

Guillaume Tusseau*

Sur le métalangage du comparatiste

De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste

L'une des grilles de lecture dominantes des diverses formes de contrôle de constitutionnalité qu'étudient les comparatistes repose sur l'opposition entre un modèle européen et un modèle américain de justice constitutionnelle. Intenable sur les plans théorique, empirique et politique, cette proposition doit être remplacée par un nouveau mode d'analyse. Fondé sur le conventionnalisme qui, dans la théorie générale des sciences, préside à l'élaboration des concepts scientifiques, un choix doit être opéré, qui conduise à se doter d'un métalangage comparatiste tendanciellement neutre et compréhensif. Toutefois, si elle ne précise pas sa vision de la relation entre les concepts, d'une part, et la « réalité » qu'ils sont censés appréhender, d'autre part, cette ambition se heurte à une objection gnoséologique. Par ailleurs, sauf à être précisée, la prétention à l'universalité du métalangage fait face à une objection d'ethnocentrisme. En affrontant ces deux difficultés, la démarche s'associe de manière de plus en plus nette à une perspective de type pragmatiste, insistant sur la relativité et la pertinence contextuelle des choix conceptuels opérés, dans le cadre d'une enquête continue et révisable.

Mots-clés: concepts juridiques, droit comparé (méthodologie), justice constitutionnelle, pragmatisme américain, théorie générale du droit

1 INTRODUCTION

1. Face au développement croissant du pouvoir des juges dans le cadre de l'Etat constitutionnel contemporain,¹ il n'est pas interdit de partager l'avis de Sujit Choudhry, selon lequel « la pratique du droit constitutionnel comparé a dépassé le cadre conceptuel que les acteurs et commentateurs juridiques utilisent pour lui donner sens. La nécessité d'une reconceptualisation de la discipline est pressante. »² Dans un travail précédent,³ j'ai tenté de démontrer à quel point l'outil méthodologique dominant dans la culture juridique française afin d'étudier les formes de justice constitutionnelle - l'opposition entre un « modèle européen » et un « modèle américain » de justice constitutionnelle - devait être rejeté.

* guillaume.tusseau@sciences-po.org | Professeur des Universités à l'Ecole de droit de Sciences Po, Membre junior de l'Institut universitaire de France.

1 V. p. ex. Tate & Vallinder 1995 ; Hirschl (2006 : 721-754) ; Sieder, Schjolden & Angell 2005 ; Shapiro, Stone Sweet 2002 ; Jacob, Blankenburg, Kritzer, Provine & Sanders 1996.

2 Choudhry (2006 : ix).

3 Tusseau 2009.

J'y voyais en effet trois inconvénients majeurs du point de vue de l'analyse juridique, que j'ai, dans des travaux subséquents, considérés comme autant de « sophismes ».⁴ Dans les termes employés par Jeremy Bentham, que son incessante « guerre des mots »⁵ permet de présenter comme un auteur essentiel pour l'identification et la critique des « fallacies »,

On désigne ordinairement du nom de 'sophisme' tout argument avancé ou tout sujet de discussion suggéré afin de, ou avec la probabilité de produire l'effet de tromper ou de causer quelque opinion erronée susceptible d'être admise par toute personne dont l'esprit a pu se trouver mis en présence de cet argument.⁶

Je fais en effet crédit à la doctrine juridique qui recourt à l'opposition de deux modèles de justice constitutionnelle afin d'analyser ce qui est devenu, pour le meilleur ou pour le pire, l'institution centrale du constitutionnalisme libéral-démocratique, de savoir ce qu'elle fait et de le faire volontairement, et non par incompetence ou par inadvertance. Dès lors, ce que j'ai appelé la « thèse des modèles » n'apparaît et ne se maintient ni de manière spontanée, ni de manière fortuite dans le discours juridique d'une communauté donnée.

A partir de cette définition, il est possible d'identifier trois dimensions du sophisme des modèles de justice constitutionnelle. En premier lieu, en dépit de ses prétentions scientifiques, l'opposition entre modèle européen et modèle américain ne permet pas de rendre compte de manière satisfaisante son propre objet. Elle ne donne de la justice constitutionnelle, telle quelle est pratiquée dans le droit positif de différents États, ni une présentation ni une explication convaincante, de sorte qu'elle s'avère trompeuse sur le plan empirique. En deuxième lieu, à ces difficultés s'en ajoutent d'autres, d'ordre méthodologique ou logique, qui ont trait à la manière dont est construite l'opposition entre les modèles. Il en résulte un sophisme théorique. En troisième lieu, dès lors que l'on s'interroge sur les raisons qui peuvent expliquer la persistance d'une construction doctrinale aussi décevante, il est possible d'envisager que cet état de fait tient à des considérations non pas scientifiques, mais essentiellement idéologiques. Il s'ensuit un sophisme politique, consistant pour l'essentiel à tirer diverses formes de légitimation du Conseil constitutionnel français à partir de prémisses présentées comme essentiellement théoriques et ayant une vocation universelle.

2. Une fois cette critique formulée, le comparatiste est mis en demeure de proposer une alternative méthodologique à la construction qu'il vient de critiquer, c'est-à-dire d'associer une *pars construens* à la *pars destruens* de son entreprise. C'est pourquoi, si ce n'est pas le lieu de se livrer à la refondation méthodologique d'ensemble de la discipline comparatiste, ni même de retracer l'intense débat doctrinal qui existe aujourd'hui au sujet de la méthodologie

4 Tusseau (à paraître).

5 Tusseau 2011.

6 Bentham (1996 : 183).

comparative,⁷ il reste néanmoins indispensable de clarifier quelques unes des prises de position épistémologiques qui doivent, à mon avis, guider l'analyse comparative de la justice constitutionnelle. A la suite d'autres auteurs, j'esquissai une voie consistant à associer étroitement théorie générale du droit et droit comparé. Rapidement toutefois, la manière dont je concevais alors cette entreprise en 2009 m'est apparue, de même qu'à certains des lecteurs de ce travail,⁸ insuffisante, incomplète et à plusieurs égards naïve. Je souhaiterais donc, dans le cadre de ce qui est toujours une recherche en cours, retracer et soumettre à la discussion, peut-être de manière quelque peu immodeste, le parcours personnel qui m'a mené du « point de vue de Dieu », c'est-à-dire d'une conception totalement surplombante du métalangage que le comparatiste pouvait offrir sur son objet juridique, à un point de vue qui me semble aujourd'hui plus raisonnable et plus réaliste, qui m'amène à adopter une méthodologie inspirée de celle présentée par le pragmatisme américain.⁹ Les germes d'une telle évolution étaient, à certains égards, déjà perceptibles. Celle-ci est désormais plus consciente et plus assumée d'un point de vue métaméthodologique.

Afin de s'orienter dans le foisonnement institutionnel de la justice constitutionnelle que met en évidence l'examen de différents droits positifs, il est nécessaire de se doter de concepts pertinents, i.e. d'élaborer des grilles de lecture permettant de composer, à partir d'éléments de ce désordre, des unités significatives et relativement maniables dans une entreprise comparatiste qui prétend à la scientificité. Dans cette perspective, j'entends retenir le principe d'une forme de conventionnalisme méthodologique, qui est aujourd'hui bien enraciné dans la théorie générale des sciences (2), afin d'esquisser la stratégie scientifique conduisant asymptotiquement à l'élaboration d'un métalangage comparatiste neutre et compréhensif (3). Toutefois, je ne peux ignorer, comme je le faisais auparavant, un certain nombre d'objections, qui me conduisent à une réorientation pragmatiste de la recherche (4).

2 LE CONVENTIONNALISME DANS LA THÉORIE GÉNÉRALE DES SCIENCES

3. Dans le domaine des sciences dites « dures », l'épistémologie contemporaine est dominée par une forme plus ou moins modérée de « conventionnalisme ».¹⁰ Celui-ci conteste l'idée, attribuée de manière paradigmatique à

7 V. p. ex. Legrand & Munday 2003 ; Reimann & Zimmermann 2006 ; Örüçü & Nelken 2007.

8 Bagni (2011 : 357-360) ; Pointel (2012 : 143-152).

9 Pour des présentations d'ensemble, v. Gauchotte 1992 ; Cometti 2010.

10 Sur les différents courants épistémologiques, v. Popper (1985 : 150-182) ; Popper (1998 : 295-315) ; Barberousse, Kistler & Ludwig 2000 ; Laugier & Wagner 2004a. ; Laugier & Wagner

Claude Bernard,¹¹ selon laquelle les théories scientifiques partent de Observation, identifient fidèlement et objectivement les entités et les processus qui existent réellement, présentent au terme d'un examen suffisamment approfondi la réalité en soi, en tirent des lois par induction et fournissent ainsi des indications sur la nature véritable du monde. Au contraire, le conventionnalisme conçoit les théories scientifiques comme de simples instruments. Elles résultent de décisions, visant à organiser de manière intelligible des phénomènes *a priori* dépourvus de tout ordre intrinsèque.

De ce point de vue, l'observation ne se limite pas à prendre passivement acte de l'existant. Ainsi que le note Gérard Fourez,

Il n'y a pas une *information* dans le monde que je recevrais comme telle [...]. Observer implique une certaine *organisation active de la vision*. [...] Je ne verrai les choses que dans la mesure où elles correspondent à un certain intérêt. [...] Quand j'observe quelque chose, il me faut toujours 'le' décrire. Pour cela, j'utilise une série de notions que je possédais auparavant ; celles-ci se réfèrent toujours à une représentation théorique, générale implicite. Sans ces notions qui me permettent d'organiser mon observation, je ne sais que dire. [...] Donc, pour observer, il faut ramener ce qu'on voit à des notions possédées auparavant. Une observation, c'est une interprétation : c'est intégrer une certaine vision dans la représentation théorique que l'on se fait de la réalité.¹²

La radicalisation des thèses conventionnalistes conduit à affirmer qu'il n'existe pas d'observation neutre, universelle et anhistorique. De plus, les concepts employés pour appréhender les phénomènes 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 informe de perceptions de natures diverses (olfactives, tactiles, visuelles, sonores, etc.). Marqués de ce fait d'une forte dépendance vis-à-vis d'un projet intéressé, lui-même solidaire de déterminants contextuels, ils s'insèrent inmanquablement dans une histoire, une culture, une langue, une structure économique, etc.¹³ Ainsi que le relève John Dewey, bien plus que des « données » (*data, givens*), les objets que la science tire, découpe, isole, sélectionne, abstrait, reconstruit, etc. à partir du flux matériel informe, sont des « prises » (*takens*).¹⁴

4. C'est pourquoi il existe toujours un nombre infini de théories pour rendre compte d'un nombre fini de perceptions empiriques. En fonction des concepts adoptés, des théories différentes peuvent rendre compte, de diverses manières, des mêmes données sensibles. Selon W.V.O. Quine,

2004b. Pour un exposé clair et convaincant, v. spéc. Fourez 2002. Dans le domaine juridique, v. p. ex. Villa (1994 : 281-291) ; Samuel (2004 : 35-77).

11 Bernard 1865.

12 Fourez (2002 : 32-33).

13 Fourez (2002 : spéc. 29-92, 143-149, 269-286) ; Stengers & Schlanger 1991.

14 Dewey (1929 : 170-194, spéc. 178).

si vous prenez, dans leur totalité, la portion éparpillée de l'univers spatio-temporel qui est constituée de lapins, puis celle qui est constituée de parties de lapins non détachées, puis celle qui est constituée de segments temporels de lapin, vous trouverez les trois fois la même portion éparpillée de l'univers. La seule différence réside dans la manière dont vous avez découpé en tranches cette portion de l'univers¹⁵

Il est donc possible d'appréhender d'au moins trois manières différentes ce même ensemble de phénomènes. Trois descriptions distinctes, aussi complètes et aussi vraies (ou fausses) les unes que les autres, peuvent en être données, selon que pour le découper, la science s'est dotée du concept de lapin, du concept de partie de lapin ou bien du concept de segment temporel de lapin.¹⁶

Une telle approche ne signifie pas pour autant l'acceptation d'un relativisme absolu. En effet, toutes les ontologies ne se valent pas. Le choix est notamment guidé par la recherche d'un « pouvoir explicatif réel »¹⁷ par lequel « nous réduisons la complexité du flot de nos expériences à une simplicité conceptuelle maniable ».¹⁸ Il dépend donc de son utilité en vue de la réalisation d'une certaine tâche. Pour les sciences empiriques traditionnelles, il s'agit notamment d'élaborer un découpage du monde qui autorise la prédiction des événements futurs. Ainsi, Quine va-t-il jusqu'à suggérer que les objets physiques eux-mêmes ne sont rien de plus que des intermédiaires commodes dans le cadre d'une science désireuse de prédire l'expérience future en fonction de l'expérience passée.¹⁹ Ils sont culturellement postulés, tout comme le sont par exemple les nombres irrationnels,²⁰ et tout comme pourraient l'être d'autres entités, si elles s'avéraient utiles.²¹ Dans une perspective pragmatiste, l'essentiel des opérations intellectuelles consiste ainsi à élaborer un ordre conceptuel qui, par ses découpages discrets, discipline en fonction de certains buts, un flux perceptuel continu.²²

5. Une telle conception de la science présente certains attraits pour la recherche comparatiste en droit, et notamment pour l'analyse des formes de justice constitutionnelle. Elle conduit à aborder la démarche comparatiste comme comprenant une étape de choix de conventions par lesquelles l'objet va être délimité et appréhendé. A ce titre, dans la mesure où le droit positif se présente

15 Quine (1977 : 44).

16 Quine (1993 : 60) ; Quine (1980 : 87-113) ; Duhem (1914 : p. ex. 255).

17 Quine (1964 : 10).

18 Quine (1964 : 17). V. également (1964 : 15-16) : « Comment allons-nous trancher entre des ontologies rivales ? /.../ Notre acceptation d'une ontologie est, je pense, semblable en principe à notre acceptation d'une théorie scientifique, par exemple un système de physique : nous adoptons, du moins dans la mesure où nous sommes raisonnables, le schéma conceptuel le plus simple dans lequel les fragments désordonnés de l'expérience immédiate peuvent être mis en ordre. »

19 Quine 1980.

20 Quine (1964 : 18).

21 Quine (1980 : 110).

22 James (2006 : 51-72).

essentiellement sous une forme linguistique, il s'agit de déterminer le cadre conceptuel qui régit le métalangage que le comparatiste développe à propos d'un langage-objet fait d'un flux indifférencié.

3 VERS UN MÉTALANGAGE COMPARATISTE NEUTRE ET COMPRÉHENSIF

6. De la perspective générale que je me propose d'adopter (3.1) s'ensuivent plusieurs principes méthodologiques fondamentaux (3.2).

3.1 La perspective adoptée

7. Le droit comparé se propose d'offrir une vision d'ensemble d'un phénomène, tel qu'il se présente en différents lieux. Des outils méthodologiques pertinents sont nécessaires à cette fin. Dans cette entreprise de construction, il est possible de s'inspirer d'une voie empruntée par Charles Eisenmann, qui a notamment contribué à faire connaître le système autrichien de justice constitutionnelle,²³ à propos de la décentralisation des ordres juridiques.²⁴ Selon lui,

[La théorie générale du droit] tend à embrasser du regard tous les systèmes - d'abord tous les systèmes réalisés, mais même (car elle peut dépasser l'expérience passée ou présente par l'imagination) les systèmes possibles ; mais à chacun d'eux, elle ne demande, et elle n'en retient, que des données et idées de portée générale propres à les faire comprendre tous ; sa préoccupation va seulement à leurs problèmes communs et à la constitution d'un système complet de types de règlements ou d'institutions. On pourrait dire que la 'théorie générale' s'élève au-dessus de *chaque* droit positif, non point parce qu'elle prétendrait s'élever au-dessus *du* droit positif, mais au contraire parce qu'elle vise à saisir et comprendre *tout le* droit positif, et même *tout* droit positif. Mais, une fois construites dans cet esprit et selon cette méthode 'universaliste', les théories générales prennent figure d'introductions à l'étude des droits positifs, précisément parce qu'elles présentent sur un sujet une vue d'ensemble des problèmes qui se posent à tout législateur et des solutions entre lesquelles il peut choisir, - en un mot parce qu'elles dessinent les cadres où se situe et qui serviront à analyser n'importe quel droit positif. /.../ Poser les problèmes fondamentaux relatifs à la centralisation et à la décentralisation, tels qu'ils se présentent pour un système de droit public, pour une société politique quelconques ; analyser le jeu de solutions qu'ils peuvent y recevoir et entre lesquelles les droits positifs se partageront ; exposer les résultats juridiques de leur application, tels sont les objectifs - et les seuls - vers lesquels ce travail voudrait aider à progresser.²⁵

23 Eisenmann 1928

24 Eisenmann 1948. Pour une tentative de mise en revue, v. également Tusseau (2007 : 636-642).

25 Eisenmann (1948 : 5-6).

Cette orientation méthodologique fondamentale, dont Eisenmann offre une formulation particulièrement nette en affirmant par exemple encore que « Le but théorique, scientifique, d'une étude de droit comparé doit être de permettre de classer les institutions des différents pays dans les catégories qui leur conviennent à tous »,²⁶ se retrouve chez d'autres auteurs tels que Jeremy Bentham,²⁷ Frantisek Weyr²⁸ ou Otto Pfersmann.²⁹ Elle consiste à présenter

26 Eisenmann (1962 : 875).

27 Bentham (1838-1843 : 356) : « For bestowing upon the imports respectively attached to these several mysterious parts of speech, the above-mentioned desirable properties of clearness, correctness, and completeness, the following are the logical operations which have presented themselves as requisite to be performed in relation to them:—

« 1. Denomination; *i. e.* giving to them respectively, and to each separately, or to each aggregate composed of several together, an appropriate name or denomination.

« 2. Systematization; *i. e.* placing the several denominations, when so constructed, as above, in systematic order,—*i. e.* by a division made of the respective universal trunks, being the names of the several genera generalissima, preposition, adverb, conjunction, performed, in each instance, as far as it can be pursued with advantage, in the exhaustive or bifurcate mode, whereby their several relations of agreement and disagreement to and with each other will be brought under the eye at one view.

« 3. Exemplification,—*i. e.* exhibiting a proposition or sentence of the sort of those in common use, in the texture of which several words belonging respectively to the above-mentioned genera generalissima, shall respectively be employed.

« 4. Paraphrasis,—*i. e.* for the explanation or exposition of each such proposition, or sentence exhibiting another which shall present exactly the same import, but without containing in it a word belonging to the part of speech thus undertaken to be expounded. As in every instance in the paraphrasis, or paraphrastic proposition, or sentence thus brought to view, a more or less considerable number of words will be contained, while the word thus requiring to be expounded is but one (except in a few instances in which two are so put together as to form, as it were, but one) on this consideration the paraphrasis may be termed the development. »

28 Weyr (1938 : 311-314, spéc. 312) : « la doctrine juridique [...] doit préparer un système homogène et complet de notions générales - système qui, à notre avis, est l'instrument indispensable de la connaissance systématique du contenu concret des droits. Ces notions sont 'générales' parce que, comme il a été dit, elles sont 'valables' pour toute connaissance concrète du contenu des droits. [...] C'est pour cela qu'on peut appeler ces notions, concernant la nature propre du droit, des 'notions formelles' et, dès lors distinguer entre le contenu (concret, individuel) et la forme (abstraite, générale) du droit. » ; Weyr (1938 : 313) : « [l'auteur] doit : 1° donner de ces concepts des définitions valables partout et 2° construire un système homogène des notions ainsi acquises. », p. 314 : « La méthode comparative traditionnelle ne réussit pas, et d'ailleurs ne peut pas réussir à construire un pareil système [homogène de notions valables partout]. Elle doit, dans ce domaine, céder la place à l'activité constructive de la théorie générale du droit, qui n'a de contact avec le contenu concret et les institutions-types des divers droits qu'en ce sens que les notions générales élaborées par elle n'ont d'autre fonction, ni d'autre but que de servir d'instruments de la connaissance systématique du contenu concret desdits systèmes juridiques. »

29 Pfersmann (2001 : 275-288, spéc. 285-287) : « Si l'on veut s'orienter dans l'ensemble des systèmes juridiques, il faut par conséquent des concepts suffisamment fins et suffisamment généraux en vue d'appréhender une multitude de structures possibles. Le droit comparé ne fait qu'imputer les concepts théoriques de structures possibles à des ordres juridiques actuels en ajoutant 'en droit français', 'en droit communautaire' etc. / / On pourra dès lors appeler 'droit comparé' la discipline qui permet de décrire les structures de n'importe quel système juri-

tout d'abord une grille conceptuelle abstraite et générale, couvrant de manière exhaustive toutes les possibilités théoriques susceptibles de se présenter dans le droit positif. Ce modèle d'intelligibilité du droit, construit indépendamment de tout ordre juridique positif particulier, est ainsi complet, ordonné et systématique. Il fait état des possibles théoriques parmi lesquels le droit positif opère des choix.³⁰ Ensuite, l'étude minutieuse des institutions relevant de chaque Etat conduit à la production d'une casuistique à partir des dispositifs existants, i.e. à identifier - au moyen des concepts préalablement construits -, puis à classer les multiples éléments qui sont constitutifs de l'organisation de sa justice constitutionnelle au sein des différentes classes élaborées.

8. Dans la construction de ces catégories conceptuelles, il semble recommandable de respecter les indications méthodologiques suivantes.³¹

3.2 Quatre recommandations méthodologiques fondamentales

3.2.1 Rigueur de la classification

9. En premier lieu, l'élaboration des classifications abstraites destinées à offrir une présentation systématique de l'objet étudié doit répondre à deux séries d'exigences.³² Face à un même ensemble d'objets, il est possible de bâtir une infinité de classifications. Soit l'ensemble des constitutions formelles. On peut les classer selon qu'elles comportent un nombre pair ou impair d'articles, instaurent un gouvernement républicain ou une monarchie, mettent en place un Etat fédéral ou non, etc. Ces considérations constituent le critère de la classification. Mais toutes les classifications ne se valent pas.

Sur le plan logique, tout d'abord, une bonne classification présente deux propriétés. Les catégories qu'elle construit doivent premièrement être mutuellement exclusives. Au moyen d'un critère, il doit être possible de procéder au classement de l'ensemble des objets de sorte qu'aucun élément ne rentre simultanément dans plusieurs catégories. Ainsi, se proposer de classer les constitutions formelles en opposant celles qui instaurent un Etat fédéral, d'un côté, et

dique à l'aide de concepts généraux présentant la finesse nécessaire et suffisante. Elle permet ainsi d'interpréter les énoncés de la science du droit qui n'a besoin que des concepts appropriés à *chacun* des systèmes qu'elle décrit et pour lequel elle développe l'ensemble des solutions possibles des cas qui s'y présentent. / / En tant qu'il décrit des structures juridiques à l'aide de concepts généraux, le comparatiste élimine les connotations extrajuridiques des énoncés non interprétés et il les identifie dans un espace continu de variantes. Si l'usage des noms de concepts par les doctrines juridiques nationales tend à naturaliser et à rationaliser les données des systèmes respectifs de référence, le droit comparé situe n'importe quelle donnée de n'importe quel droit positif national dans l'ensemble des structures possibles. »

30 V. en ce sens Tur (1977 : 246, 249).

31 V. également Tusseau (2006 : 31-35).

32 Tusseau (2009 : 41-42).

celles qui établissent une monarchie, de l'autre, n'est pas opératoire vis-à-vis du Canada. Cet Etat rentre aussi bien dans la première que dans la seconde catégorie. Deuxièmement, les classes élaborées doivent être conjointement exhaustives. Aucun objet à classer ne doit rester hors des catégories construites. Ainsi la classification précédente n'est-elle pas logiquement correcte à l'égard de la Constitution actuelle de la France, qui ne rentre ni dans la catégorie des constitutions fédérales, ni dans la catégorie des constitutions monarchiques.

Un critère de classification des constitutions formelles tel que le fait de comporter un nombre pair ou impair d'articles répond à ces exigences logiques : il permet de classer chacune dans une catégorie et une seule ; il permet de classer toutes les constitutions formelles. Mais il est possible de douter de l'intérêt intellectuel d'un tel critère pour les juristes. Au contraire, le fait qu'une constitution instaure un gouvernement républicain ou une monarchie, ou qu'elle mette en place un Etat fédéral ou non, semble *a priori* plus intéressant. Il s'agit du dernier type de propriété d'une bonne classification : la pertinence. Mais alors que les deux premières propriétés sont objectives, cette dernière est subjective et dépend des buts de la recherche comparative. L'élaboration d'une classification relève donc d'une démarche de type utilitariste, visant à élaborer des concepts fonctionnels en vue de la réalisation d'objectifs intellectuels.

3.2.2 Décisionnisme conceptuel

10. En deuxième lieu, ainsi que le souligne Olivier Jouanjan, « les catégories au moyen desquelles nous cherchons à cerner et produire notre image ou représentation du Conseil constitutionnel, telles celles de 'justice' ou de 'cour constitutionnelle', ne visent aucune *essence* mais doivent être construites comme des 'idéal-types' au sens de Max Weber ». ³³ Il s'agit en effet de purs instruments intellectuels, de constructions, et non d'Idées platoniciennes ou de noumènes dont le droit positif fournirait des instantiations ou des phénomènes. Postuler de telles essences, présentes dans une autre sphère de réalité, est malaisé du point de vue d'une méthodologie empiriste. La présence de ces essences est de plus indémontrable, et s'avère donc difficilement acceptable du point de vue scientifique. Il est de ce fait hors de question de considérer que tel Etat « applique » ou « adopte » tel ou tel modèle ou telle ou telle notion. Au contraire, la thèse proposée conduit plutôt à affirmer que, configuré d'une certaine manière, tel droit positif *se prête - entre autres et en fonction des objectifs du locuteur -* à une analyse formulée dans les termes de ces notions.

Le choix des éléments retenus *hic et nunc* dans la construction de ce métalangage s'avère strictement utilitariste et instrumental. Chaque système de

³³ Jouanjan (2006 : 75). V. également en ce sens Pasquino (2002 : 359-369) ; Pegoraro (2004 : 131-158).

justice constitutionnelle possédant de nombreuses propriétés, le seul moyen de caractériser celui qui existe dans un Etat donné consiste à définir *a priori* certains traits pertinents. De multiples critères peuvent être choisis, tels le nombre de lettres dont est composé le nom officiel de l'organe chargé du contentieux constitutionnel, le fait que le bâtiment dans lequel siègent les juges constitutionnels soit construit avec tel ou tel matériau, le fait de savoir si les juges fument ou non, la couleur du recueil des décisions, etc.

Ces éléments peuvent ne pas apparaître directement pertinents pour une recherche juridique. On leur préférera plus spontanément d'autres critères, tels, à titre purement illustratif et non exhaustif, le moment auquel s'exerce le contrôle (*a priori* ou *a posteriori*), le fait qu'il vise la loi en tant que telle ou bien son application à un cas concret, l'étendue de l'autorité de la décision, le caractère facultatif ou obligatoire de la saisine, la diversité des compétences du juge constitutionnel, le statut des juges constitutionnels, les types de normes contrôlées, les normes de référence, les décisions qu'il est possible de rendre, les acteurs qui peuvent solliciter le juge constitutionnel, l'existence ou non d'un délai de recours, l'existence ou non d'un délai pour statuer, etc.³⁴

Ces multiples considérations permettent d'établir des classifications à partir des exemplaires concrets de justice constitutionnelle. Un système est pleinement caractérisé au regard de ces critères lorsqu'on aura déterminé, pour chacun d'eux, s'il les satisfait ou non.

11. Selon le type de recherche conduite, l'objet précis et le propos de l'auteur, la pratique dans laquelle il se trouve engagé - par exemple analyser la célérité des dispositifs de justice constitutionnelle, évaluer leur efficacité, situer la justice constitutionnelle dans l'histoire du constitutionnalisme, comprendre la manière dont elle répond aux demandes de la société, l'appréhender comme un phénomène de pouvoir, etc. -, la prise en compte de chacune de ces considérations devra être justifiée. Dès lors, le fait de savoir si les juges fument ou non, qui pouvait *a priori* sembler farfelu, peut parfaitement s'avérer, au contraire, décisif dans l'explication, selon une perspective attitudinale,³⁵ d'une décision des juges constitutionnels relative à la constitutionnalité d'une interdiction de fumer dans les lieux publics. Il pourra également sembler nécessaire d'inclure parmi les critères pertinents des éléments tenant à l'environnement institutionnel - Etat unitaire ou composé,³⁶ Etat membre d'une organisation internationale à fort degré d'intégration ou non,³⁷ etc. -, à la configuration des forces politiques en

34 V. dans le même sens, en faveur de la multiplication et de la diversification des éléments à prendre en compte, Fernandez Rodriguez 2002 ; Nogueira Alcala (2003 : 43-66) ; Fernandez Segado (2004 : 1077-1116) ; Celotto (2004) ; Pegoraro (2004 ; 2007 : 203-206 ; 2011 : 238-287).

35 V. spéc. Segal & Spaeth 2002.

36 Sur l'importance de ces considérations, v. p. ex. Beaud (2005 : 49-72).

37 V. p. ex. sur ce thème Szymczak 2006 ; De Aranjó 2009.

présence - existence d'un parti largement majoritaire ou d'un multipartisme indépendant³⁸ - ou, plus généralement, à la culture juridique³⁹ dans laquelle le système de contrôle de constitutionnalité prend place. En la matière, l'intérêt du locuteur et son propos s'avèrent les seules considérations déterminantes.

12. Les avantages d'une telle démarche d'un point de vue scientifique tiennent notamment à ce qu'en restant ancré dans une perspective initiale théorique et analytique, elle évite de présenter comme nécessaires certaines associations conjoncturelles de caractéristiques d'un système constitutionnel. Solidaire d'un assainissement ontologique, elle permet ainsi de se garder de confusions parfois importantes entre les notions, tout en valorisant, sans la trahir ni la déformer, la variété du droit positif, et sans pour autant céder sur la volonté de mettre de l'ordre dans le foisonnement des systèmes existants. Elle souligne enfin à quel point la justice constitutionnelle résulte d'un travail contingent d'élaboration institutionnelle, et donc s'avère solidaire de décisions et donc de pouvoirs. Afin de comprendre ceux-ci elle ouvre, sans pouvoir en tant que telle se réclamer des « cultural studies », sur l'étude des cultures, environnements et mentalités qui conditionnent l'apparition et le fonctionnement de ces institutions.

Cette méthode a toutefois un coût certain, notamment vis-à-vis du choix inverse consistant à offrir des présentations monographiques successives complètes de la justice constitutionnelle telle qu'elle est organisée et fonctionne dans chaque Etat. En effet, afin d'avoir une vision d'ensemble d'un système de contrôle de constitutionnalité dans un pays donné, il est nécessaire de parcourir l'ensemble des rubriques choisies et de recomposer le visage complet du droit positif en cause. Mais telle peut sembler la seule manière de procéder à une « comparaison » proprement dite.

3.2.3 *Descriptivisme initial*

13. En troisième lieu, ces catégories doivent, à titre initial, viser une utilisation strictement descriptive et scientifique. Elles n'ont pas vocation à servir en tant que telles de prémisses à des raisonnements d'où pourraient être tirées des conséquences normatives. Les concepts élaborés par la théorie du droit visent donc uniquement à permettre une étude systématique de certains dispositifs qui existent dans divers droits positifs. Il s'agit de mettre de l'ordre dans une étude, et non d'en inférer ensuite un « modèle » de justice constitutionnelle, auquel il serait recommandable, sur un plan politique, que les exemples concrets se conforment.

³⁸ V. p. ex. Ginsburg 2003.

³⁹ V. p. ex. pour un aperçu suggestif Nelken 1997; McHugh 2002 ; Kahn 1999 ; Sarat & Simon 2003.

Il n'est toutefois pas exclu, ensuite, que ces instruments puissent être employés dans le cadre d'une technique ou au sein de discours *stricto sensu* normatifs, visant, par exemple, à proposer ou justifier une réforme du système de contrôle de constitutionnalité.⁴⁰ Ainsi que le note Rodolfo Sacco,

Comme les autres sciences, le droit comparé demeure une science tant qu'il acquiert des connaissances et indépendamment du point de savoir si les connaissances sont ou non utilisées à d'autres fins /.../. Le droit comparé est comme d'autres sciences en ce que son objectif doit être l'acquisition de connaissances. Comme les autres branches de la science juridique, il poursuit la connaissance du droit.⁴¹

3.2.4 Universalisme

14. En quatrième lieu, afin d'être largement applicables dans le temps et dans l'espace, et d'autoriser ainsi une étude qui soit susceptible de comprendre les évolutions institutionnelles et de servir une démarche comparatiste, les concepts en question devraient idéalement être construits indépendamment de toute référence au droit positif d'un Etat déterminé.

La démarche consistant à tirer des concepts généraux d'un droit particulier, comme le propose par exemple Raymond Carré de Malberg,⁴² court le risque de prendre pour l'expression de concepts théoriques ou de vérités éternelles ce qui n'est que strictement conjoncturel. Outre le platonisme qui lui est sous-jacent, l'élaboration de concepts théoriques à partir de ces données peut s'avérer dupe des idéologies dont sont *hic et nunc* porteurs les discours juridiques.⁴³ La doctrine peut ainsi être conduite à appauvrir la fonction critique de la science du droit,⁴⁴ qui consiste précisément à élucider les stratégies et les argumentations des acteurs.

En outre, cette méthode de construction des concepts théoriques s'expose à une forme d'ethnocentrisme qui rend ses outils impropres à l'étude d'autres types de régulations juridiques géographiquement, historiquement ou culturellement éloignées des énoncés dont la doctrine a tiré ses concepts. Diachroniquement, en élaborant ses concepts théoriques à partir d'un état donné d'un droit positif, la doctrine se prive de la possibilité d'effectuer un travail d'ordre historique. Rien ne garantit en effet que le concept qui a été tiré d'un état du droit donné à l'instant *t* soit pertinent dans le nouvel état du droit, à l'instant *t+1*.

40 V. en ce sens Kelsen 1928.

41 Sacco (1991b : 4).

42 V. spéc. l'énoncé intégral du titre de ses ouvrages, Carré de Malberg (1920 ; 1922 ; 1933).

43 Sur ce risque, v. p. ex. Samuel (2003 : 18-19).

44 Sur cette fonction, sans même s'associer aux *Critical Legal Studies* ni invoquer, à l'instar de certains auteurs (Fletcher 1998 : 683-700 ; Muir-Watt 2000 : 503-527), une fonction subversive du droit comparé, v. p. ex. Kelsen (1934 : 16-18, 35-38, 116-117) ; Kelsen (1962 : 141-148, 372-419, 452) ; Troper (1981 : 47).

Synchroniquement, la doctrine qui tire ses concepts d'un droit national particulier se prive corrélativement de la possibilité d'analyser tout autre droit positif. Il est donc indispensable, de ce double point de vue, de disposer de concepts plus abstraits, susceptibles d'être appliqués à des situations évolutives ou divergentes du droit positif et d'en fournir une grille de lecture unitaire.

15. Il s'agit donc de bâtir un métalangage neutre, indépendant des langages-objets analysés, et capables 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.

Ce métalangage offre la réponse à la question, classique dans la méthodologie du droit comparé, du *tertium comparationis*. La comparaison de deux objets consiste à les mettre en relation. Sur un plan intellectuel, ceci suppose la subsumption de chacun d'eux sous un modèle de référence (1) commun et (2) indépendant de l'un et de l'autre.⁴⁵ Ainsi que l'écrivait Gustav Radbruch, « en présence de plus de deux concepts, chacun se laisse rapporter à l'autre non directement, mais indirectement, lorsqu'il se voit rapporté au même concept tiers. »⁴⁶.

Dénoté « *tertium comparationis* » (« le troisième élément de la comparaison »), celui-ci désigne la propriété que les éléments comparés (*comparatum* et *comparandum*) partagent, et faute de laquelle ils ne pourraient pas être mis en rapport. Ainsi pour comparer les carottes et les pommes de terre, est-il nécessaire d'avoir à l'esprit (même si on n'en est pas conscient) un concept comme celui de « légume » ou de « comestible » ou d'« ingrédient potentiel de potage » ou d'« objet qui pousse dans le sol », etc. Si l'on prend un exemple juridique, les cours constitutionnelles italienne et autrichienne ne peuvent être comparées qu'à travers l'utilisation d'un concept unique tel que celui de « cour constitutionnelle », qui permet de les saisir ensemble. Même lorsque l'opération de comparaison aboutit au constat de divergences considérables, elle implique, par sa réalisation même, une confrontation des objets qui ne peut avoir lieu qu'à l'aide d'un *tertium comparationis*.

Pour certains auteurs, le *tertium comparationis* préexiste au travail du comparatiste et s'impose à lui. Il relève alors d'une forme de droit naturel ou d'éther conceptuel qui surplombe les objets comparés et se trouve « inscrit » en eux. Ainsi la propriété d'être des cours constitutionnelles serait-elle naturellement présente dans les juridictions italienne et autrichienne. D'autres auteurs considèrent au contraire le *tertium comparationis* comme un élément qui est choisi par l'auteur de la comparaison en fonction de ses perspectives et de ses intérêts de recherche. Diverses possibilités de *tertia comparationis* peuvent alors être en-

45 Constantinesco (1974 : 34-38, 78-79) ; Pegoraro & Rinella (2006 : 60-61).

46 Radbruch 1905. V. de même Knapp (1968 : 75-85, spéc. 75-78).

visagées afin de rapprocher des éléments de droit positif : leur fonction sociale, leur but, leur résultat pratique, etc. Il s'agit là de concepts théoriques que l'on peut dire « généraux », en ce qu'ils sont applicables à plusieurs droits positifs. Ils rentrent dans un métalangage que l'on peut bâtir afin de rassembler, manipuler, confronter, etc. les unités du langage-objet que sont les institutions positives.

16. Il me semblait initialement possible de me fonder sur cette représentation finalement très kelsénienne de la théorie générale du droit afin de poser les jalons d'une approche comparative renouvelée de la justice constitutionnelle. Selon cette vision de la discipline, la théorie générale du droit permet d'étudier tous les droits positifs possibles, en fournissant des instruments qui permettent au comparatiste de se tenir, à partir d'un posture intellectuelle stable et détachée, à équidistance des objets comparés. Toutefois, j'ai rapidement perçu un certain inconfort vis-à-vis de cette conception primitive, qui me semblait par ailleurs ne pas avoir tiré toutes les conséquences de l'adoption d'une forme de conventionnalisme méthodologique. C'est pourquoi, orientée par ces idées directrices, la démarche envisagée ne peut méconnaître la force de certaines objections.

4 UNE RÉORIENTATION PRAGMATISTE

17. Deux séries de remarques liées peuvent être formulées à ce niveau, dont chacune est liée à des débats philosophiques extrêmement complexes qu'il n'est en l'occurrence possible que d'effleurer.

4.1 Lobjection gnoséologique

18. La première a trait à la relation entre les éléments appréhendés par les concepts fournis par la théorie du droit et ces concepts eux-mêmes. Elle se rapporte en d'autres termes à la vaste question de la « primauté » entre le concept et le « réel ». L'adoption d'une conception apparentée au conventionnalisme conduit à se rapprocher de l'attitude d'auteurs tels que Hilary Putnam.

Selon sa philosophie « internaliste » ou « réaliste pragmatiste », il est radicalement impossible d'avoir un quelconque accès à la réalité brute dans toute sa pureté. Les « faits » ne sont jamais saisis qu'à travers un cadre conceptuel, et il est impossible à l'homme de sortir de lui-même pour adopter sur eux le point de vue, totalement extérieur et totalement surplombant, de Dieu.⁴⁷ Selon Putnam, « la question *'De quels objets le monde est-il fait'* n'a de sens que dans une théorie ou une description ».⁴⁸ C'est pourquoi

⁴⁷ Putnam (1994 : 61-87).

⁴⁸ Putnam (1994 : 61).

L'internalisme ne nie pas que le savoir reçoit des *inputs* de l'expérience /.../. Mais l'internalisme nie qu'il y ait des *inputs* qui ne soient pas dans une certaine mesure influencés par nos concepts, par le vocabulaire que nous utilisons pour les rapporter et les décrire, ou qu'il y ait des *inputs* qui admettent une description unique, indépendante de tout choix conceptuel.⁴⁹

Déjà, les auteurs fondateurs du pragmatisme américain avaient établi, à l'instar de William James, que « Ce que nous disons de la réalité dépend ainsi de l'angle sous lequel nous la regardons. *Qu'elle soit* ne dépend que d'elle, mais *ce qu'elle est* dépend de l'angle choisi et ce choix dépend de nous ».⁵⁰

Il en résulte que les éléments de droit positif appréhendés lors d'une comparaison au moyen des concepts généraux construits par la théorie du droit ne sauraient être purs. Ils ne peuvent qu'être, d'ores et déjà, médiatisés par des concepts préalables.⁵¹ Aussi les concepts théoriques se limitent-ils, d'un point de vue scientifique, à réordonner ou redécouper des découpages conceptuels préexistants. De ce point de vue, l'idée d'une « expérience pure » ou de « existences brutes »⁵² ne paraissent pouvoir être comprises que de manière asymptotique. Selon William James,

L'« expérience pure » est le nom que j'ai donné au flux immédiat de la vie, lequel fournit la matière première de notre réflexion ultérieure, avec ses catégories conceptuelles. Il n'y a que les nouveaux-nés, ou les hommes plongés dans un demi-coma dû au sommeil, à des drogues, à des maladies ou à des coups, dont on peut supposer qu'ils ont une expérience pure au sens littéral d'un *cela* qui n'est encore aucun *quoi* défini, bien qu'il s'apprête à être toutes sortes de *quoi* /.../. L'expérience pure, dans cet état, n'est qu'un autre nom pour désigner le sentiment ou la sensation. Mais son flux tend à se remplir de points d'inflexion aussitôt qu'il se produit, et ces parties saillantes se trouvent alors identifiées, fixées et abstraites, si bien que l'expérience s'écoule maintenant comme si elle était criblée d'adjectifs, de noms, de prépositions et de conjonctions. Sa pureté n'est qu'un terme relatif, désignant la proportion de sensation non encore verbalisée quelle renferme encore.⁵³

49 Putnam (1994 : 66).

50 James (2007 : 261).

51 Putnam (1994 : 61-62, 66-68). V. également Putnam (1990 : 179-190) ; V. dans le même sens Davidson (1974 : 5-20).

52 Dewey (1916 : p. ex. 35) : « The position taken in the essays is frankly realistic in acknowledging that certain brute existences, detected or laid bare by thinking but in no way constituted out of thought or any mental process, set every problem for reflection and hence serve to test its otherwise merely speculative results. It is simply insisted that as a matter of fact these brute existences are equivalent neither to the objective content of the situations, technological or artistic or social, in which thinking originates, nor to the things to be known of the objects of knowledge. Let us take the sequence of mineral rock in place, pig iron and the manufactured article, comparing the raw material in its undisturbed place in nature to the original residue of experience, compare the manufactured article to the objective and object of knowledge, and the brute datum to the metal undergoing extraction from raw ore for the sake of being wrought into a useful thing. »

53 James (2005 : 90). Pour une discussion, v. p. ex. Lapoujade (2007 : spéc. 25-58).

19. La possibilité même de déterminer une priorité gnoséologique entre concepts et empirie peut être considérée comme douteuse, puisque les concepts apparaissent façonnés afin d'appréhender des phénomènes qui eux-mêmes ne sont accessibles qu'à travers des concepts préalables, dont la construction résulte nécessairement d'une confrontation avec les phénomènes, etc. Dans les termes de James, « Dans le monde où nous vivons, il est impossible, sauf par une rétrospection théorique, de débrouiller l'écheveau des contributions respectives de l'intellect et des sens. »⁵⁴

Une vision cohérentiste de la connaissance conduit à renoncer à la représentation de notre connaissance comme une pyramide de justifications au sommet de laquelle se trouverait un ensemble de fondements (croyances indémontrées, évidences, données empiriques, etc.) insusceptibles d'être questionnés, au profit d'une vision selon laquelle les différentes croyances ou thèses trouvent leur justification dans leur appartenance à un ensemble cohérent, mais parfaitement faillible, contestable, ajustable et révisable, d'éléments, qu'elles contribuent soutenir tout en étant justifiées par ses autres éléments.⁵⁵ Elle invite, ainsi que l'affirme Enrico di Robilant, à considérer que

L'appréciation de la compréhension de la réalité ne porte pas en conséquence sur une correspondance entre les affirmations et la réalité, mais bien davantage sur la relation entre la qualification dans laquelle est exprimée la compréhension et les qualifications dont est constitué le cadre de la réalité.⁵⁶

Aussi sont-ce essentiellement des versions différentes de ce qui est décrit qui sont confrontées les unes aux autres.⁵⁷

In fine, en radicalisant cette conception et en lui offrant une formulation très générale, il semble possible d'affirmer que la valeur de la construction proposée se mesure au caractère « satisfaisant », c'est-à-dire intellectuellement ou pratiquement « payant », - chacun étant juge de ce qui lui agrée - du monde quelle permet de construire et de l'histoire qu'elle permet corrélativement de raconter. Aussi l'enquête scientifique, faite de paris conceptuels successifs qui sont tour à tour testés du point de vue de leurs conséquences pratiques pour celui qui les emploie, a-t-elle partie liée avec les *intérêts locaux* de celui qui la mène. Ainsi que le note par exemple William James,

Nous disons que telle théorie résout ce problème de façon globalement plus satisfaisante que telle autre, mais cela veut dire plus satisfaisante pour nous, et les critères de satisfaction varient selon chaque personne.⁵⁸

54 James (2006 : 100).

55 Pour une présentation, v. Dutant & Engel 2005.

56 Di Robilant (1968 : p. ex. 201).

57 Goodman (2006 : p. ex. 19, 22, 131-152).

58 James (2007 : 125).

De ce point de vue, c'est donc vers une forme de pragmatisme que s'oriente la méthode proposée.⁵⁹ Si métalangage comparatiste il y a, celui-ci ne peut définitivement pas être neutre, mais nécessairement impliqué et solidaire d'une perspective déterminée. En insistant sur le fait qu'

il n'existe pas de point de vue absolument public et universel. Des perceptions privées et incommunicables demeurent toujours, et le pire est que ceux qui les cherchent depuis l'extérieur ne savent jamais où,⁶⁰

cette sensibilité conduit à faire fasce de manière d'autant plus pressante à une seconde objection, tout en permettant de l'affronter de manière plus sereine.

4.2 L'objection d'ethnocentrisme

20. La seconde objection consiste à affirmer qu'outre sa naïveté en son principe même, l'idée d'un métalangage neutre et compréhensif dissimule mal, précisément sous couvert d'y échapper, une forme d'ethnocentrisme. Cette difficulté n'est autre qu'une version de problèmes herméneutiques très généraux, mis en évidence notamment par Hans-Georg Gadamer.⁶¹ Il est impossible de comprendre un objet culturel dans ses propres termes, c'est-à-dire en se libérant de nos habitudes, croyances, préjugés, attentes, interprétations, formes de vie, etc. Tout observateur est toujours placé dans une certaine disposition intellectuelle ou situé dans des modèles et des préconceptions dans lesquelles, inévitablement, il organise ses perceptions et ses pensées, et qui les conditionnent nécessairement.⁶² De façon très significative, Louis Assier-Andrieu rapporte la manière dont, chacun ramenant l'inconnu au connu lors de leur premier contact, les Aztèques ont assimilé les cavaliers d'Hernan Cortès à des centaures mythologiques, tandis que les conquistadors considéraient les premiers comme des bêtes.⁶³

21. Parmi les comparatistes, Pierre Legrand est l'auteur qui défend avec le plus de vigueur la thèse selon laquelle les droits qui sont l'objet de la comparaison sont solidaires d'environnements culturels, intellectuels, linguistiques, historiques, sociaux, psychologiques, etc., qu'ils incorporent au point d'être difficilement commensurables les uns aux autres.⁶⁴ Il en résulte notamment que le transfert d'une règle juridique d'un système à un autre est radicalement impossible.

Un élément crucial de la qualité de règle de la règle - sa signification - ne survit pas au voyage d'un système juridique à un autre. /.../ A mesure que les mots traversent

59 V. spéc. James (2007 : 255-279).

60 James (1899 : v).

61 Gadamer (1996 : spéc. 286-292, 312-321).

62 V. également Skinner (1969 : 3-53, spéc. 6) ; Dunn (1968 : 85-104).

63 Assier-Andrieu (2011 : 127).

64 V. p. ex. Legrand 2011; Legrand (2009 : 209-244).

les frontières, une rationalité et une moralité différentes interviennent pour souscrire et réaliser les mots empruntés : la culture hôte continue d'articuler ses recherches morales selon des standards de justification traditionnels. Ainsi, la forme verbale importée se voit nécessairement attribuer une signification différente, locale, qui en fait *ipso facto* une règle différente.⁶⁵

Sur le plan méthodologique, le passage d'une culture à l'autre qu'implique toute comparaison satisfaisante ne peut jamais être opéré qu'à partir d'un point de vue déterminé, de sorte que toute prétention à concevoir une langue et une grille conceptuelle capable de surplomber plusieurs droits est illusoire. Le biais induit par la culture originelle de l'auteur, et notamment la première culture juridique dans laquelle il a été formé, paraît inévitable.⁶⁶ Ainsi que le souligne Legrand,

Toute altérité est recueillie par un horizon de compréhension propre au soi - une pré-compréhension - qui s'inscrit dans une tradition, donc qui renvoie à une prétention de vérité émanant d'un contexte vivant de convictions, d'habitudes et de jugements de valeur communs. C'est dire que ce qui est, pour le comparatiste, n'existe qu'à la mesure de la signification, en fait culturellement déterminée, que cela prend pour lui.⁶⁷

Telle est également la conclusion, invitant à la prudence, que suggèrent les socioépistémologues. Les constructions conceptuelles demeurent marquées par les contextes qui président à leur élaboration. Malgré sa critique de la méthode d'élaboration des concepts théoriques à partir d'un droit positif donné, qui conduit à couler la lecture des institutions étrangères dans le moule des institutions nationales, la prétention à bâtir un métalangage théorique neutre n'échapperait pas, bien que située à un niveau de langage supérieur, à son inscription dans un contexte déterminé, qui conduit à ce que

le chercheur est toujours, d'une manière ou d'une autre, partie prenante du champ d'observation ; il a investi son objet ne serait-ce que par sa langue, par les catégories et les concepts qu'il utilise, par son expérience historique, par les savoirs préalables auxquels il se réfère, etc. Sa position est donc décentrée.⁶⁸

Ainsi, les catégories proposées à titre de grille de lecture n'ont aucune validité éternelle ni universelle. Surtout, elles ne peuvent être élaborées que dans une langue,⁶⁹ et à partir de questionnements qui, nécessairement, présentent, au moins à titre initial, un caractère local et situé. Toute grille de lecture théorique s'avère ainsi marquée par les « cryptotypes »⁷⁰ de son auteur.

65 Legrand (1997 : 117).

66 Legrand (2011 : p. ex. 5-6, 11, 13-14, 46, 58-59, 83). V. p. ex. dans le même sens Izorche (2001 : 289-325) ; Izorche (2009 : 140-141).

67 Legrand (1999 : 1058).

68 Werner & Zimmermann (2003 : 11).

69 Sur cet aspect, v. spéc. Großfeld (2003 : 154-194).

70 V. sur cette notion Sacco (1991a : spéc. 105-108).

22. Aussi, tout en se gardant de de toute forme de réification supraindividuelle des cultures qui méconnaîtrait la possibilité d'interactions, d'échanges, de contacts, d'hybridations, etc.,⁷¹ doit-on se résoudre à admettre consciemment, dans le domaine du droit comparé, le propos qu'Anatole France formulait au sujet de la critique littéraire :

il n'y a pas plus de critique objective qu'il n'y a d'art objectif, et tous ceux qui se flattent de mettre autre chose qu'eux-mêmes dans leur œuvre sont dupes de la plus fallacieuse philosophie. La vérité est qu'on ne sort jamais de soi-même. C'est une de nos plus grandes misères. /.../ Nous sommes enfermés dans notre personne comme dans une prison perpétuelle. Ce que nous avons de mieux à faire, ce me semble, c'est de reconnaître de bonne grâce cette affreuse condition et d'avouer que nous parlons de nous-mêmes, chaque fois que nous n'avons pas la force de nous taire.⁷²

C'est pourquoi la réflexion épistémologique envisagée ne peut prétendre, en l'état, échapper à ces difficultés ni envisager de parvenir miraculeusement à une situation de transcendance archimédienne vis-à-vis des attaches culturelles, sociales, linguistiques, etc. qui sont celles de l'auteur. A tout le moins un effort délibéré doit-il être réalisé afin de porter méthodiquement à la conscience ces présupposés et d'en maîtriser, autant que possible, l'impact sur le choix du sujet de recherche, l'orientation de l'étude, la construction des démonstrations, etc. Tel est précisément l'enjeu du recours à la théorie du droit. Il s'agit également, dans une perspective scientifique, de rendre aussi explicites que possibles et accessibles sur le plan intersubjectif ces présupposés et les choix qu'ils conduisent à opérer. A proprement parler inévitables, leur claire exposition doit faciliter une discussion ouverte et sans quiproquos,⁷³ et permettre à chacun d'assumer la responsabilité de ses thèses.⁷⁴

23. Il ne me semble donc plus tenable ni opportun de soutenir que la théorie générale du droit est en mesure de permettre au comparatiste de se doter d'un métalangage totalement neutre. Ainsi que le note Günther Frankenberg, « la neutralité fictive stabilise l'influence et l'autorité de la perspective propre du comparatiste, et entretient la bonne conscience avec laquelle les comparatistes déploient les dichotomies, distinctions et systématisations qu'ils s'imposent à eux-mêmes. »⁷⁵ De ce point de vue, je ne pense pas qu'il y ait une réelle perte à

71 Nuan^{ant} les thèses de Pierre Legrand, v. p. ex. Nelken (2003 : 437-466).

72 France (1892 : 176-177).

73 En ce sens, v. spéc. Fourez (2002 : 236), invoquant « une éthique de chercheurs qui essaient de mettre en évidence les diverses possibilités et bifurcations éventuelles des développements technologiques. Leur objectif est de donner aux divers groupes intéressés suffisamment d'éléments pour que le débat, finalement politique / ./ puisse se faire dans une certaine rationalité partagée et selon les principes de la démocratie. On peut considérer le T. A. [Technology Assessment] comme une sorte de processus de critique idéologique. » V. également Fourez (2002 : 327). Du point de vue des comparatistes, v. spéc. Legrand (2011 : 73-125).

74 V. en ce sens Carrette (2009 : 513).

75 Frankenberg (1985 : 425).

renoncer à cette dimension illuministe du kelsénisme au profit d'une approche teintée, à nouveau, de pragmatisme.

La pratique du droit comparé offre précisément, outre un champ d'application pour cette vision renouvelée, ouvertement instrumentale et relativiste de la théorie du droit, une manière de stimuler sa créativité, en développant son caractère auto-critique et réflexif. En retenant que chaque discours est dépendant de la « perspective » du locuteur, que celui-ci choisit tout autant qu'il se trouve constitué par elle, le pragmatisme fonde un pluralisme méthodologique. Il refuse tout essentialisme des catégories, et conduit à raisonner, selon une expression chère à Charles Sanders Pierce, en termes d'« enquête »⁷⁶, 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. De ce point de vue,

Le pragmatisme est une méthode d'évaluation pratique des conventions. La question propre à la méthode pragmatique peut désormais se formuler ainsi : avec quelles idées doit-on passer des conventions pour augmenter, consolider son sentiment de confiance, pour élargir son champ d'action ou son champ de pensée ?⁷⁷

Une telle perspective conduit de la sorte à révéler et problématiser le contexte qui structure les objets autant que la démarche qui se rapporte à eux.

S'il paraît impossible de s'évader de soi, l'étude comparative offre précisément un moyen précieux pour opérer un décentrement vis-à-vis de nos propres conditionnements et faire l'expérience de ceux-ci. Elle permet, ainsi que le relève à propos de difficultés comparables les spécialistes de l'« histoire croisée »,

d'en contrôler les incidences à partir d'un travail d'objectivation des rapports multiformes à l'objet - tout en sachant que cette objectivation restera toujours partielle -, afin de mieux maîtriser les biais qu'ils sont susceptible d'introduire dans les résultats de l'enquête.⁷⁸

Les ajustements successifs que le processus comparatiste implique au sein de la grille d'analyse même qui est appliquée à l'objet d'étude permettent, sinon de gagner en détachement, à tout le moins de progresser dans la conscience des attachements. Selon Frankenberg,

nous pouvons transcender la perspective, nous apprenons, comprenons et éprouvons de l'empathie vis-à-vis de ce que nous trouvons 'étrange', 'étranger' ou exotique, à la condition de toujours reconnaître que nous sommes les participants d'une culture et les observateurs de toutes les autres. Transcender la perspective signifie réaliser que nous utilisons notre langage, qui est lié à notre culture, pour appréhender ce qui est nouveau et apparemment différent de nous. Alors que nous ne pouvons nous débarrasser à volonté de nous-mêmes, de notre histoire cognitive et de son bagage de présupposi-

76 Pierce (1877 : 1-15).

77 Lapoujade (2007 : 122).

78 Werner & Zimmermann (2003 : 20-21).

tions et de perspective, nous pouvons néanmoins essayer d'en rendre compte honnêtement et consciemment, en les soumettant à un réexamen auto-critique.⁷⁹

Ainsi semble-t-il possible dans une mesure nécessairement limitée, de prendre ses distances vis-à-vis de soi, de s'observer et de se comprendre, de suspendre sa participation et son engagement dans une pratique en développant des métapratiques tendanciellement critiques.⁸⁰

5 CONCLUSION

24. Me semblent ainsi jetés, plus précisément que je ne l'avais fait auparavant, les fondements méthodologiques de la recherche et les précautions dont elle devra s'entourer, afin d'éviter deux écueils identifiés par Mark van Hoecke. Selon lui,

la plupart des recherches comparatives ont fait preuve d'un remarquable *optimisme épistémologique naïf*, procédant à des comparaisons comme si comparer des systèmes juridiques n'impliquait aucun problème épistémologique spécifique, ou comme si la réalisation de ces études pouvait être isolée de ces problèmes plus théoriques qui pouvaient être laissés aux théoriciens du droit. /.../ D'un autre côté, en réaction à ces problèmes, un *pessimisme épistémologique fort* a conduit à la pure et simple négation de toute possibilité de comparer les systèmes juridiques, et à plus forte raison de les harmoniser.⁸¹

L'un des avantages notables d'une approche ouvertement pragmatiste me semble notamment tenir dans la conscience quelle impose du caractère finalisé, et de ce fait impliqué et relatif de nos entreprises, qui ne sont rien d'autres que des pratiques sociales, à la fois conditionnées et finalisées. Elle leur confère ainsi le caractère de tentatives pour, modestement, dire des choses intéressantes aux autres, ou plus exactement les leur soumettre afin qu'ils les discutent, dans le cadre d'une entreprise intellectuelle intrinsèquement collective autant qu'individuelle.⁸²

79 Frankenberg (1985 : 442-443).

80 V., quoique de manière moins nuancée, Kahn (1999 : 31-40).

81 Van Hoecke (2004 : 172-173).

82 Sur l'importance de la communauté dans la pensée pragmatiste, v. p. ex. Lapoujade (2007 : 130-145).

Bibliographie

- Louis ASSIER-ANDRIEU, 2011 : *l'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*. Paris : Dalloz (Les sens du droit ; 127).
- Silvia BAGNI, 2011: Recensione. *Rivista di Diritto costituzionale* 2009. 557-560.
- Anouk BARBEROUSSE, Max KISTLER & Pascal LUDWIG, 2000: *La philosophie des sciences au XX^e siècle*. Paris: Flammarion (Champs Université).
- Olivier BEAUD, 2005 : De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un système fédéral. *La notion de « justice constitutionnelle »*. Eds. Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Eric Maulin & Patrick Wachsmann. Paris : Dalloz (Thèmes et commentaires).
- Jeremy BENTHAM, 1838-1843 : *Fragments on Universal Grammar. The Works of Jeremy Bentham (11 Vols.)*. Ed. John Bowring. Edinburgh : W. Tait.
- , 1996 : *Fragment sur le gouvernement et Manuel de sophismes politiques*. Trad. by Jean-Pierre Cléro. Paris, Bruxelles : LGDJ, Bruylant (La pensée juridique moderne ; 183).
- Claude BERNARD, 1865 : *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*. Paris/London/Madrid/ New York : J.-B. Baillière.
- Raymond CARRE DE MALBERG, 1920-1922 : *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*. 2 tomes. Paris : Sirey.
- , 1933 : *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*. Paris : Sirey.
- Jeremy CARRETTE, 2009 : *Etudes religieuses comparatives et éthique de la connaissance : de la moralité des catégories. Comparer les droits, résolument*. Ed. Pierre Legend. Paris : Presses Universitaires de France.
- Alfonso CELOTTO, 2004 : *La justicia constitucional en el mundo: formas y modelos*. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso & Constitución* (2004) 1. URL = <http://www.iidpc.org/pdf/doctrinar1Celotto.pdf>.
- Sujit CHOUDHRY (Ed.), 2007 : *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge : Cambridge UP.
- Jean-Pierre COMETTI, 2010: *Qu'est-ce que le pragmatisme ?* Paris : Gallimard (Folio Essais ; 535).
- Léontin-Jean CONSTANTINESCO, 1974 : *Traité de droit comparé, t. 2 La méthode comparative*. Paris : LGDJ.
- Christophe DE ARANJO, 2009 : *Justice constitutionnelle et justices européennes des droits de l'homme. Etude comparée : France-Allemagne*. Bruxelles: Bruylant (Droit public comparé et européen ; 3).
- Donald DAVIDSON, 1974 : *On the Very Idea of a Conceptual Scheme. Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* 47 (1973-1974).
- John DEWEY, 1916 : *Essays in Experimental Logic*. Chicago : The University of Chicago Press.
- , 1929 : *The Quest for Certainty: A Study of the Relation of Knowledge and Action. Gifford Lectures 1929*. New York : Minton, Balch & Company.
- Enrico DI ROBILANT, 1968 : *Modelli nella filosofia del diritto*. Bologna : Il Mulino (Saggi).
- Pierre DUHEM, 1914 : *La théorie physique, son objet, sa structure*. 2e éd. Paris : Marcel Rivière & Cie, Éditeurs (Bibliothèque de philosophie expérimentale ; 255).
- John DUNN, 1968 : *The Identity of the History of Ideas. Philosophy* 43 (1968).
- Julien DUTANT & Pascal ENGEL, 2005 : *Philosophie de la connaissance. Croyance, connaissance, justification*. Paris : J. Vrin (Textes clés de philosophie de la connaissance).
- Charles EISENMANN, 1928 : *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*. Preface par Hans Kelsen. Paris : LGDJ.
- , 1948 : *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*. Paris : LGDJ.
- , 1962 : *Intervention au colloque. Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung. Internationales Kolloquium veranstaltet vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg 1961*. Ed. Hermann Mosler. Köln/Berlin : Carl Heymanns Verlag KG (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht ; Bd. 36).
- Jose Julio FERNANDEZ RODRIGUEZ, 2002 : *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Madrid : Tecnos.
- Francisco FERNANDEZ SEGADO, 2004 : *La faillite de la bipolarité 'modèle américain-modèle européen' en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative. Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*. Paris : Dalloz.
- George P. FLETCHER, 1998 : *Comparative Law as a Subversive Discipline. American Journal of Comparative Law* 46 (1998).
- Gérard FOUREZ, 2002 : *La construction des sciences*.

- Les logiques des inventions scientifiques*. 4. éd. Bruxelles : De Boeck Université (Sciences, éthiques, sociétés).
- Anatole FRANCE, 1892 : *La vie littéraire*. 2^e série. Lecène, édit., in-18. 1888-1892.
- Gunter FRANKENBERG, 1985 : Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law. *Harvard International Law Journal* 26 (1985) 2.
- Hans-Georg GADAMER, 1996 : *Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*. Trad. Pierre Fruchon, Jean Grondin & Gilbert Merlio. Paris : Le Seuil (L'ordre philosophique).
- Pierre GAUCHOTTE, 1992 : *Lepragmatisme*. Paris : PUF (Que sais-je ? ; 2688).
- Tom GINSBURG, 2003 : *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge : Cambridge UP.
- Nelson GOODMAN, 2006 : *Manières de faire des mondes*. Trad. Marie-Dominique Popelard. Paris : Gallimard, (Folio).
- Bernhard GROßFELD, 2003 : Comparatists and Language. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Eds. Pierre Legrand & Roderick Munday. Cambridge : Cambridge UP.
- Ran HIRSCHL, 2006 : The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review* 75 (2006) 2.
- Marie-Laure IZORCHE, 2001 : Propositions méthodologiques pour la comparaison. *Revue internationale de droit comparé* 53 (2001) 2.
 , 2009 : Approches épistémologiques de la comparaison des droits. *Comparer les droits, résolution*. Ed. Pierre Legrand. Paris : PUF.
- William JAMES, 1899 : *Talks to Teachers on Psychology: and to Students on Some of Life's Ideals*. New York : Henry Holt and Company.
 , 2005 : *La chose et ses relations* (1912). William JAMES, *Essais d'empirisme radical*. Trad. Guillaume Garreta, Mathias Girel. Marseille : Agone (Banc d'essais ; 90).
 , 2006 : *Introduction à la philosophie* (1911). Trad. Stéphan Galetic. Paris : Le Seuil (coll. Les empêcheurs de penser en rond).
 , 2007 : *Le pragmatisme*. Trad. Nathalie Ferron. Ed. Stéphane Madelrieux. Paris : Flammarion (Champs).
- Olivier JOUANJAN, 2006 : Le Conseil constitutionnel est-il une institution libérale ? *Droits* (2006) 43.
- Herbert JACOB, Erhard BLANKENBURG, Herbert M. KRITZER, Doris Marie PROVINE & Joseph SANDERS, 1996 : *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*. New Haven/London : Yale UP.
- Paul W. KAHN, 1999 : *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*. Chicago/London : The University of Chicago Press.
- Hans Kelsen, 1928 : *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (1928). Preface by Charles Eisenmann.
 , 1934 : *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig/Wien : Franz Deuticke.
 , 1962 : *Théorie pure du droit*. 2e éd. Trad. Charles Eisenmann. Paris : Dalloz (Philosophie du droit).
- Victor KNAPP, 1968 : Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé. *Revue roumaine des sciences sociales (Série de sciences juridiques)* 12 (1968) 1.
- David LAPOUJADE, 2007 : *William James. Empirisme et pragmatisme*. Paris: Les empêcheurs de penser en rond/Le Seuil.
- Sandra LAUGIER & Pierre WAGNER (Eds.), 2004a : *Philosophie des sciences I. Théories, expériences et méthodes*. Paris : Vrin (Textes clés de philosophie des sciences).
 , 2004b : *Philosophie des sciences II. Naturalismes et réalismes*. Paris : Vrin (Textes clés de philosophie des sciences).
- Pierre LEGRAND, 1997 : The Impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4 (1997).
 , 1999 : Sur l'analyse différentielle des jurisprudences. *Revue internationale de droit comparé* 51 (1999) 4.
 , 2009 : *Comparer les droits, résolution*. Paris : PUF (Les voies du droit).
 , 2011 : *Le droit comparé*. 4. éd. Paris : PUF (Que sais-je ?).
- Pierre LEGRAND & Roderick MUNDAY (Eds.), 2003 : *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge : Cambridge UP.
- James T. MCHUGH, 2002 : *Comparative Constitutional Traditions*. New York/Vienna : Peter Lang (Teaching Texts in Law and Politics ; 27).
- Horatia MUIR-WATT, 2000 : La fonction subversive du droit comparé. *Revue internationale de droit comparé* 52 (2000) 3.
- David NELKEN (Ed.), 1997 : *Comparing Legal Cultures*. Hants : Dartmouth Publishers.
 , 2003 : Comparatists and Transferability. *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*. Eds. Pierre Legrand & Roderick Munday. Cambridge : Cambridge UP.
- David NELKEN & Esin ÖRÜCÜ (Eds.), 2007 : *Comparative Law. A Handbook*. Oxford,

- Portland (Oregon) : Hart Publishing.
- Humberto NOGUEIRA ALCALA, 2003 : Tópicos sobre jurisdicción constitucional y tribunales constitucionales. *Revista de derecho (Valdivia)* 14 (2003).
- Pasquale PASQUINO, 2002 : Tipologia della giustizia costituzionale in Europa. *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 52 (2002) 2.
- Lucio PEGORARO, 2004 : Clasificaciones y modelos de justicia constitucional en la dinámica de los ordenamientos. *Revista iberoamericana de Derecho procesal constitucional. Proceso y Constitución* (2004) 2.
- , 2007 : *Giustizia costituzionale comparata*. 2e éd. Torino : G. Giappichelli (Le frontiere del diritto).
- , 2011 : *Derecho constitucional comparado. Itinerarios de investigación*. Santiago de Querétaro: Fundación universitaria de derecho, administración y política.
- Lucio PEGORARO & Angelo RINELLA, 2006 : *Introducción al derecho público comparado*. Trad. Cesar Astudillo. Lima : Palestra.
- Charles S. PIERCE, 1877 : The Fixation of Belief. *Popular Science Monthly* 12 (1877).
- Otto PFERSMANN, 2001 : Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit. *Revue internationale de droit comparé* 53 (2001) 2.
- Jean-Baptiste POINTEL, 2012 : Apologie pour les faiseurs de modèles. *International Journal for the Semiotics of Law* 25 (2012) 1.
- Karl POPPER, 1985 : *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*. Trad. Michel de Launay et Marc B. de Launay. Paris : Payot (Bibliothèque scientifique).
- , 1998 : Le but de la science. *La connaissance objective. Une approche évolutionniste*. French transl. and Preface by Jean-Jacques Rosat. Paris : Flammarion (Champs). 295-315.
- Hilary W. PUTNAM, 1990 : *Représentation et réalité*. Trad. Claudine Engel-Tiercelin. Paris: Gallimard (Nrf essais).
- , 1994 : *Raison, vérité et histoire*. Trad. Abel Gerschenfeld. Paris : Les éditions de Minuit (Propositions).
- William V. O. QUINE, 1964 : *From a Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*. 2e éd. Cambridge, Massachusetts : Harvard University Press.
- , 1977 : *Relativité de l'ontologie et quelques autres essais*. Trad. Jean Largeault. Paris : Aubier (Analyse et raisons ; 44).
- , 1980 : Les deux dogmes de l'empirisme. *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique de 1950 à nos jours*. Ed. Pierre Jacob. Paris: Gallimard (Nrf - Bibliothèque des Sciences humaines).
- , 1993 : *La poursuite de la vérité*. 2e éd. Trad. Maurice Clavelin. Paris : Le Seuil (Lordre philosophique ; 60).
- Gustav RADBRUCH, 1905 : Über die Methode der Rechtsvergleichung. *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, Bd. 2, 1905.
- Mathias REIMANN & Reinhard ZIMMERMANN (Eds.), 2006 : *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford : Oxford UP.
- Rodolfo SACCO, 1991a : *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Paris: Economica, (Etudes juridiques comparatives).
- , 1991b : Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *American Journal of Comparative Law* 39 (1991).
- Geoffrey SAMUEL, 2003 : *Epistemology and Method in Law*. Aldershot : Ashgate.
- , 2004 : Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Ed. Mark Van Hoecke. Oxford, Portland, Oregon : Hart Publishing (European Academy of Legal Theory Monographs Series). 35-77.
- Austin SARAT & Jonathan SIMON (Eds.), 2003 : *Cultural Analysis, Cultural Studies, and the Law. Moving Beyond Legal Realism*. Durham, London : Duke University Press.
- Quentin SKINNER, 1969 : Meaning and Understanding in the History of Ideas. *History and Theory* 8 (1969).
- Jeffrey A. SEGAL & Harold J. SPAETH, 2002 : *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge, New York : Cambridge UP.
- Rachel SIEDER, Line SCHJOLDEN & Alan ANGELL (Eds.), 2005 : *The Judicialization of Politics in Latin America*. New York : Palgrave MacMillan.
- Martin SHAPIRO & Alec STONE SWEET, 2002 : *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford : Oxford UP.
- Isabelle STENGERS & Judith SCHLANGER, 1991 : *Les concepts scientifiques. Invention et pouvoir*. Paris : Gallimard (Folio Essais).
- David SZYMCAK, 2006 : *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*. Préf : Flauss. Bruxelles : Bruylant (Publications de l'Institut international des droits de l'homme ; 7).

- C. Neal TATE & Torbjörn VALLINDER (Eds.), 1995 : *The Global Expansion of Judicial Power*. New York, London : New York University Press.
- Richard H.S. TUR, 1977 : *The Dialectic of General Jurisprudence and Comparative Law*. *Juridical Review* 1977
- Michel TROPER, 1981 : Les fonctions de la recherche en droit public interne. *La recherche juridique (Droit public)*. Préf : G : Dupuis. Paris : Economica (Recherches Panthéon - Sorbonne. Université de Paris I ; Série Sciences juridiques. Administration publique ; 47).
- Guillaume TUSSEAU, 2006 : *Les normes d'habilitation*. Préf. Michel Troper. Paris : Dalloz (Nouvelle bibliothèque de thèses ; 60).
- , 2007 : Le(s) concept(s) de 'pluralisme syndical'. Esquisse analytique. *Revue de droit du travail* (2007) 11.
- , 2009 : *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique / Modelli di giustizia costituzionale. Saggio di critica metodologica*. Préf. L. Pegoraro. Edition bilingue. Trad. A. Morandidi. Bologna : Bononia UP (Ricerche di diritto comparato).
- , 2009 : *Classificazioni. Glossario di Diritto pubblico comparato*. Ed. Lucio Pegoraro. Roma : Carocci.
- , 2011 : *Jeremy Bentham. La guerre des mots*. Paris : Dalloz (Les sens du droit. Essai).
- , à paraître : La falacia de los modelos de justicia constitucional en la cultura jurídica francesa. *Control i equilibris: Els Limits del poder legislatiu i del control de constitucionalitat*. Ed. Jordi Ferrer Beltran.
- Mark VAN HOECKE, 2004 : *Deep Level Comparative Law. Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Ed. Mark Van Hoecke. Oxford, Portland (Oregon) : Hart Publishing (European Academy of Legal Theory Monographs Series).
- Vittorio VILLA, 1994 : La science juridique entre descriptivisme et constructivisme. *Théorie du droit et science*. Ed. Paul Amselek. Paris : PUF (Léviathan).
- Michael WERNER & Bénédicte ZIMMERMANN, 2003 : Penser l'histoire croisée : entre empirie et réflexivité. *Annales. Histoire, sciences sociales* 58 (2003) 1.
- Frantisek WEYR, 1938 : Remarques générales sur la nature juridique de la méthode comparative. *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*. Trad. Paul Roubier & Henri Mankiewicz. Paris : LGDJ.

Synopsis

Guillaume Tusseau

Sur le métalangage du comparatiste

De la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste

SLOV. | O metajeziku primerjalnih pravnikov. Od stremljenja za neotrnostjo k pragmatistični zavzetosti. Ob preučevanju različnih oblik ustavnosodne presoje delujejo primerjalnopravniki navadno v miselnem okviru, ki ga določa nasprotje med evropskim in ameriškim modelom ustavnega sodstva. Vendar je s teoretskega, empiričnega in političnega gledišča to ločnico nemogoče ubraniti in jo moramo zato zamenjati. V splošni teoriji znanosti se kot osrednje vodilo pri oblikovanju znanstvenih pojmov ponuja konvencionalizem. Naše izbire morajo biti po njem takšne, da pripeljejo do nevtralnega in celovitega primerjalnega metajezika. Tu pa imamo dve težavi. Gnoseološki ugovor raziskovalca sili, da natančno opredeli svoje razumevanje odnosa med pojmi in »resničnostjo«, ki naj bi se je ti dotikali. Poleg tega pa bi bilo ambiciji, da oblikujemo univerzalni metajezik, mogoče ugovarjali tudi zaradi etnocentrizma. Soočenje s tema dvema težavama nas končno vodi k takšnemu pristopu, ki se približuje pragmatističnemu, zaznamujeta pa ga vztrajanje na relativnosti in kontekstualni koristnosti pojmovnih izbir znotraj vztrajnega in prevprašujočega raziskovanja.

Ključne besede: pravni pojmi, primerjalno pravo (metodologija), ustavna presoja, ameriški pragmatizem, sodna praksa

ENG. | *On the Metalanguage of a Comparativist. From Neutrality to Pragmatist Engagement.* One of the most common frameworks among comparativists for the study of the various forms of constitutional review rests on the opposition between a European and an American model of constitutional justice. From theoretical, empirical and political viewpoints, such a proposition cannot be defended, and must be replaced by another. In the general theory of sciences, conventionalism is the major guide for the elaboration of scientific concepts. Choices must be made so as to devise a neutral and comprehensive comparative metalanguage. Nevertheless, a gnoseological objection compels one to give details as to one's conception of the relationship between the concepts and the "reality" they are supposed to deal with. Moreover, if it were not for additional elements, the ambition to establish a universal metalanguage could be objected to on grounds of ethnocentrism. By facing these two difficulties, one is led to adopt an approach which becomes closer to a pragmatist one, insisting on the relativity and contextual usefulness of conceptual choices, within a continued and defeasible enquiry.

Keywords: legal concepts, comparative law (methodology), constitutional review, American pragmatism, jurisprudence

Summary: 1. Introduction. — 2. Conventionalism in the General Theory of Sciences. — 3. Towards a Neutral and Comprehensive Metalanguage of Comparativists. — 3.1. *The Adopted Perspective.* — 3.2. *Four Fundamental Methodological Recommendations.* — 3.2.1. *The Rigor of Classification.* — 3.2.2. *Conceptual Decisionism.* — 3.2.3. *Initial Descriptivism.* — 3.2.4. *Universalism.* — 4. A Pragmatist Reorientation. — 4.1. *The Gnoseological Objection.* — 4.2. *The Objection of Ethnocentrism.* — 5. Conclusion.

Guillaume Tusseau is a Professor of public law at Sciences-Po and a junior member of the Institut universitaire de France. | Address: École de Droit, 13 rue de l'Université, 75007 Paris, France. E-mail: guillaume.tusseau@sciences-po.org