

L'APPORT DU DROIT COMPARÉ À LA SCIENTIFICITÉ DU DISCOURS CONSTITUTIONNALISTE

Florent TAP*

Le but de cette étude est de démontrer l'intérêt d'une approche comparative pour la scientificité du discours constitutionnaliste, en posant comme critère de scientificité la capacité du chercheur à créer son objet. Entre une approche politiste qui lui fait perdre son autonomie scientifique et une approche contentieuse le plongeant dans les affres du « juridisme », le droit constitutionnel cherche un renouveau épistémologique. Il s'agira de démontrer que le droit comparé, entendu comme démarche théorique pure, est le meilleur moyen pour le constitutionnaliste de créer scientifiquement son objet. Dans le même temps, la démarche retenue invite au pragmatisme, le constitutionnaliste qui entreprend une étude comparative devant se livrer à une analyse réflexive critique de sa propre démarche et des limites de celle-ci.

The purpose of this paper is to show the value of comparative law for the scientificity of constitutional legal doctrine, taking as criterion of scientificity the ability of scholar to create his own object of research. Between a political approach leading to a loss of its autonomy, scientifically speaking, and a strict « case-law » approach reducing its field of competences to technical skills, constitutional law needs an epistemological renewal. The aim of this study is to demonstrate that a recourse to comparative law, understood as a pure theoretical approach, is the best way to reach some form of scientific rigour in constitutional law. At the same time, the approach adopted is an invitation for pragmatism : scholar undertaking a constitutional comparative study must analyze critically his own approach and its limits.

La science du droit constitutionnel sous la V^e République a été dominée par deux écoles : l'école politiste et l'école contentieuse. Ces écoles répondent à deux conceptions bien distinctes de la Constitution, respectivement

* ATER en droit public, Université Toulouse Capitole.

institutionnelle et normative¹. « La conversion des constitutionnalistes à la science politique »² s'opère au début des années 1950, sous l'influence notamment de Boris Mirkine-Guetzévitch³ et surtout de Maurice Duverger. Cette école, qualifiée de « duvergériste » ou « politiste », souhaitait extraire la science du droit constitutionnel de son carcan normatif afin de l'ouvrir à une approche plus institutionnelle et politique de son objet. Cette ouverture, qui avait vocation à enrichir la science du droit constitutionnel par une approche sociologique de la pratique des acteurs politiques, aboutit en réalité à une dilution de celle-ci dans la science politique⁴.

Avec l'extension des normes de référence du contrôle de constitutionnalité aux droits fondamentaux du Préambule de la Constitution en 1971⁵ et l'ouverture de la saisine du Conseil constitutionnel aux parlementaires en 1974⁶, les années 1970 ont donné naissance à un « vrai » droit constitutionnel, pourvu d'une Constitution sanctionnée et d'une jurisprudence à commenter. Ce développement du droit constitutionnel jurisprudentiel a entraîné plus largement « le triomphe du paradigme normativiste dans la doctrine juridique contemporaine, pour assurer la promotion de l'idée selon laquelle, depuis que la Constitution apparaît comme une norme enfin sanctionnée, la science proprement juridique de l'État devient enfin possible, ainsi que la connaissance scientifique de l'ordre juridique dans son ensemble »⁷. Ce changement de paradigme fut porté par le Doyen Louis Favoreu, qui diffusa largement cette vision contentieuse⁸ : création à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence du Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle (GERJC), direction de très

¹ O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, coll. « Quadrige », Paris, PUF, 2003. V. également : O. JOUANJAN, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER, *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 69.

² L. FAVOREU et al., *Droit constitutionnel*, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 19^e éd., 2017, p. 27.

³ B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Propos de méthode », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1951, n° 1-2 ; S. PINON, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, 2007, n° 46, pp. 183-212.

⁴ B. FRANÇOIS, *Naissance d'une Constitution. La V^e République (1958-1962)*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, pp. 103-112.

⁵ Cons. const., déc. n° 71-44, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*.

⁶ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.

⁷ O. CAYLA, « Le Conseil constitutionnel et la constitution de la science du droit », in *Le Conseil constitutionnel à 40 ans*, Paris, LGDJ, 1999, p. 112.

⁸ V. not. X. MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Dalloz, 2007, pp. 233-254 ; O. PFERSMANN, A. VIALA, « L'autonomisation du droit constitutionnel », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 519-544 ; A. ROUX, « Une École d'Aix : l'enseignement du droit constitutionnel et son évolution », *Six siècles de droit à Aix. 1409-2009*, Aix, PUAM, 2009, pp. 111-116.

nombreuses thèses en contentieux constitutionnel, première édition des *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* en 1975 avec le professeur Loïc Philip, création de la *Revue française de droit constitutionnel* en 1990, première édition du *Précis de droit constitutionnel* « d'Aix » en 1998⁹. Ce tournant contentieux a fourni au droit constitutionnel une autonomie disciplinaire vis-à-vis de la science politique d'une part et du droit administratif d'autre part. L'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité en 2010 a accéléré ce « processus de normalisation » du droit constitutionnel, « le rapprochant, sur le plan épistémologique, des méthodes en cours dans les autres disciplines juridiques »¹⁰. Le discours constitutionnaliste a ainsi pris « l'aspect ordinaire des disciplines juridiques qui, en France, passe moins par le commentaire des lois, que par le commentaire d'arrêt »¹¹.

Si le tournant contentieux a eu pour vocation de faire du droit constitutionnel un véritable discours scientifique et une discipline autonome en réaction à l'école duvergériste, il présente néanmoins le risque de reléguer la compétence du constitutionnaliste à un simple savoir technique. En s'érigeant en « vrai » juriste disposant d'un objet normatif sanctionné, le constitutionnaliste risque en effet, dans le même temps, de s'enfermer dans l'exercice du commentaire de jurisprudence, fournissant une simple répétition de la motivation et de la décision du juge¹² ou prescrivant des interprétations alternatives¹³. Cet exercice présente par conséquent l'inconvénient épistémologique majeur de priver l'expertise du constitutionnaliste de toute plus-value cognitive. Ce dernier est alors confronté au problème de la scientificité de son discours et est invité à observer « un moment épistémologique »¹⁴.

⁹ Le Doyen FAVOREU, dans la préface à la première édition (1998), écrivait : « On peut dire que ce Précis est un manuel du GERJC ».

¹⁰ A. VIALA, « L'autonomisation du droit constitutionnel : de la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in B. MATHIEU (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, op. cit., p. 525.

¹¹ O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, n° 2, mars 2009.

¹² A. VIALA, « Le droit constitutionnel à l'heure du tournant arrétiste. Questions de méthode », *RDP*, 2016, n° 4, p. 1137 : « L'arrétiste est précisément confronté au problème de l'identité sémantique entre la norme (en l'occurrence juridictionnelle) qui fait l'objet du commentaire et la proposition de droit qui est l'expression du commentaire ».

¹³ *Ibid.* : « Pour dépasser l'horizon dénué de saveur scientifique de l'exégèse descriptive, le juriste peut en effet adopter une position symétriquement inverse en prescrivant *ce qui devrait être* au point de se projeter hors des limites de la neutralité axiologique de la science du droit. C'est qu'une interprétation implique une évaluation, c'est-à-dire une prescription, un choix qui échappe, par définition, à toute objectivité ».

¹⁴ X. MAGNON, « Pour un moment épistémologique du droit – constitutionnel – », *Annuaire international de justice constitutionnel (AIJC)*, vol. XXXI, 2015, Dossier spécial : « De la possibilité d'un discours constitutionnel critique », études rassemblées par X. MAGNON, p. 15.

Faire œuvre scientifique, c'est créer son objet. Selon cette position, issue des postulats criticistes kantien et de l'épistémologie constructiviste bachelardienne, l'objet que l'on souhaite connaître n'est pas un *donné* mais un *construit*¹⁵. Dans cette perspective, la démarche scientifique consiste à « rendre géométrique la représentation »¹⁶, c'est-à-dire déposer de l'entendement sur un monde qui en est dépourvu, organiser par la raison les expériences sensibles. Par ce retournement, il apparaît soudain que « la science suscite un monde, non plus par une impulsion magique, immanente à la réalité, mais bien par une impulsion rationnelle, immanente à l'esprit »¹⁷. L'on peut également inverser la proposition et considérer qu'une discipline, pour prétendre au « label »¹⁸ de science, doit faire état de cette faculté créatrice, de cette suggestion d'un monde théorique explicatif pertinent qui viendrait s'ajouter aux données sensibles reçues par l'expérience.

Face à cette exigence épistémologique, le droit constitutionnel est dans une impasse. Alors que l'empirisme de l'école duvergériste le conduit à une fusion avec la science politique, lui faisant perdre toute autonomie disciplinaire et scientifique, l'approche normativiste contentieuse, qui lui a certes fourni, en réaction, l'autonomie tant attendue, tendrait dans un même mouvement paradoxal, à lui faire perdre son potentiel scientifique, c'est-à-dire créateur. Cette étude souhaiterait suggérer une proposition pour tenter de sortir le droit constitutionnel de cette impasse. Cette proposition réside dans un recours renouvelé et systématique à la méthode comparative. Le droit comparé donne au constitutionnaliste l'occasion de créer son objet sans tomber dans l'empirisme politiste ni dans la réitération du discours du juge. Le droit comparé inscrit le juriste dans une démarche théorique pure, l'observation de plusieurs systèmes juridiques permettant de construire scientifiquement son objet sans que les contingences propres à chaque système ni les différents langages-objets ne viennent interférer. L'approche comparative est éminemment scientifique, précisément parce que « la science du droit est toujours l'étude de tous les droits et que c'est la limitation au seul droit national qui est antiscientifique »¹⁹.

Il existe en France des liens très forts entre droit constitutionnel et droit comparé. Un rapide examen des principaux manuels de droit constitutionnel

¹⁵ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique* (1938), Paris, J. Vrin, 2004, p. 16 : « Dans la vie scientifique, les problèmes ne se posent pas d'eux-mêmes. C'est précisément ce *sens du problème* qui donne la marque du véritable esprit scientifique. Pour un esprit scientifique, toute connaissance est une réponse à une question. S'il n'y a pas eu de question, il ne peut y avoir de connaissance scientifique. Rien ne va de soi. Rien n'est donné. Tout est construit ».

¹⁶ *Ibid.*, p. 7.

¹⁷ G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique* (1934), Paris, PUF, 13^e éd., 1975, p. 17.

¹⁸ P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, chron., p. 337.

¹⁹ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, n° 2-2001, p. 282.

montre en effet la place importante accordée aux systèmes étrangers dans l'abord du droit constitutionnel français : parlementarisme britannique, régime présidentiel américain, fédéralisme allemand, régionalisme italien et espagnol, etc.²⁰. Le constitutionnaliste serait donc particulièrement porté vers la comparaison des droits, et ce depuis les réflexions fondatrices de Montesquieu sur la Constitution anglaise dans l'*Esprit des lois*. À côté de cette filiation originelle, les années 1990 ont en outre été marquées par un regain d'intérêt certain pour la méthode comparative en droit constitutionnel, particulièrement sous l'influence de l'école d'Aix²¹. De nombreuses études comparées ont enrichi l'analyse constitutionnaliste et les centres de recherches en droit public comparé se sont multipliés dans les Facultés de droit. Le droit constitutionnel comparé, qui s'affirme progressivement en France comme une discipline autonome, n'a cependant été, pour l'instant, que peu étudié sous l'angle épistémologique, à l'exception notable de l'ouvrage *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)* du professeur Marie-Claire Ponthoreau paru en 2010²².

Une réflexion épistémologique sur le recours à la comparaison en droit constitutionnel est aujourd'hui une nécessité. À l'heure de la globalisation du droit, de l'importance croissante prise par les organisations régionales intégrées au premier rang desquelles figure l'Union européenne, de la circulation internationale des solutions et des concepts juridiques, le droit constitutionnel est confronté depuis deux décennies à un bouleversement de ses objets d'étude et de ses cadres conceptuels. Les mutations contemporaines l'invitent à repenser les anciennes classifications ou à justifier de la pertinence de leur maintien : formes d'État, modèles de justice constitutionnelle, séparation des pouvoirs, liens entre Constitution et État, concept de peuple, de souveraineté, etc. L'approche comparative, constituant le meilleur moyen pour le constitutionnaliste de créer scientifiquement son objet, sera d'une aide précieuse face à ces nombreux défis. Une approche épistémologique approfondie du droit constitutionnel comparé permettrait en outre d'améliorer sa démarche scientifique²³. Une telle réflexion peut également avoir des conséquences en termes d'autonomie disciplinaire : identifier les procédés de connaissance, les finalités, les objets et les méthodes spécifiques d'une

²⁰ E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000, p. 121 : « En France, il semblerait que l'on ne puisse pas parler de la Constitution du 4 octobre 1958 sans expliquer préalablement par le menu détail le parlementarisme de Westminster ou le régime présidentiel américain ».

²¹ X. MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel... », *op. cit.*

²² M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010.

²³ P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours du Collège de France 1989-1992*, Paris, Seuil, Raisons d'agir, Cours et travaux, 2012, p. 152 : « Si on sait ce que l'on fait, on le fait mieux : c'est le passage d'une pratique à une méthode ».

communauté de pensée particulière joue un rôle fédérateur et peut contribuer à en faire une discipline académique autonome.

Le recours à l'instrument comparatif semble donc être le meilleur moyen pour le droit constitutionnel de s'inscrire pleinement dans une démarche scientifique, au sens où l'entendait Bachelard, en élaborant son objet. Toute discipline doit cependant rester consciente des obstacles qui se dressent sur le chemin de la connaissance scientifique, afin de mieux les éviter. Le constitutionnaliste qui entreprend une étude comparative doit alors recenser ces obstacles et garder un regard critique sur sa propre démarche.

I. L'APPROCHE COMPARATIVE, INSTRUMENT DE SCIENTIFICITÉ DU DISCOURS CONSTITUTIONNALISTE

Le droit constitutionnel comparé est une démarche purement heuristique. Son objet est uniquement d'améliorer la connaissance de l'objet « droit constitutionnel ». À cet égard, il peut être identifié comme un discours proprement scientifique dans la mesure où il répond à une finalité exclusivement descriptive mise en œuvre par une certaine rigueur méthodologique.

A. – *La finalité exclusivement descriptive du droit constitutionnel comparé*

L'expression « droit constitutionnel comparé » recouvre des acceptions très diverses et assez éloignées les unes des autres. Deux finalités générales lui sont assignées : l'une prescriptive, l'autre descriptive. Il est nécessaire d'aborder ces deux visions pour clairement les distinguer. Dans sa compréhension prescriptive tout d'abord, le droit constitutionnel comparé renvoie à deux tendances principales et parfois complémentaires : l'édification d'un ordre constitutionnel global et l'amélioration du système constitutionnel national.

Premièrement, le droit constitutionnel comparé aurait pour objet l'identification d'un ordre constitutionnel global, opérant une unification des ordres juridiques par la synthèse des meilleurs éléments de chacun des systèmes étudiés. L'on retrouve ici, appliqué à la matière constitutionnelle, le « vieux rêve »²⁴ des organisateurs du premier Congrès international de droit

²⁴ C. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC*, n° 4-2000, p. 733.

comparé de 1900²⁵, Raymond Saleilles et Edouard Lambert, qui consistait en l'élaboration d'une « science du *droit civil comparé* ou du *droit commun législatif* »²⁶. Ce mouvement de globalisation des ordres constitutionnels est aujourd'hui particulièrement présent sur le continent européen, où se pose la question de la possibilité d'un « droit commun constitutionnel »²⁷. L'illustration la plus éclairante de cette convergence est la question des principes généraux du droit de l'Union²⁸. Aujourd'hui, l'article 6 § 3 du TUE fait précisément référence aux « traditions constitutionnelles communes aux États membres »²⁹ afin d'identifier les principes généraux de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux. Une telle acception du droit comparé repose toutefois sur les croyances, contradictoires, que le droit comparé serait tout à la fois un « système juridique transnational » et la « science qui permet d'unifier des droits différents ou d'anticiper l'unification (ou, à défaut, l'homogénéisation) inhérente à l'évolution des systèmes juridiques globalement considérés »³⁰. Autrement dit, l'entreprise même de comparaison implique la pluralité des ordres constitutionnels et invalide la thèse d'un ordre unique. Dans cette perspective, le constitutionnalisme global donne alors pour fonction au droit constitutionnel comparé de bâtir cet ordre unique qui n'existe pas encore, afin de lui donner forme et consistance.

Deuxièmement, le droit constitutionnel comparé est conçu comme la discipline permettant d'améliorer notre propre système par l'étude de solutions étrangères jugées préférables. Le droit constitutionnel comparé est conçu ici comme une « technique de l'emprunt »³¹, une façon d'appuyer et de légitimer une position particulière. Le recours aux exemples étrangers est généralement perçu comme un argument de poids en faveur de la réforme proposée. On retrouve cela notamment dans les rapports législatifs issus des travaux des commissions à l'Assemblée nationale ou au Sénat, qui recourent quasi-systématiquement à des exemples tirés des droits étrangers afin de justifier l'adoption ou le rejet de la proposition ou du projet de loi en débat, ou dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles qui s'inspirent de plus en plus

²⁵ Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents, Paris, LGDJ, 1905, disponible en ligne sur : <https://archive.org/details/congrsinternati00compgoog>

²⁶ *Ibid.*, p. 39.

²⁷ M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 27

²⁸ P. PESCATORE, « Le recours, dans la jurisprudence de la CJCE, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *RIDC*, n° 2-1980, p. 337.

²⁹ Art. 6 § 3 TUE : « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ».

³⁰ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 276.

³¹ E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *op. cit.*, p. 131.

fréquemment de précédents étrangers pour appuyer leur propre solution³². La doctrine a également recours à l'argument tiré du droit étranger pour proposer des évolutions du droit positif. Une partie de la doctrine constitutionnaliste considère par exemple qu'une réforme du Conseil constitutionnel est nécessaire, en vue de renforcer sa légitimité en tant que véritable cour constitutionnelle³³. Les points présentés comme problématiques touchent généralement à la composition de l'institution, au mode de nomination de ses membres et à l'absence d'exigence de qualification juridique de ces derniers. Pour appuyer cette position, les exemples allemand, italien ou espagnol sont régulièrement mobilisés : nomination des membres de la Cour constitutionnelle par des commissions spéciales élues au scrutin proportionnel par la Chambre (art. 93 de la Loi fondamentale allemande), obligation de choisir les membres parmi « les magistrats, même retraités, appartenant aux juridictions supérieures de l'ordre judiciaire ou administratif, les professeurs de droit des universités et les avocats comptant au moins vingt ans d'exercice » (art. 135 de la Constitution italienne), élection du président de la Cour constitutionnelle par la Cour elle-même, au scrutin secret à deux tours (art. 160 de la Constitution espagnole), constituent autant de soutiens de poids à une proposition de réforme du Conseil constitutionnel.

Ces acceptions du droit constitutionnel comparé relèvent de démarches éminemment prescriptives et instrumentales et ne peuvent, pour cette raison, être considérées comme véritablement scientifiques. Seule une approche descriptive de la comparaison peut satisfaire à l'exigence de scientificité du discours. La finalité du droit constitutionnel comparé, entendue strictement, est à cet égard purement heuristique. Son rôle est d'élaborer des concepts pertinents, des invariants tirés de l'étude de divers droits constitutionnels positifs, pour en proposer une explication théorique générale. Le travail de comparaison vise uniquement à améliorer la connaissance de son objet, par un travail d'« interprétation conceptuelle différenciée »³⁴. Puisque le droit comparé « permet de décrire les structures de n'importe quel système juridique à l'aide de concepts généraux présentant la finesse nécessaire et suffisante »³⁵, il est une démarche théorique pure. Par la construction d'un *tertium comparationis* pertinent, le constitutionnaliste fait pleinement œuvre

³² V. sur ce sujet : A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Paris, LGDJ, Fondation Varenne, 2011 ; « Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français », *RIDC*, n° 2-2014, p. 579 ; T. GROPPI, M.-C. PONTTHOREAU (ed.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 2013 ; D. MAUS, « Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles », *RFDC*, 2009/4 (n° 80), p. 675.

³³ V. not. : X. MAGNON, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *RFDC*, 2014/4 (n° 100).

³⁴ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 287.

³⁵ *Ibid.*, p. 286.

scientifique et contribue, à son échelle et dans la mesure de son domaine d'investigation, à faire avancer la connaissance du droit en général et du droit constitutionnel en particulier.

L'approche comparative permet en outre au constitutionnaliste d'adopter une posture véritablement critique (c'est-à-dire scientifique)³⁶. Une connaissance exclusivement nationale de son objet, aussi complète soit-elle, conduit inévitablement à penser cet objet à travers les cadres conceptuels nationaux mobilisés pour le décrire. Elle conduit en outre à associer droit national et droit en général, portant l'observateur à croire que le droit, tel qu'il se manifeste dans son propre ordre juridique, a épuisé l'ensemble de ses potentialités de manifestation. Le comparatisme présenterait la vertu de corriger ce tropisme ethnocentriste et de se placer ainsi dans une démarche théorique véritablement critique à l'égard de son objet national. Il fournit également l'occasion de se détacher des « mots » du droit national proposés pour l'expliquer, en bâtissant « un métalangage neutre, indépendant des langages-objets analysés, et capable de subsumer les catégories employées par chacun d'eux – qu'ils soient distincts sur le plan temporel ou spatial – sous des concepts théoriques plus généraux autorisant à les confronter sur le plan intellectuel dans une opération comparatiste »³⁷.

Pour satisfaire à cette exigence de création conceptuelle, fournissant une explication pertinente des divers ordres constitutionnels observés, le constitutionnaliste doit en outre s'inscrire dans une certaine démarche méthodologique rigoureuse et transparente.

B. – *Les exigences méthodologiques du droit constitutionnel comparé*

Il existe de très nombreuses tendances méthodologiques en droit comparé, qui découlent toutes d'une certaine conception du droit et des finalités à assigner à l'instrument comparatif. L'approche comparative connaît deux grandes orientations méthodologiques, déclinées sous des avatars divers, correspondant à ce que le professeur Marie-Claire Ponthoreau qualifie de « comparaison intégrative »³⁸ et de « comparaison différentielle »³⁹.

La comparaison intégrative vise à identifier des points de convergence, de ressemblance, d'analogie, d'interaction et d'influence mutuelle entre les ordres et les cultures juridiques. Cette démarche fut en première instance celle

³⁶ B. LAHIRE, « Il n'y a de science que critique », in *Annuaire international de justice constitutionnel (AIJC)*, vol. XXXI, 2015, Dossier spécial : « De la possibilité d'un discours constitutionnel critique », études rassemblées par X. MAGNON, p. 27.

³⁷ G. TUSSEAU, « Sur le métalangage du comparatiste : de la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus*, n° 21, 2013, p. 103.

³⁸ M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 104.

³⁹ *Ibid.*, p. 118.

des « congressistes » de 1900 qui, à l'instar du professeur Raymond Saleilles, donnaient pour mission au juriste comparatiste d' « étudier tout ce qui forme le fonds commun de la civilisation générale de l'humanité » et « de puiser là comme la sève du même développement juridique »⁴⁰. Les approches intégratives ont connu à partir des années 1990 un succès tout particulier en Europe, précisément en raison du processus d'intégration et de globalisation à l'œuvre⁴¹, succès qui a tout particulièrement concerné la discipline constitutionnelle⁴². L'approche intégrative s'est également déclinée dans la méthode dite « fonctionnelle »⁴³. Celle-ci « consiste en la recherche, dans les systèmes juridiques que le comparatiste étudie, d'un équivalent fonctionnel, c'est-à-dire d'un concept ou d'une règle de droit, qui même différent, remplisse les mêmes fonctions ou aboutisse au même résultat »⁴⁴.

La comparaison différentielle concentre à l'inverse son analyse « sur les particularités et sur les irréductibilités des cultures juridiques nationales »⁴⁵ et « repose essentiellement sur les notions de "tradition" et de "culture" »⁴⁶. Dès 1900, le professeur Adhémar Esmein insistait sur la nécessité de prendre en compte, pour chacun des systèmes étudiés, « les caractères distinctifs que lui ont donnés le génie du peuple qui l'a créé et le développement historique », rappelant en outre que « faire connaître la formation historique, la structure générale et les traits distinctifs de chacun des systèmes » constituait « une première partie, générale et essentielle, dans tout enseignement scientifique du droit comparé »⁴⁷. Cette approche « différentialiste » fut ensuite reprise et

⁴⁰ R. SALEILLES, *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, op. cit., p. 180.

⁴¹ V. not. : M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994 ; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2010 ; B. OPPETIT, « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1999, p. 311 ; M.-C., PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 27 et s.

⁴² C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995.

⁴³ Sur ce courant, v. not. : M. GRAZIADEI, « The Functionalist Heritage », in P. LEGRAND et R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 100 ; K. ZWEIGERT, « Méthodologie du droit comparé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, vol. I, Paris, Dalloz, 1960, p. 579 ; « Des solutions identiques par des voies différentes (quelques observations en matière de droit comparé) », *RIDC*, n° 1-1966, p. 7 ; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 3d ed., 1998.

⁴⁴ M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 41.

⁴⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 2016, p. 224.

⁴⁶ M.-C. PONTTHOREAU, op. cit., p. 118.

⁴⁷ A. ESMEIN, « Le droit comparé et l'enseignement du droit », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, p. 495.

développée par Pierre Legrand⁴⁸ et par le mouvement dit « *Law as Culture* »⁴⁹, inscrit à l'opposé de la méthode fonctionnaliste.

Chacune des méthodes présentées semble avoir une prétention à l'exclusivité : elle serait *la* bonne méthode pour qui souhaite effectuer une comparaison digne de ce nom. Il est évidemment essentiel de se montrer plus nuancé. Nous souscrivons ici pleinement à la position selon laquelle il n'y a pas une méthode qui vaudrait mieux qu'une autre dans l'absolu et que « le problème méthodologique fondamental tient à la justification des critères de comparaison »⁵⁰. Ces critères varieront nécessairement en fonction de l'objectif que le chercheur s'est fixé et de son objet d'étude. Ce qui compte est donc la justification de la pertinence de la comparaison et des critères de celle-ci. Le plus important est finalement qu'une communauté scientifique donnée parvienne à se mettre d'accord sur un socle commun d'exigences méthodologiques. En droit comparé, ce socle contiendrait, au minimum, les exigences suivantes : maîtrise de la langue des systèmes étudiés et toutes les exigences que cela entraîne, notamment en ce qui concerne la référence aux sources de première main et l'opération de traduction ; circonscription de la comparaison à un nombre relativement restreint de pays ; connaissance globale du contexte institutionnel, politique, historique, sociologique du pays étudié ; justification de la comparaison selon des critères scientifiques ; exposé transparent de sa démarche méthodologique afin de permettre une appréciation plus claire des résultats de la comparaison.

Les différents courants évoqués se retrouvent clairement en droit constitutionnel comparé et les exigences méthodologiques générales dégagées valent évidemment pour cette discipline. Il reste cependant à résoudre la question de la spécificité méthodologique du droit constitutionnel comparé. S'il est vrai qu'il existe un pluralisme méthodologique et que tout dépend *in fine* de la justification fournie par le comparatiste, certaines approches méthodologiques sont cependant plus adaptées que d'autres à certains objets et disciplines. La méthode fonctionnelle, avec sa visée pragmatiste et utilitariste, est ainsi globalement plus adaptée au droit privé et fut d'ailleurs théorisée et mobilisée quasi-exclusivement par des auteurs

⁴⁸ P. LEGRAND, *Le droit comparé*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 5^e éd., 2015 ; « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *RIDC*, n° 4-1999, p. 1054 ; P. LEGRAND et R. MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

⁴⁹ D. NELKEN (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997 ; M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, « Legal Cultures, Legal Paradigms, Lega Doctrine : Towards a New Model for Comparative Law », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998, p. 498.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 17 ; v. également : M.-C. PONTTHOREAU, « L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique », in P. LEGRAND (dir.), *Comparer les droits, résolument*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 2009, p. 537.

privatistes⁵¹. La comparaison en droit privé est généralement perçue comme un formidable outil pratique permettant de régler dans différents pays des problèmes toutes relativement similaires entre particuliers, phénomène au demeurant favorisé et exigé par l'importance accrue du droit international privé. Dans cette perspective, la méthode fonctionnelle a surtout été conçue par les privatistes comme « un outil téléologique au service de la convergence des droits »⁵².

Le droit constitutionnel comparé est traditionnellement plus hermétique aux considérations utilitaristes. Il paraît davantage pertinent de l'appréhender à travers une méthode proche du courant « *Law as Culture* », si l'on considère que la Constitution, en plus d'être formellement la source de validité de l'ensemble des normes d'un ordre juridique considéré, de déterminer la production des normes générales et d'organiser la répartition des compétences entre les pouvoirs est aussi, sans qu'il n'y ait là de contradiction, l'acte fédérateur d'une communauté politique fondée sur une tradition et une culture particulières ou réalisant la synthèse de plusieurs cultures et traditions en une seule nation. En considérant la dimension culturelle et le contexte historique comme véritablement essentiels dans l'analyse d'un système constitutionnel, il devient impossible d'adopter une approche fonctionnelle du droit constitutionnel, c'est-à-dire décontextualisée, sans faire face à une aporie.

Le constitutionnaliste comparatiste est amené à renouer avec la « dimension "structurelle" »⁵³ de son objet, trop souvent occultée au profit d'un juridisme strict. Dans cette perspective, la méthode historique constitue indéniablement l'instrument privilégié du droit constitutionnel comparé, principalement pour deux raisons. Premièrement parce qu'il existe des liens méthodologiques très forts entre les approches historique et comparative, certains auteurs allant même jusqu'à les considérer comme proprement indissociables⁵⁴. Selon ce point de vue, les deux démarches renvoient simplement à deux formes complémentaires de comparaison, l'une dans le

⁵¹ Au premier rang desquels E. RABEL, K. ZWEIGERT et H. KÖTZ. Sur le recours à la méthode fonctionnelle en droit constitutionnel, v. not. : M. TUSHNET, « The Possibilities of Comparative Constitutional Law », 108 *Yale Law Journal*, 1998-1999, sp. pp. 1238-1269 ; F. BIGNAMI, « Formal versus Functional Method in Comparative Constitutional Law », 53 *Osgoode Hall Law Journal*, 2015-2016, p. 442.

⁵² M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 47.

⁵³ O. BEAUD, « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, déc. 2009.

⁵⁴ V. not. : R. SALEILLES, « Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ? », *Revue de droit parlementaire*, 1903, t. 36, p. 91, rééd. Carlos-Miguel HERRERA (dir.), Paris, Dalloz, 2012 ; « Rapport de législation comparée de 1900. Conception et objet de la science du droit comparé », *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. 4, p. 389 ; A. ESMEIN, « Le droit comparé et l'enseignement du droit », op. cit. ; B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les méthodes d'étude du droit constitutionnel comparé », *RIDC*, n° 4-1949, p. 397.

temps et l'autre dans l'espace⁵⁵. À cette filiation méthodologique entre histoire et droit comparé s'ajoute celle, ontologique, entre histoire et droit constitutionnel. Une constitution dispose en effet d'une signification temporelle fondamentale : elle est tout à la fois passé et futur, en même temps fruit d'une histoire et acte fondateur d'une communauté nationale tournée vers son avenir⁵⁶. Ce « phénomène fondamental de la *durée de la Constitution* »⁵⁷ invite la science du droit constitutionnel à « retrouver la dimension historique du droit constitutionnel » et à se « repenser sous la forme d'une histoire constitutionnelle »⁵⁸ pour satisfaire à l'exigence de construction scientifique de son objet.

Les méthodes historique et comparative, qui ont progressivement emprunté des chemins épistémologique et académique distincts au cours du XX^e siècle sont, en droit constitutionnel, « encore unies par une destinée commune »⁵⁹. Cette communauté de destin fournit au constitutionnaliste l'occasion de faire œuvre scientifique. L'analyse de divers systèmes juridiques actuels permet, par comparaison, de procéder à une création conceptuelle critique détachée des ancrages nationaux, tandis que la réintégration des institutions, des règles et des concepts dans leur historicité fournit une compréhension de leur origine, de leur évolution et des diverses significations qui leur ont été attribuées au fil des siècles. Puisant dans plusieurs pays et à plusieurs époques, l'objet du constitutionnaliste n'en sera que plus riche et plus affiné.

La prétention à la scientificité du discours constitutionnaliste par l'approche comparative présente cependant des limites, inhérentes à toute connaissance scientifique. Le constitutionnaliste ne peut faire l'économie de leur analyse, selon une logique scientifique de réflexivité.

⁵⁵ Ou, pour reprendre la formule très évocatrice de Véronique CHAMPEIL-DESPLATS : « L'histoire, c'est la comparaison dans le temps, la comparaison, c'est l'histoire dans l'espace », in *Méthodologies des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 213.

⁵⁶ Cette vision est également reprise par un courant méthodologique en droit constitutionnel comparé américain appelé « expressivisme ». V. not. : V. JACKSON, M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, New-York, Foundation Press, 2nd ed., 2006 ; V. JACKSON, « Methodological Challenges in Comparative Constitutional Law », 28 *Penn State International Law Review* (2010), vol. 3, p. 325 ; M. TUSHNET, « The Possibilities of Comparative Constitutional Law », 108 *Yale Law Journal*, 1998-1999, sp. pp. 1269-1285.

⁵⁷ O. BEAUD, « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État », *op. cit.*

⁵⁸ D. BARANGER, « Le piège du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 3, déc. 2009.

⁵⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, p. 219.

II. LA PRISE EN COMPTE DES OBSTACLES À LA SCIENTIFICITÉ DU DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ

Toute approche constructiviste de la connaissance scientifique conduit à considérer que « la marche vers l'objet n'est pas initialement objective » et à accepter de ce point de vue une « rupture entre la connaissance sensible et la connaissance scientifique »⁶⁰. La connaissance scientifique est une démarche du chercheur vers son objet, qui peut rencontrer un certain nombre d'obstacles. Le constitutionnaliste qui adopte une approche comparative ne doit pas s'illusionner en prétendant être parvenu à une objectivité et une neutralité axiologique qui n'existent pas. Il doit recenser les limites à la « pureté » de son entreprise et développer en réaction une analyse critique et réflexive de sa démarche dans une logique d'« objectivation ».

A. – *Les limites à l'établissement d'une analyse comparative « pure » en droit constitutionnel*

Comme l'affirmait Pierre Bourdieu, « la science consiste à faire ce qu'on fait en sachant et en disant que c'est tout ce qu'on peut faire, en énonçant les *limites* de la validité de ce que l'on fait »⁶¹. Les limites à la « pureté » d'une construction conceptuelle issue de la comparaison des droits ne sont en réalité que des applications spécifiques au débat qui nous intéresse de réflexions philosophiques et épistémologiques plus larges concernant l'objectivité et la neutralité dans le discours scientifique et le rapport du sujet à son objet. La prétention du droit constitutionnel à la scientificité se heurte au constat qu'« il n'existe (...) pas d'observation neutre, universelle et anhistorique. Les concepts employés ne résultent pas de la nature des choses, *i.e* de l'objet analysé, mais du sujet observateur, qui les surimpose à une masse jusque-là plus ou moins informée de perceptions de natures diverses »⁶². Les limites à l'établissement d'un discours scientifique pur en droit constitutionnel comparé sont nombreuses et ne pourront à l'évidence pas toutes être relevées. À défaut d'exhaustivité, il conviendra toutefois de présenter les principales.

Il existe tout d'abord des obstacles tenant à la maîtrise de la langue⁶³. C'est un lieu commun d'évoquer la nécessité de maîtriser la langue des pays que l'on souhaite étudier, pour une compréhension approfondie du système et

⁶⁰ G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, op. cit., p. 286.

⁶¹ P. BOURDIEU, *Questions de sociologie*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2002, p. 54.

⁶² G. TUSSEAU, « Sur le métalangage du comparatiste : de la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus*, n° 21, 2013, p. 94.

⁶³ Sur ce point, v. en particulier : C. GREWE, « Entre la tour de Babel et l'espéranto : les problèmes du (des) langage(s) du droit comparé », *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 116.

un recours systématique aux sources de première main. Il n'est pourtant pas tout à fait inutile de le rappeler, notamment dans le cadre de la prise de conscience des limites de la recherche comparative. Un chercheur français envisageant une étude comparative aura intuitivement tendance à se tourner vers les langues généralement parlées en occident, abordables et assez largement enseignées dans le secondaire puis à l'université : anglais, allemand, langues latines. D'autres langues, comme par exemple les langues sémitiques, slaves ou les langues des pays d'Extrême-Orient paraissent beaucoup plus exotiques et difficiles d'accès pour un juriste français. Elles font par ailleurs l'objet d'enseignements nettement plus marginaux dans le secondaire et à l'université. Il devient alors indispensable pour le chercheur, comme préalable à son étude comparative, d'effectuer un séjour linguistique prolongé dans le ou les pays considérés. Si cela est bien-sûr tout à fait possible dans l'absolu, il est évident que l'investissement que cela représente est généralement dissuasif et porte à étudier ce qui est plus directement familier et que l'on considère à ce titre comme plus digne d'attention. Comme l'a souligné à cet égard Otto Pfersmann, « il est toujours possible de restreindre le *corpus* à quelques langues que l'on juge particulièrement importantes, mais la qualification d'importante résulte simplement de l'ignorance de ce qui est exclu de ce *corpus* et elle ne constitue qu'une autre version de la préférence pratique mais non scientifique pour le cadre juridique national »⁶⁴.

Même dans l'hypothèse où l'on maîtrise parfaitement la langue, se pose encore le problème de la traduction. La traduction d'un énoncé juridique exige, outre une maîtrise de la langue, une connaissance approfondie du système juridique dans lequel l'énoncé est employé. La traduction doit conserver la signification que l'énoncé a dans son système. « Les questions de traduction sont donc liées aux problèmes de l'interprétation pour quelque langue naturelle que ce soit »⁶⁵. En raison de la « complexité des contextes »⁶⁶, aucune traduction juridique ne parviendra à une retranscription exacte de la signification d'origine.

Au-delà de la restriction du « *corpus* » à un cercle restreint de langues plus ou moins familières, le droit constitutionnel comparé est également limité par un phénomène plus global d'ethnocentrisme occidental. Son champ d'investigation est en effet restreint à l'étude des constitutions des démocraties libérales occidentales, fondées sur une conception philosophique et politique commune, fruit du constitutionnalisme moderne et d'une certaine conception de l'État, apparus en Europe à partir du XVI^e siècle. Le droit constitutionnel comparé est conditionné par ces valeurs philosophiques et

⁶⁴ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *op. cit.*, p. 284.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 285.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 284.

politiques qui ont engendré la modernité juridique, subtile et progressive pondération entre démocratie représentative et libéralisme politique. Le constitutionnaliste qui souhaite entamer une étude comparative le fait nécessairement à partir de cadres conceptuels, de schémas de pensées et de présupposés axiologiques déterminés par cette modernité juridique occidentale. Plus encore : le droit constitutionnel comparé trouve précisément sa raison d'être dans cette modernité juridique. Or les phénomènes d'organisation et d'encadrement du pouvoir exercé sur une communauté politique donnée ne sont nullement réductibles à la seule civilisation occidentale moderne. Un certain esprit scientifique en occident peut parfois avoir tendance à prendre ses propres limites gnoséologiques pour l'horizon indépassable de toute connaissance possible.

Ces différents phénomènes enserrent le comparatiste dans un champ d'investigation finalement assez restreint et conduisent à relativiser la prétention de l'approche comparative à fournir une connaissance scientifique du droit constitutionnel en général. Rodolfo Sacco a justement relevé sur ce point que « la comparaison suit la connaissance des modèles. On ne peut comparer que des modèles connus. Mais les sciences (sociales ou naturelles) comparatives savent – et enseignent à la science juridique qui est leur sœur – que la connaissance des modèles progresse par la comparaison »⁶⁷. Une comparaison se justifie donc nécessairement par une certaine connaissance préalable du ou des systèmes à comparer. Ce n'est qu'en connaissant ces systèmes de façon générale, et peut-être parfois intuitive, que l'on peut justifier de la pertinence d'une étude comparative. Les résultats de la comparaison viendront ensuite nourrir notre connaissance du droit en général. Le processus est donc circulaire : on ne s'intéresse qu'à ce que l'on connaît déjà, même sommairement, pour en améliorer la connaissance. Il en résulte un phénomène d'« entre-soi » occidental qui limite considérablement l'objet du droit constitutionnel comparé.

B. – *Les perspectives épistémologiques de la discipline : pragmatisme et analyse méta-doctrinale critique*

Une fois mis en lumière le caractère illusoire de l'élaboration d'un métalangage théorique parfaitement neutre par la comparaison des droits et l'absence d'objectivité et de neutralité axiologique du chercheur dans la construction de son objet, le constitutionnaliste comparatiste est invité à tirer « toutes les conséquences de l'adoption d'une forme de conventionnalisme

⁶⁷ R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, p. 9.

méthodologique »⁶⁸. Le conventionnalisme en philosophie correspond à l'opinion selon laquelle il n'y a pas d'ordre naturel des faits observés que les concepts scientifiques seraient simplement chargés de découvrir et de nommer, mais que ce sont les concepts eux-mêmes, les conventions, qui fournissent cet ordre. Le conventionnalisme s'inscrit à rebours de tout essentialisme conceptuel et « conçoit les théories scientifiques comme de simples instruments »⁶⁹, fruits des choix opérés par le chercheur qui en est à l'origine, en vue de fournir une explication pertinente des « faits expérimentaux »⁷⁰ observés.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue l'objet central de cette étude : la scientificité du discours constitutionnaliste grâce à l'approche comparative. Le postulat conventionnaliste pourrait à cet égard conduire à adopter une position résolument sceptique quant à la possibilité même d'un discours scientifique. En réalité, il s'agira ici de démontrer que le conventionnalisme est un prisme philosophique qui permet à l'inverse un renouvellement salutaire des interrogations sur les conditions de scientificité du droit constitutionnel comparé. Comme l'a démontré Guillaume Tusseau, la posture conventionnaliste aboutit à une « réorientation pragmatiste »⁷¹ qui « conduit à raisonner, selon une expression chère à Charles Sanders Peirce, en termes d'"enquête", c'est-à-dire moins en termes de conventions, c'est-à-dire de décisions conceptuelles offrant des grilles de lecture du droit positif, qu'en termes de processus d'élaboration de conventions »⁷². Une approche pragmatiste ainsi comprise doit alors être l'occasion pour le chercheur d'interroger les raisons qui l'ont poussé à retenir telle convention plutôt que telle autre, le processus cognitif à l'œuvre dans la construction de son objet, la démarche méthodologique retenue pour y parvenir, les obstacles épistémologiques qui se sont dressés devant lui, les raisons institutionnelles et sociologiques du développement de telle convention, etc. Une telle démarche autocritique, menée rigoureusement, offre incontestablement au chercheur un recul suffisant pour améliorer la scientificité de son discours et affiner les théories proposées.

Ces développements ramènent une fois encore à Gaston Bachelard qui, dans *Le nouvel esprit scientifique*, soutient que l'« on ne peut arriver à l'objectivité qu'en exposant d'une manière discursive et détaillée une

⁶⁸ G. TUSSEAU, « Sur le métalangage du comparatiste... », *op. cit.*, p. 104.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 94.

⁷⁰ Comme l'a écrit Henri POINCARÉ, l'un des pères du conventionnalisme : « Les axiomes géométriques ne sont donc ni des jugements synthétiques a priori ni des faits expérimentaux. Ce sont des *conventions* ; notre choix, parmi toutes les conventions possibles, est *guidé* par des faits expérimentaux ; mais il reste *libre* et n'est limité que par la nécessité d'éviter toute contradiction [...] En d'autres termes, les axiomes de la géométrie (...) ne sont que des définitions déguisées », in *La Science et l'hypothèse*, Paris, Flammarion, 1902, p. 66. V. également : R. CARNAP, *The Logical Syntax of Language* (1937), Chicago, Open Court Press, 2002.

⁷¹ G. TUSSEAU, « Sur le métalangage du comparatiste... », *op. cit.*, p. 104 et s.

⁷² *Ibid.*, p. 110.

méthode d'objectivation »⁷³. C'est précisément à un tel exposé de sa méthode d'objectivation que doit parvenir le droit constitutionnel comparé pour améliorer les conditions de scientificité de son discours, en gardant à l'esprit que « penser ses présupposés, être réflexif, est un moyen d'améliorer l'analyse du droit positif »⁷⁴.

Une telle dynamique de réflexivité est en réalité déjà à l'œuvre dans certains domaines du droit constitutionnel comparé. Cette démarche, qui ne consiste pas tant à contester les anciens modèles qu'à s'interroger sur leurs conditions d'émergence, les raisons de leur succès et éventuellement de leur abandon, a trouvé en France un terrain d'élection particulièrement fertile avec la question des modèles de justice constitutionnelle. L'élaboration du modèle dit « européen » ou « kelsénien » de cour constitutionnelle constitue un parfait exemple de l'apport heuristique de l'approche comparative en droit constitutionnel ainsi que du caractère conventionnel et relatif de celle-ci. Cette étude n'a ni pour prétention ni pour objet direct de retranscrire en substance les différents débats existant en France sur la question de l'appréhension de la justice constitutionnelle en modèles américain et européen⁷⁵. Il convient simplement de rappeler que de plus en plus d'auteurs en France s'accordent à considérer cette modélisation comme peu satisfaisante sur le plan scientifique. Une observation empirique conduit en effet à constater une très large variété de systèmes de contrôle de constitutionnalité sur le continent européen, variété qui semble ne plus pouvoir être appréhendée sous un modèle commun de « cour constitutionnelle ». La complexité des situations rend cependant difficile toute tentative d'élaboration de nouveaux modèles, les théories proposées en remplacement reprenant le plus souvent les critères de

⁷³ G. BACHELARD, *Nouvel esprit scientifique* (1934), *op. cit.*, p. 16.

⁷⁴ R. PONSARD, « La possibilité d'une analyse du droit (constitutionnel) scientifiquement et juridiquement critique », *Annuaire international de justice constitutionnel (AIJC)*, vol. XXXI, 2015, Dossier spécial : « De la possibilité d'un discours constitutionnel critique », études rassemblées par X. MAGNON, p. 46.

⁷⁵ Pour différentes lectures critiques des modèles de justice constitutionnelle, v. not. : L. FAVOREU, W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2016, 2^e éd., sp. pp. 1-34 ; G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bononia University Press, 2009 ; « Les causes du choix d'un modèle de contrôle de constitutionnalité. Observations critique sur un dogme explicatif de l'étude du contentieux constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 13, déc. 2014 ; O. JOUANJAN, « Sur quelques aspects d'un vaste débat : le conseil supérieur de la Constitution syldave est-il une « Cour constitutionnelle » », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006 ; « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *op. cit.* ; L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction historique », in *La notion de « justice constitutionnelle »*, C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN et P. WACHSMANN (dir.), coll. « Thèmes & Commentaires », Paris, Dalloz, 2005 ; X. MAGNON, « Retour sur quelques définitions premières en droit constitutionnel : que sont une « juridiction constitutionnelle », une « cour constitutionnelle » et une « cour suprême » ? Proposition de définitions modales et fonctionnelles », in *Long cours. Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Bon*, Dalloz, 2014, pp. 305-322.

classifications de l'ancien modèle⁷⁶. La théorie du droit a perçu cette « zone grise » conceptuelle et s'est intéressée, au-delà de la question des modèles en eux-mêmes, aux processus à l'œuvre dans la construction de ces modèles, aux soubassements idéologiques et aux logiques institutionnelles qui ont amené à retenir et à entretenir la distinction entre modèle américain et modèle européen. Il s'est donc instauré un métadiscours critique sur la construction des modèles de justice constitutionnelle qui a contribué et contribue encore à renouveler l'approche des systèmes de contrôle de constitutionnalité sous un angle davantage scientifique. L'entreprise n'est pas vaine et débouchera tôt ou tard sur une nouvelle convention en la matière, un nouveau paradigme, qui remplacera les anciens cadres et dont la pertinence scientifique devra à son tour être discutée à un niveau méta-doctrinal pour faire progresser la connaissance en droit constitutionnel.

⁷⁶ G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, op. cit., p. 71 et s.