prend en compte l'étude globale des systèmes juridiques.

Dernier point mais non le moindre, penser à une méthodologie constitutionnelle comparative ne signifie pas réfuter d'autres méthodologies issues du droit comparé en général, mais implique de *systématiser* les méthodes déjà existantes selon la nature propre du droit constitutionnel.

7.3.1 Méthodologie objectiviste-normativiste

La comparaison entre les systèmes juridiques a souvent été influencée par l'idée qu'il serait en général possible de classer les systèmes juridiques sur la base de critères isolés ou en combinaison les uns avec les autres.¹⁵ Après la Seconde Guerre mondiale, un sentiment dans les comparatistes a conduit à l'idée qu'il était nécessaire de construire des propositions pour la classification des systèmes juridiques selon différents critères qui étaient capables d'offrir de grands schémas conceptuels sur certains systèmes quand on les compare les uns par rapport aux autres.¹⁶

Autrement, la haute et toujours croissante complexité des relations sociales, politiques, économiques et culturelles de ces dernières décennies, mais surtout au cours de ce siècle, a mené des recherches comparatives sur le droit constitutionnel pour rendre les enquêtes de plus en plus spécifiques. Pour cette raison, la méthodologie de recherche s'est également spécialisée en fonction de la nature de l'objet.

La comparaison qui a pour objet les sources normatives au sens positiviste, comme par exemple les règles ou principes insérés formellement dans le texte de la constitution, conduira le chercheur à circonscrire les limites de la littéralité des règles et la dimension dogmatique-positiviste conséquente que le texte lui-même induit. Par conséquent, la recherche sera en mesure d'utiliser des méthodes quantitatives et des procédures de reconstruction et de mesure qualitatives après la délimitation précise des termes à étudier. Une enquête comme ça sera en mesure de répondre

¹⁵ Voir, entre tous, Pegoraro et Rinella (2013, 72-86).

¹⁶ Pour d'autres études sur ces aspects concernant la classification des systèmes juridiques, voir la critique de Alessandro Pizzorusso (1998, 162-69), mais aussi la position de Ugo Mattei et Pier Giuseppe Monateri (1987, 56-8) et de Ake Malmström (1969).

à des questions d'un haut niveau d'objectivité, comme sur le nombre de fois que le droit de propriété apparaît dans les constitutions des États choisis pour la recherche. Il ne faut pas oublier les exemples d'assemblées constituantes postérieures à la Seconde Guerre mondiale qui ont utilisé cette méthodologie, au moins pour discuter des certains droits largement reconnus par les plus importantes démocraties en Occident, pour déterminer si les valeurs constitutionnelles doivent être incluses dans le texte constitutionnel ou dans le préambule, entre autres possibilités.

La méthodologie objectiviste-normativiste offre des résultats avec des hauts niveaux de sécurité, en ce qui concerne les aspects quantitatifs. Cependant, seulement sur la base d'une analyse critique profonde des résultats finaux sera possible d'éviter tout danger herméneutique, comme l'apparition d'un sophisme naturaliste que dérive une prescription vraisemblablement universelle du simple fait qu'elle est reconnue comme une règle valable dans presque tous les systèmes – pensez à la règle de propriété privée jusqu'au XIXe siècle dans les pays américains, qui incluait l'esclavage comme moyen légitime d'acquisition de la propriété, mais cela n'a pas abouti à une conclusion universellement valable du point de vue anthropologique et philosophique. Un sophisme naturaliste peut conduire à une autre sorte de malentendu lorsque les ordres juridiques comparés ont les mêmes aspects polémiques en commun. Ce ne sera pas l'ordre d'appartenance du chercheur comparatiste qui servira de paramètre pour déterminer la validité éthique d'une certaine règle ou pratique : ce sera le chemin entre les mêmes fondements de validité déontologique de chaque ordre constitutionnel étudié et les règles ou comportements liés à ces fondements que pourra offrir des réponses précises sur les comportements et les règles en soi, mais aussi sur les raisons qui les légitiment.

7.3.2 Méthodologie subjectiviste-institutionnaliste

L'un des problèmes les plus importants en droit constitutionnel comparé concerne la dimension subjectiviste du phénomène juridico-constitutionnel, puisque l'herméneutique constitutionnelle a assumé une singulière position de prééminence et d'importance dans les plus développées démocraties occidentales. La reconstruction du sens des règles et des principes inclus dans le texte constitutionnel a atteint le point de lever l'herméneutique constitutionnelle à un niveau sans comparaison en droit constitutionnel, en particulier dans les pays sans constitutions ou avec des constitutions écrites mais de brève extension.¹⁷

Ici, il est proposé de dénommer méthodologie subjectiviste-institutionnaliste la systématique comparatiste qui doit travailler sur la base des objets de recherche qui ne sont pas précisément dans l'univers positif des lois écrites, mais inséré dans le contexte soit des *institutions* publiques avec une prééminence dans la création

¹⁷ Les Etats-Unis, où la Constitution de 1787 est très brève (7 articles, 27 amendements) est un bel exemple dans ce sens, une fois que la Cour suprême a pris un rôle de plus en plus expressif en signifiant et en remaniant le contenu du milieu du XIXe siècle partie substantielle de la constitution. Voir Tribe (2008).

/ interprétation du droit ou des *fonctions* juridiques individuelles dotées d'une équivalente capacité de production normative. En d'autres termes, la dimension subjectiviste concerne l'analyse des critères, méthodes et procédures utilisées par les personnes en charge des fonctions juridiques de la production normative, tandis que la dimension institutionnelle concerne le fonctionnement global des institutions publiques compétentes pour dire / créer la loi. Nous pouvons donc envisager spécifiquement dans une recherche comme décident, par exemple, certains juges constitutionnels choisis pour la recherche sur la base de critères très particuliers, tout comme nous pouvons étudier l'ensemble des décisions sur un certain sujet dans l'histoire de deux Cours constitutionnelles en comparaison depuis leurs origines.

La difficulté initiale que cette méthodologie trouvera est une conséquence logique du fait que chaque ordre constitutionnel a développé sa propre théorie de l'interprétation ; toute théorie a été élaborée dans un contexte politique et culturel particulier situé dans l'espace et le temps. Les précompréhensions et les préjugements impliquent des individus dans leurs réalités particulières et résultent par conséquent en des manières toujours différentes de concevoir la société. En ce sens, Hans-Georg Gadamer (1996, 346) a la célèbre phrase sur la condition de l'interprète : « il ne peut pas se proposer de faire abstraction de lui-même et de la situation herméneutique concrète dans laquelle il se trouve. » Le problème dit herméneutique introduit la présupposition que nous appartenons à une tradition historique spécifique et nous essayons toujours de comprendre un autre moment de la même tradition dont nous ne faisons pas partie.

Cette difficulté initiale, quand il s'agit d'appliquer cette méthodologie, exigera du chercheur comparatiste la prudence nécessaire pour déconstruire les éléments caractéristiques des théories contrastantes de l'interprétation, puis tenter de les reconstruire en fonction des résultats de la recherche elle-même. On peut donc admettre que, lorsqu'il est impliqué dans une recherche basée sur des sources clairement jurisprudentielles, le chercheur devra essayer d'identifier les théories de l'interprétation développées à la fois plus largement dans l'ordre constitutionnel en question et dans des contextes plus spécifiques au sein de chaque Cour constitutionnel individuellement examiné.

Des théories passeront aux méthodes et techniques d'interprétation, permettant une évaluation précise sur l'application interne d'un certain institut herméneutique ou sur l'incorporation par un système de justice constitutionnelle d'une technique interprétative spécifique originaire d'un système constitutionnel étranger. Sont innombrables les exemples de fausses réceptions d'une technique interprétative ou d'un instrument herméneutique de l'étranger, mais on peut citer ici très brièvement le cas du principe de proportionnalité (*Verhältnismässigkeit*) : originaire d'Allemagne des années 1950¹⁸, il a été incorporé au Brésil par la

¹⁸ La célèbre décision *Apothekenurteil* de la Cour constitutionnelle fédérale allemande (BVerfGE 7, 377) de 1958 introduit le principe de proportionnalité lato sensu à la base de la formule des trois sous-principes : nécessité, subsidiarité et proportionnalité stricto sensu. Dans la même année, la non moins célèbre décision *Lüth* (BVerfGE 7, 198) deviendra une référence en matière de libertés publiques. Voir Luther (1993) et Schulze-Fielitz (2019).

Cour suprême (« Suprême Tribunal Fédérale ») de ce pays à la fois comme un synonyme du principe juridique de raisonnable – originaire des États-Unis – et comme un énoncé performatif vraisemblablement satisfaisant pour la résolution du cas concret.

Ce n'est qu'après la conclusion de cette première phase qu'il sera possible d'établir un système comparatiste pour approfondir la recherche et essayer d'obtenir des résultats à mettre en évidence les différences et les similitudes entre eux. Contrairement à ce qui se passe avec la méthodologie objectiviste-normativiste, le niveau de précision des résultats dans la méthodologie subjectiviste-institutionnaliste sera conditionné par les méthodes et procédures choisies dans la phase d'analyse critique des théories de l'interprétation et leurs réelles conditions d'application par les tribunaux. Chaque fois que l'herméneutique constitutionnelle a lieu selon les nécessités pratiques de certains ordres constitutionnels, il est également possible de revenir sur des théories herméneutiques spécifiques pour des systèmes individuels.

On remarque donc que cette méthodologie, si utilisée de manière inadéquate, peut entraîner des conclusions faussées ; non pas en raison des problèmes de la méthodologie elle-même, mais il y a toujours le risque que dans le domaine de l'herméneutique nous arrivions à des conclusions dépendant des intérêts particuliers du chercheur – ne faisant la comparaison que l'exhortation de leurs propres préjugements et opinions – ou seulement en conséquence de son manque de prudence.

7.3.3 Méthodologie historico-culturaliste

Une troisième méthodologie – et encore plus abstraite et subjectiviste – pourrait être qualifiée de historico-culturaliste. Si la méthodologie objectiviste-normativiste part des normes positives du droit constitutionnel, si la subjectiviste-institutionnaliste part des sources jurisprudentielles, on peut trouver dans la méthodologie historico-culturaliste un moyen d'étudier des sources qui n'ont pas un clair caractère normatif, en dépit du fait qu'elles sont capables de produire des effets juridiques au niveau constitutionnel. Il s'agit alors de situations dans lesquelles l'objet est la *doctrine* ou la *coutume* constitutionnelle.

Tout d'abord, pour procéder à une recherche à partir de ce type d'objet, il est absolument nécessaire de définir les origines, les traditions et les familles auxquelles ils appartiennent. Auparavant, on a vu que le droit comparé avait depuis longtemps pour tâche de rechercher des critères de classification des systèmes juridiques. L'un des critères les plus anciens et les plus importants était la division en traditions juridiques.¹⁹ Ensuite, ce seraient des familles juridiques

¹⁹ « Tradition thus involves the extension of the past to the present. It appears to require thinking about time at least in terms of the past and the present, though there are other ways of thinking about time. There is another dimension of tradition, however, which appears less bound to a particular manner of thinking about time. It is found in the necessity of tradition having been continuously transmitted, in a particular social context, in order for it to be

et des systèmes juridiques pour rendre plus spécifique l'investigation sur un certain objet.

Si la délimitation des traditions et des familles juridiques est un point de départ dans cette méthodologie, la phase suivante inclura l'analyse de la façon dont les phénomènes extra-juridiques, par exemple, les aspects culturels, les orientations morales et les manifestations religieuses, sont admis dans l'ordre constitutionnel. Quand il s'agit de pays théocratiques ou caractérisé par une rigidité morale profonde, le chercheur comparatiste ne peut ignorer l'analyse de l'impact de ces éléments extra-juridiques sur l'ordre constitutionnel.

Il ne s'agit pas de confondre ou de renforcer la méthode historique de l'herméneutique classique, c'est-à-dire de l'École Historique de Savigny. Une méthodologie historico-culturaliste doit aller bien au-delà des limites de la méthode historique, qui ne peut que décrire les conditions historiques et sociales de l'époque de la production de normes: il faut décomposer puis recomposer les conditions sociales, culturelles et historiques qui caractérisent le système en question, afin de permettre à la recherche de définir chaque aspect interne en fonction des différentes sous-catégories qui sont nécessaires pour un meilleur examen des données collectées.

Une méthodologie historico-culturaliste ne se limite pas à décrire simplement les conditions historiques d'un moment dans le passé : elle tente de reconstruire le lien commun entre le passé et le présent, en ce qui concerne les aspects particuliers de l'objet de la recherche. Cela pourrait signifier que l'on ne doit alors travailler que sur la base de l'histoire constitutionnelle comparée plutôt que sur le droit constitutionnel comparé. Boris Mirkine-Guetzévitch (1949, 400) a souligné que l'histoire constitutionnelle fait partie de l'objet de l'observation juridique :

les relations juridiques ont un caractère tellement individualisé que le juriste serait incapable, sans avoir recours à l'histoire, d'expliquer la naissance, l'évolution, le fonctionnement des institutions politiques.

Cette primauté apparente de l'histoire constitutionnelle disparaît quand on voit que son objet se résume à une *description analytique*, alors que le droit constitutionnel comparé a pour objet une *reconstruction critique*.

Plus qu'une méthode d'observation de l'évolution d'un objet, la méthodologie historico-culturaliste doit essayer de systématiser, dans une première phase, les résultats de la recherche historiographique – c'est à dire, de la recherche d'histoire constitutionnelle comparée – pour, dans une deuxième phase, mettre en question le problème de la recherche en soi.

of current relevance. Traditio must have occurred, and between the relevant parties. The transmission of roman law through the process of reception in Europe may be of (some) interest to people who define themselves as Chinese or Mohawk or muslim, and may even influence them in some way, but none would say it constituted part of their tradition, or contemporary culture. It is someone else's tradition, because of the total absence of transmission within their particular social contexto » (Glenn 2007, 12).

7.4 Quels sont les objectifs du droit constitutionnel comparé ?

C'était dans ce scénario caractéristique de la seconde moitié du XXe siècle que l'on peut trouver le développement de propositions théoriques visant à définir les finalités de la comparaison en matière constitutionnelle.²⁰ On doit rappeler que dans toute science l'établissement des buts est un point absolument essentiel pour les activités de recherche et de reconstruction des institutions, catégories et concepts dogmatiques étudiés.

L'aspect critique de la recherche comparée a déjà été souligné par plusieurs auteurs, notamment Rodolfo Sacco (1991, 115-17) et sa très connue théorie du droit comparé comme connaissance critique du droit. Cependant, il semble que l'objectif général soit de promouvoir une réflexivité critique à l'égard du système d'observation juridique comparatiste. Encore plus, Horatia Muir Watt (2000, 503-27) soutient que la comparaison joue un rôle subversif car elle

s'engage ainsi contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, contre la conviction répandue (quel que soit le pays) selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables.

Dans les années 1960, Paolo Biscaretti di Ruffia (1988, 79-81) a lancé une proposition méthodologique basée sur quatre objectifs pour le droit constitutionnel comparé :

- 1) *Satisfaction des besoins de nature culturelle* : ce serait une manière d'enrichir la doctrine constitutionnelle locale par des études sur les systèmes des États contemporains et aussi des organisations politiques du passé ; *prima facie* cela peut sembler un objectif superflu, mais la complexité du monde contemporain, les différents processus de mondialisation et la nécessité d'approfondir la connaissance des autres peuples ont transformé cette exigence purement culturelle en un moyen de mieux comprendre d'autres phénomènes sociaux, politiques et surtout juridiques.²¹
- 2) *Promouvoir une réflexivité critique de l'interprétation et une réévaluation des institutions juridiques nationales* : c'est une conséquence qui est toujours souhaitée par toute activité comparée, mais ici elle est considérée comme l'objectif du droit constitutionnel comparé en soi ; il est de plus en plus certain que l'étude d'autres systèmes juridiques et ordres constitutionnels sur la base d'une méthodologie précise aboutit à des conclusions susceptibles d'être examinées dans la sphère politique nationale, d'aider à l'interprétation des normes juridiques du système national ou de renforcer les croyances préexistantes sur la façon de mettre en œuvre une certaine règle de droit constitutionnel positif.
- 3) *Fonction nomothétique* : le but le plus avancé du droit constitutionnel comparé est peut-être d'apporter des contributions précises à la politique législative

²⁰ Pour une recherche sur la comparaison en France, voir : Claire Cuvelier, Delphine Huet et Clémence Janssen-Bennynck (2014).

²¹ La même idée était déjà soutenue par René David (1950, 682-85).

nationale. L'analyse d'expériences antérieures et en cours dans d'autres ordres constitutionnels offre des conclusions et des résultats comparatistes qui peuvent prévoir les résultats d'une certaine politique législative ou renforcer des idées sur un projet de loi, par exemple.

- 4) *Unification législative* : il s'agit d'un objectif très pertinent dans d'autres domaines juridiques qui utilisent le droit comparé en général, comme le droit des affaires, le droit des contrats etc. Mais quand il s'agit de droit public, la souveraineté des États est un obstacle naturel à toute unification pure. Cependant, les processus d'intégration régionale entre les États et les discussions sur le renforcement des juridictions internationales nous amènent à penser que le droit constitutionnel comparé pourrait conduire à l'unification législative dans certaines mesures, surtout dans le sens d'un constitutionnalisme transnational²² plutôt que d'une véritable standardisation de la législation.

Bien que la proposition de Biscaretti di Ruffia soit un important point de référence sur ce sujet, nous croyons que les quatre objectifs susmentionnés sont, en fait, des *objectifs spécifiques*, une fois que l'*objectif général* du droit constitutionnel comparé sera d'offrir des instruments et techniques méthodologiques au chercheur comparatiste qui doit examiner les institutions de niveau constitutionnel, les principes et règles constitutionnels, les méthodes d'interprétation constitutionnelle, les expériences historiques et constitutionnelles et la coutume constitutionnelle de son système de référence par opposition aux autres États et même aux organisations supranationales.

Une question importante à ce moment : y a-t-il encore de la place pour des revendications d'unification législative à la lumière des possibilités d'harmonisation juridique ?

Il s'agit donc de redimensionner l'objectif spécifique d'unification législative. Même si de nombreux comparatistes rapprochent l'unification législative de l'harmonisation juridique, comme le font Lucio Pegoraro et Angelo Rinella²³ pour différencier dans un sens méthodologique la question, il faut reconnaître que l'harmonisation a eu une utilité beaucoup plus large dans différents domaines du droit. Mireille Delmas-Marty souligne clairement qu'il existe différents types d'harmonisation juridique, que ce soit dans la forme ou dans le contenu, en maintenant des réserves à certaines dispositions normatives ou en transposant directement des catégories normatives.²⁴

²² La notion de constitutionalisme transnational a été développée selon différentes matrices théoriques. Pour certaines possibilités, voir : Armin Von Bogdandy, Matthias Goldmann et Ingo Venzke (2016), Anderson Vichinkeski Teixeira (2016), Günther Teubner (2012) et Neil Walker (2012 et 2013).

²³ En ce sens, voir Lucio Pegoraro e Angelo Rinella (2017), surtout le Cap. 1 « Il metodo comparativo ».

²⁴ Voir Mireille Delmas-Marty (2008 et 2004).

Dans des domaines plus sensibles et liés aux particularités locales d'un État ou d'un peuple donné, l'unification législative risquerait, par exemple, d'établir une norme unique de sanctions pour le même type d'infraction pénale. De ce fait, que ce soit en droit pénal, en droit des contrats ou dans d'autres domaines du droit privé, l'harmonisation apparaît plus sensible aux particularités locales, sans pour autant négliger le maintien de l'essence des catégories juridiques concernées.

Les relations épistémologiques entre l'ancienne idée d'unification législative et la façon dont l'harmonisation juridique crée certaines des conditions de possibilité d'un constitutionnalisme transnational, seront mieux construits tout au long des deux derniers chapitres de cet ouvrage, où seront discutés ses fondements théoriques et épistémologiques.

7.5 Le fonctionnalisme comme principe herméneutique

Si l'on observe le droit allemand, l'importance de l'œuvre d'Ernst Rabel, centrée sur le droit privé, plus précisément sur le droit des contrats, a fait du juriste autrichien basé en Allemagne et, plus tard, aux États-Unis, l'un des précurseurs de la méthode fonctionnaliste, et peut même être considéré comme son « fondateur ». Ralf Michaels (2019, 368) met l'accent sur l'aspect pragmatique frappant de l'approche fonctionnaliste de Rabel, dépourvue d'un minimum de rigueur méthodologique. À tel point que David Gerber (2001, 198) va jusqu'à affirmer que : « Ironically, there is little method in his method. » Ce manque de méthode dans sa méthode, selon Gerber, serait une conséquence du fait que Rabel concevait le droit comparé comme une « science pure » qui excelle dans la recherche de la connaissance, mais dont l'orientation méthodologique serait pragmatique-fonctionnelle et guidée par un critère d'utilité pratique que l'analyse des différents systèmes juridiques, contemporains ou passés, pourrait offrir (Gerber 2001, 197). Hannes Rösler (2008, 11) rappelle que Rabel était proche de la jurisprudence des intérêts, de Philipp Heck, et aussi du pragmatisme anglo-américain présent dans le *case law*, mettaient l'accent sur sa façon de voir le droit comparé comme un processus continu de découverte. Malgré ses difficultés méthodologiques, Rabel a le mérite, comme le souligne David Gerber (2001, 200), d'avoir donné une centralité aux contextes et aux fonctions sociales spécifiques auxquels les normes et les procédures doivent répondre, même si tout son travail a toujours été guidé par l'analyse des similitudes et des différences entre les normes juridiques pour faire face aux problèmes pratiques.

La consolidation de ce que l'on appelle la « méthode fonctionnaliste » est due en grande partie au travail de Konrad Zweigert et Hein Kötz, qui, en 1971, ont présenté l'un des ouvrages les plus importants sur le droit comparé en général. Bien qu'il ait eu le titre modeste d'*Introduction (Einführung) au droit comparé*, l'ouvrage s'avère être un grand traité sur les hypothèses, les méthodologies et les objets de cette discipline juridique. D'emblée, lorsqu'ils exposent la proposition méthodologique du traité susmentionné, Zweigert et Kötz (1998, 38-40) maintiennent que la fonctionnalité est le principe méthodologique de base de toute activité comparative en droit.

Paula Maria Nasser Cury (2014, 179) résume bien les cinq étapes de la méthode fonctionnelle telle que proposée par Zweigert et Kötz :

- (i) Question : comment résoudre un problème donné ?
- (ii) Choix des systèmes juridiques et rapports sur les solutions respectives au problème étudié.
- (iii) Processus comparatif stricto sensu : dans quelle mesure les solutions sont-elles similaires ? En quels points ils coïncident ? Par quelles caractéristiques diffèrent-ils les uns des autres ?
- (iv) Construction d'un système d'analyse des solutions, permettant la clarification des similitudes et des différences.
- (v) Évaluation critique des résultats, qui peut éventuellement conduire à l'évaluation (discrétionnaire) de la meilleure solution.

Il est important de remonter un peu dans le temps et de noter que c'est dans une conférence donnée à l'Université de Tübingen, en 1949, que Zweigert a esquissé les grandes lignes de la limitation de l'utilisation de la méthode comparative dans la recherche juridique. Dans la publication qui suivit cette conférence, Zweigert (1949/50, 09-11) avait critiqué l'éclectisme relatif, en particulier du législateur de son temps qui recourait, sans opposition, à différents systèmes juridiques étrangers à la recherche d'expériences législatives analogues pour le problème auquel il devait faire face. Les supposées lacunes du système juridique d'origine ne pourraient pas, selon Zweigert, être comblées par l'utilisation d'un comparatisme qui n'observerait pas attentivement les fonctions exercées par telles normes dans leurs systèmes d'origine, car il serait nécessaire de trouver des postulats normatifs avec un certain degré d'universalité suffisant pour être en mesure de bien répondre aux exigences de normativité des différents contextes sociaux.

Dans un essai posthume de son collègue et ancien étudiant, Kötz rappelle que, depuis la conférence de 1949, intitulé « Le droit comparé comme méthode universelle d'interprétation », Zweigert soutenait que la méthode comparative avait une prétention académique à proposer des solutions universelles au-delà des besoins spécifiques d'un législateur local spécifique. Indéniablement, l'hégémonie de la méthode fonctionnaliste reflétait l'époque d'une perspective universaliste qui comprenait la comparaison juridique comme centrée sur la recherche de similitudes, sans souci majeur de différences²⁵. C'est précisément dans cet aspect que l'on peut faire la plus grande critique à la façon dont Zweigert et Kötz considèrent la méthode fonctionnelle : la décontextualisation. Marie-Claire Ponthoreau (2010, 45) attire l'attention sur le fait que les auteurs, dans

²⁵ Kötz (1997, 200) a dit, dans le même essai, que « Konrad Zweigert n'était pas homme à concevoir les règles du droit en vigueur dans tous leurs détails comme un seul système fermé et logique : il critiquait au contraire toute forme de dogmatisme juridique et aimait à souligner que cette manière de penser ne pouvait trouver de justification que lorsqu'elle contribuait de façon évidente au bon fonctionnement de la 'chose juridique' ».

la mesure où ils prêtent peu d'attention aux différences, finissent par supposer que les contextes seraient identiques ou, du moins, similaires.

D'autre part, au cours du siècle actuel, nous voyons que le comparatisme critique, comme le soutient Günter Frankenberg (2016, X), a surmonté les taxonomies décontextualisées des particularités des réalités locales, de sorte qu'il est de plus en plus nécessaire de « provincialiser le droit occidental » (dans l'original, *provincialize Western law*), c'est-à-dire comprendre que l'universel passe par la composition de différentes réalités concrètes locales qui ne peuvent être interprétées avec des clés de lecture exclusivement anglo-eurocentriques.

Les nombreux processus transnationaux de rapprochement législatif, ajoutés aux processus d'intégration régionale, en mettant l'accent sur la création de l'Union européenne, ont fait du tournant du XXe siècle une étape pour la résurgence du droit comparé.²⁶ De l'internationalisation du droit constitutionnel, on passe à la consolidation progressive d'une nouvelle phase du constitutionnalisme occidental, marquée notamment par la transnationalisation du droit, c'est-à-dire par la formation d'un constitutionnalisme mondial. Avec cela, le problème de la méthode dans le comparatisme prend encore plus d'importance, en particulier pour le droit constitutionnel comparé, qui est une discipline juridique épistémologiquement autonome, visant à comprendre les structures fondamentales des États constitutionnels étudiés, et affectée par des problèmes pratiques et des lacunes normatives pour lesquels la perspective fonctionnaliste n'est pas suffisante.

Limiter la méthode comparative à la condition d'une cinquième méthode d'interprétation juridique, après les méthodes classiques de Savigny – c'est-à-dire littérale, téléologique, systématique et historique – telle que proposée par Peter Häberle (1992 et 1999) à la fin du siècle dernier, aurait également la tendance naturelle à limiter la comparaison juridique au fonctionnalisme. En d'autres termes, la recherche de similitudes et de différences entre les systèmes juridiques examinés pourrait suivre la proposition fonctionnaliste orthodoxe de prendre le mode de solution d'un problème juridique commun comme une réponse supposée universellement valable, indépendamment des conditions sociales, économiques, politiques et culturelles de la réalité locale.

Il convient également d'ajouter que la diversité des méthodes a été l'un des domaines les plus pertinents à explorer dans le comparatisme en général, en particulier dans le droit constitutionnel comparé. Marie-Claire Ponthoreau (2010, 62-5) souligne que la pluralité des approches de nombreux problèmes juridiques exige une non moins grande diversité de méthodes pour y faire face. Il convient de rappeler que le droit constitutionnel comparé, comme tout droit public, a une hiérarchie normative différenciée qui augmente le degré de

²⁶ Bien qu'avec des approches différentes et dans des contextes locaux différents, nous voyons que Bruce Ackerman (1997), Ran Hirschl (2008, 2009 et 2014), Mark Tushnet (2009) et, au Brésil, Déo Dutra et Ribas Vieira (2017) détectent la corrélation entre la soi-disant résurgence du droit comparé et l'émergence de nouveaux processus d'intégration régionale et même de transnationalisation du phénomène juridique.

complexité de l'analyse comparative, puisque les normes disposées dans le même plan hiérarchique de validité ne sont pas observées dans les systèmes juridiques examinés, comme c'est le cas, par exemple, avec les disciplines privatistes.

Ainsi, il est clair qu'avec le fonctionnalisme il y a une finalité à rechercher par le comparatiste-constitutionnaliste.

Alors, quel serait l'avenir du fonctionnalisme en droit constitutionnel comparé ?

Julie De Coninck (2010) pose la même question à propos du comparatisme en général. Partant de l'hypothèse que l'équivalence fonctionnelle est le principe méthodologique le plus élémentaire de la comparaison juridique, une étude comparative ne pourrait se limiter à rechercher des similitudes et des différences entre différents ordres juridiques. Ainsi, la méthode fonctionnelle se dispenserait d'une confrontation directe et limitée avec des normes ou des institutions juridiques nominalement prévues dans différents systèmes juridiques, en mettant en lumière la manière dont des problèmes communs trouvent des réponses dans ces normes ou institutions juridiques (De Coninck 2010, 323-24). Par conséquent, le fonctionnalisme aurait le pouvoir de permettre à de nombreuses méthodes et même méthodologies de dériver directement de sa perspective d'approche théorique-problématique.

Dans une critique du texte de De Coninck, une réflexion intéressante est également apportée par Ralf Michaels (2010, 358) lorsqu'il soutient que, contrairement à l'économie et aux prétentions à l'universalité de ses postulats normatifs, le droit comparé n'a pas besoin de théories profondes (*deep theories*) pour expliquer comment les comportements se produisent dans les systèmes observés, puisqu'il s'agit de décrire comment les normes et les institutions juridiques répondent empiriquement aux problèmes qui leur sont posés. Dans un autre texte, le même Michaels (2019, 388) souligne que le fonctionnalisme est avant tout une manière d'interpréter les normes et les institutions juridiques, car elles doivent être prises comme des réponses à des problèmes juridiques concrets. Selon lui, il y aurait un fonctionnalisme interprétatif pour guider l'activité intellectuelle du comparatiste.

Dans cette perspective, il serait possible de soutenir que le fonctionnalisme a émergé comme une méthode de recherche typique du début du XXe siècle pour atteindre la condition d'un principe herméneutique comparé. De plus, comme Zweigert (1972, 456) l'a prévenu, puisqu'on ne peut pas comparer des choses incomparables, c'est au juriste de ne comparer que ce qui remplit la même fonction. Par conséquent, le point de départ de la recherche comparative sera, inexorablement, la délimitation d'un problème juridique auquel on pourra chercher des réponses dans les systèmes juridiques examinés dans cette recherche (Zweigert 1949/50, 5-21 ; et 1972, 472).

Enfin et surtout, il est vérifié que, lorsqu'il existe des catégories conceptuelles, des instituts et des normes juridiques provenant de différents systèmes et même de traditions juridiques ou de familles différentes, l'équivalence fonctionnelle subsiste comme mesure de leur comparabilité. Cependant, nous osons soutenir que cette mesure ne se limite pas à la notion même de méthode de droit comparé,

et encore moins de droit constitutionnel comparé. L'équivalence fonctionnelle, dans des recherches telles que le droit public ou d'autres où différentes hiérarchies normatives sont en question, prend une position antérieure au problème de la méthode ou des méthodologies à choisir : elle se situe au niveau de *principe herméneutique*, c'est-à-dire comme un présupposé théorique de la détermination même du problème que l'on cherchera à affronter dans la recherche.

À l'inverse, c'est-à-dire que si l'on optait pour une ignorance totale de l'équivalence fonctionnelle entre les objets d'étude, on risquerait de brouiller la centralité du problème juridique examiné, et pourrait même conduire à des résultats comparatifs entre des objets qui ne sont pas comparables les uns aux autres. Dès lors, avant d'être une méthode ou, encore moins, la seule méthode de comparaison juridique d'antan, on peut voir que le fonctionnalisme assume la condition d'un principe herméneutique précédant la délimitation de caractéristiques comparables entre différents systèmes juridiques ; en d'autres termes, il s'agit d'établir, d'une part, les paramètres théoriques de la comparaison et, d'autre part, les conditions pragmatiques de cette activité de recherche comparative.

Entendu comme principe herméneutique, le fonctionnalisme permet de créer une réflexivité critique dans le processus d'interprétation et d'évaluation des institutions juridiques nationales de référence pour le comparatiste. Par conséquent, son utilisation peut avoir lieu dans le cadre d'une étude académique de micro-comparaison sur un institut donné ou dans le but d'orienter des études politiques comparées au sein des parlements, surtout si l'on considère qu'une étude parlementaire prend souvent en compte l'existence réussie dans d'autres systèmes juridiques de ce qui est censé être introduit par une loi.

Bibliographie

- Ackerman, Bruce. 1997. "The rise of world constitutionalism." *Virginia Law Review* 83, 4 : 771-97 <https://doi.org/10.2307/1073748>
- Ancel, Marc. 1971. *Utilité et méthodes du droit comparé : éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*. Neuchâtel : Editions Ides et Calendes.
- Belaid, Sadok. 1974. *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo. 1988. *Introduzione al diritto comparato*. vol. I. Milano : Giuffrè.
- Blondel, Jean. 1985. "Généralités : le comparatisme." In *Traité de science politique*, édité par M. Grawitz, et J. Jeca, vol. II, 1-26. Paris : PUF.
- Constantinesco, Léontin-Jean. 1973. *Traité de droit comparé*, t. I, *Introduction au droit comparé*. Paris : LGDJ.
- Constantinesco, Léontin-Jean. 1974. *Traité de droit comparé*, t. II, *La méthode comparative*. Paris : LGDJ.
- Cover, Robert M. 1982. "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities." *The Yale Law Journal* 91 : 1287-316.
- Cury, Paula Maria Nasser. 2014. "Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas." *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 6, 2 : 176-85 <https://doi.org/10.4013/rechtd.2014.62.06>

- Cuvelier, Claire, Delphine Huet, et Clémence Janssen-Bennynck. 2014. "La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélémy et Mirkine-Guetzévitch." *RDP. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 6 : 1534-577.
- David, René. 1950. "Le droit comparé : enseignement de culture générale." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 2, 4 : 682-85.
- David, René. 2016¹² (1964). *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*. Paris : Dalloz.
- De Coninck, Julie. 2010. "The Functional Method of Comparative Law : Quo Vadis?" *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 74, 2 : 318-50 <https://doi.org/10.1628/003372510791090238>
- Delmas-Marty, Mireille, édité par. 2004. *Critique de l'intégration normative : L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits*. Paris : PUF.
- Delmas-Marty, Mireille. 2008. "Les modèles d'harmonisation." In *Les chemins de l'harmonisation pénale*, édité par M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber, 433-39. Paris : Société de législation comparée.
- Dutra, Déo Campos, e José Ribas Vieira. 2017. "O Direito Constitucional Comparado entre renascimento e consolidação." *Seqüência* 38, 76 : 69-94 <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2017v38n76p69>
- Fioravanti, Maurizio. 1993. *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*. Torino : Giappichelli.
- Fioravanti, Maurizio. 2004. *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*. Bologna : il Mulino.
- Fioravanti, Maurizio. 2007. *Costituzione*. Roma : Laterza.
- Fioravanti, Maurizio. 2009. *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma : Laterza.
- Frankenberg, Günter. 2016. *Comparative Law as Critique*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing Limited.
- Gadamer, Hans-Georg. 1996. *Vérité et méthode*. Trad. fr. P. Fruchon, J. Grondin, G. Merlio. Paris : Seuil.
- Gerber, David J. 2001. "Sculpting the Agenda of Comparative Law : Ernst Rabel and the Facade of Language." In *Rethinking the masters of comparative law*, edited by Riles, Annelise. 190-208. Portland : Hart publishing.
- Glenn, H. Patrick. 2007³. *Legal Traditions of the World*. Oxford : Oxford University Press.
- Häberle, Peter. 1992. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*. Berlin : Duncker & Humblot GmbH.
- Häberle, Peter. 1999. "Per una dottrina della costituzione europea." *Quaderni costituzionali* 19, 1 : 3-30.
- Hirschl, Ran. 2008. "The rise of comparative constitutional law." *Indiana Journal of Constitutional Law* 31 : 11-37.
- Hirschl, Ran. 2009. "The realist turn in comparative constitutional politics." *Political Research Quarterly* 62, 4 : 825-33.
- Hirschl, Ran. 2014. *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford : Oxford University Press.
- Jaluzot, Béatrice. 2005. "Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective." *Revue internationale de droit compare* 57, 1 : 29-48.
- Jamin, Christophe. 2000. "Le vieux rêve de Saillelles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 4 : 733-51.

- Kmiec, Keenan D. 2004. "The Origin and Current Meaning of 'Judicial Activism'." *California Law Review* 92, 5 : 1441-477.
- Kötz, Hein. 1997. "Konrad Zweigert (1911-1996)." *RIDC. Revue internationale de droit compare* 49, 1 : 199-201.
- Lambert, Édouard. 2005. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis (orig. 1921)*. Paris : Dalloz.
- Legrand, Pierre. 2022. *Negative comparative law : a strong programme for weak thought. Cambridge studies in international and comparative law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Luther, Jorg. 1993. "Ragionevolezza e Verhältnismässigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca." *Diritto e Società* 1-2 : 307-27.
- Maduro, Miguel Poaires. 2006. *A constituição plural : constitucionalismo e União Europeia*. Cascais : Principia.
- Maine, Henry Sumner. 1861. *Ancient law : its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*. London : Oxford University Press.
- Maldonado, Daniel Bonilla. 2020. *Los bárbaros jurídicos : identidad, derecho comparado moderno y el Sur global*. Bogotá : Siglo del Hombre Editores.
- Malmström, Ake. 1969. "The System of Legal Systems: notes on a problem of classification in Comparative Law." *Scandinavian Studies in Law* 13 : 127-49.
- Mattei, Ugo, e Pier Giuseppe Monateri. 1987. *Introduzione breve al diritto comparato*. Padova : CEDAM.
- Michaels, Ralf. 2010. "Explanation and Interpretation in Functionalist Comparative Law – a Response to Julie de Coninck." *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 74, 2 : 351-59.
- Michaels, Ralf. 2019². "The functional method of comparative law." In Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative law*, 339-82. Oxford : Oxford University.
- Mirkine-Guetzévitch, Boris. 1949. "Les méthodes d'étude du droit constitutionnel compare." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 1, 4 : 397-417.
- Mortati, Carlo. 1998. *La costituzione in senso materiale*. Milano : Giuffrè.
- Pegoraro, Lucio, e Angelo Rinella. 2013. *Diritto Costituzionale Comparato : aspetti metodologici*, Padova : CEDAM.
- Pegoraro, Lucio, e Angelo Rinella. 2017. *Sistemi costituzionali comparati*. Torino : Giappichelli.
- Picard, Etienne. 1999. "L'état du droit comparé en France." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 51, 4 : 885-915.
- Pizzorusso, Alessandro. 1998. *Sistemi giuridici comparati*. Milano : Giuffrè.
- Pizzorusso, Alessandro. 1999. *La Costituzione ferita*. Roma-Bari : Laterza.
- Pollock, Frederick. 1903. "The History of Comparative Jurisprudence." *Journal of the Society of Comparative Legislation* 5, 1 : 74-89.
- Ponthoreau, Marie-Claire. 2005. "Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 57, 1 : 7-27.
- Ponthoreau, Marie-Claire. 2010. *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*. Paris : Economica.
- Popper, Karl. 1968. *Popper. The Logic of Scientific Discovery*. 4^e ed. London : Hutchinson.
- Rials, Stéphane. 1979. "Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle." *La Revue administrative* 189 : 265-73.
- Ricoeur, Paul. 2008. *Écrits et conférences 1 : autour de la psychanalyse*. Paris : Seuil.
- Rivero, Jean. 1957. *Cours de droit administratif comparé*. Paris : Les Cours de Droit.

- Rodotà, Stefano. 1996. "Magistratura e política in Italia." In *Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. B. Liberati, A. Ceretti, e A. Giasanti, 17-29. Milano : Feltrinelli.
- Rösler, Hannes. 2008. "Ernst Rabel e a sua influência sobre um direito mundial dos contratos." *Meritum* 3, 1 : 5-29.
- Rossi, Pellegrino. 1866. *Cours de droit constitutionnel*. Paris : A. Porée.
- Rousseau, Dominique. 2018. "Constitucionalismo e democracia." *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 10, 3 : 228-37. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.103.01>
- Sacco, Rodolfo. 1980. *Introduzione al diritto comparato*. Torino : UTET.
- Sacco, Rodolfo. 1991. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris : Economica.
- Schulze-Fielitz, Helmuth. 2019. "L'arrêt Lüth : 50 ans après." *Trivium, Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales / Deutsch-französische Zeitschrift für Geistesund Sozialwissenschaften* 30 : 34-52.
- Seiler, Daniel-Louis. 2004. *La méthode comparative en science politique*. Paris : Armand Colin.
- Streck, Lenio L. 2011⁴. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo : Saraiva.
- Sunstein, Cass R. 1987. "Lochner's Legacy." *Columbia Law Review* 87, 5 : 873-919.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2016. "Constitucionalismo transnacional : por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional." *Revista de Investigações Constitucionais* 3, 3 : 141-66. <https://doi.org/10.5380/rinc.v3i3.48066>
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2019. "La méthode en droit constitutionnel comparé : propositions pour une méthodologie constitutionnelle comparative." *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger* 1 : 217-34.
- Teubner, Günther. 2012. *Constitutional fragments : Societal constitutionalism and globalization*. Oxford : Oxford University Press.
- Tribe, Laurence H. 2008. *The Invisible Constitution*. Oxford : Oxford University Press.
- Tushnet, Mark. 2009. "The Inevitable Globalization of Constitutional Law." *Virginia Journal of International Law* 49, 4 : 985-1006. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317766>
- Vianna, Luiz Werneck. 1999. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Revan.
- Von Bogdandy, Armin, Matthias Goldmann, and Ingo Venzke. 2016. "From Public International to International Public Law : Translating World Public Opinion into International Public Authority." *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper* 2 : 1-37.
- Walker, Neil. 2012. "Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law : a tale of two neologisms." *University of Edinburgh School of Law Research Paper Series* 20 : 1-28.
- Walker, Neil, et al., edited by. 2013. *After Public Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Watson, Alan. 1993². *Legal transplants : an approach to comparative law*. Athens : The University of Georgia Press.
- Watson, Alan. 1995. "From Legal Transplants to Legal Formants." *The American Journal of Comparative Law* 43, 3 : 469-76.
- Watt, Horatia Muir. 2000. "La fonction subversive du droit comparé." *RIDC. Revue internationale de droit comparé* 52, 3 : 503-27.
- Young, Ernst A. 2002. "Judicial activism and conservative politics." *University of Colorado Law Review* 73, 4 : 1140-216.

- Zagrebelsky, Gustavo. 1970. *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*. Torino : UTET.
- Zweigert, Konrad, e Hein Kötz. 1998. *Introduzione al diritto comparato*. Trad. it. Barbara Pozzo. Vol. 1. Milano: Giuffrè.
- Zweigert, Konrad. 1949/50. "Rechtsvergleichung als universale interpretationsmethode." *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 15, 1 : 5-21.
- Zweigert, Konrad. 1972. "Methodological problems in comparative law." *Israel Law Review* 7, 4 : 465-74.