

**Etude critique de quelques thèses sur le
constitutionnalisme global**

Kandem M1 Droit public, 2015/2016

Directrice de mémoire : I. Boucobza (Pr. en droit public)

2nd membre du jury : S.Pinon (Pr. En droit public)

Etude critique de quelques thèses sur le constitutionnalisme global

Remerciements à Mme Boucobza pour son implication et son suivi ;
ainsi qu'au professeur Altwinker pour sa réponse et ses éclaircissements

Sommaire

Introduction

Partie I : Les thèses doctrinales contemporaines du constitutionnalisme global

I/La vision performative du constitutionnalisme global

II/Le versant prudent du constitutionnalisme : une approche plus large et descriptive de la notion

Partie II : critiques et limites des thèses doctrinales actuelles : repenser le constitutionnalisme global et ses enjeux

I/Le laboratoire européen comme éclairage sur les problèmes concrets du transnationalisme

II/Le danger d'une recherche aveugle du constitutionnalisme global

Liste des abréviations utilisées

- CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme
- CJUE : Cour de justice de l'Union Européenne
- SDN : Société des Nations
- ONU : Organisation des nations Unies
- DUDH : Déclaration universelle des droits de l'Homme
- DDHC : Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen
- DCG : Droit constitutionnel global
- SIEG : Service d'intérêt économique général

INTRODUCTION

Aujourd'hui encore plus qu'hier, le droit international et son développement constituent un enjeu majeur dans la régulation des activités et des sociétés. Au XVII^{ème} siècle il a concerné le droit maritime avec le principe posé par Grotius sur la liberté des mers ; il s'est aussi constitué par le biais de plusieurs règles coutumières en matière de relations internationales avec l'apparition des Etats-Nations ; et plus récemment a incarné une dynamique dans la production des normes environnementales.

Le droit international est ainsi devenu un échelon de choix dans la structuration normative du monde, un moyen d'action qui s'il n'est pas toujours très bien accepté au regard du paradigme que constitue le principe de souveraineté nationale, relève de plus en plus d'un mouvement difficile à remettre en cause.¹

On retrouve ce même schéma en matière constitutionnelle, à travers l'émergence d'un droit constitutionnel global. En effet avec l'implantation de certains principes coutumiers au niveau international, la volonté de porter les droits de l'homme en vision universelle ou encore l'institutionnalisation progressive des acteurs internationaux publics, apparaissent des ensembles de règles ayant vocation (ou présentées ainsi) à s'ériger en normes suprêmes dans un système qui serait de fait hiérarchisé.

Pour autant ce nouveau droit constitutionnel global est loin de proposer une vision purement descriptive et factuelle, qui se cantonnerait à découvrir des principes déjà existants par le seul biais d'une analyse objective et consensuelle. Il faut comprendre qu'à travers cet énoncé de « droit constitutionnel global », se cache en fait une multitude de visions, de grilles de lectures et de définitions dont il est important de faire état. Faisant tantôt référence à des tentatives de description du réel, à des processus (à travers notamment l'idée de constitutionnalisation) ou encore à des thèses juridiques mais aussi d'une certaine façon politiques, le DCG et ses questionnements périphériques révèlent une complexité certaine.

¹ Le programme des Nations Unies pour l'environnement (publié le 4 avril 2001) mentionne par exemple qu'il existe plus de 500 traités et accords internationaux relatifs à l'environnement, dont environ 60% conclus entre 1972 et 2001, montrant une dynamique dans la production de normes à l'échelle internationale.

L'idée de cette introduction est donc de retracer les différentes notions à travers une approche historique et explicative, qui sont peut être les plus à même de dégager des définitions claires ainsi que les enjeux de la matière.

Pour cela trois points vont s'articuler. D'abord dans un souci de compréhension du sujet, il sera nécessaire de revenir sur ce qu'est une constitution : bien entendu il ne s'agira pas de développer un cours de droit constitutionnel, mais plutôt de revenir sur les caractéristiques fondamentales et historiques des constitutions modernes, chose essentielle pour saisir les développements ultérieurs. Enfin il faudra aussi se pencher sur le processus de globalisation en matière constitutionnelle, pour mieux comprendre en quoi celle-ci constitue un enjeu fort et protéiforme.

Une constitution peut revêtir plusieurs définitions, plusieurs formes. Cependant il est possible d'en tirer des caractéristiques communes à toutes. On peut d'ailleurs les diviser en deux sous-ensembles : un concernant les aspects techniques et un autre concernant les aspects substantiels.

Sur le premier aspect, on peut commencer par dire que les constitutions modernes renvoient à l'idée d'un agencement de normes, d'une forme d'ordre. Par l'édiction et la consécration d'une norme dite suprême, on suppose d'office l'existence d'une hiérarchisation fondée sur le principe de légalité. Cela fait bien entendu écho à la théorie normativiste de Hans Kelsen. Aujourd'hui toutes les constitutions² ont cette caractéristique, sauvegardée par divers outils comme le contrôle constitutionnel. Egalement, on peut citer le principe de limitation des pouvoirs, qui évite leur concentration et permet de conditionner l'action politique au respect des normes suprêmes fondamentales (même si de façon générale et dans un souci de souplesse, la représentation nationale peut selon le principe majoritaire amender la norme).

Le second aspect concerne lui la substance, la qualité des normes érigées et en conséquence la philosophie politique qui sous-tend les constitutions modernes. Il est important de rappeler le contexte historique particulier du XVII^{ème} siècle, qui a vu naître de nouvelles réflexions sur les droits individuels à travers des figures telles que John Locke. Avec l'idée de

² Même celles des pays considérés comme non démocratiques, qui peuvent faire malgré tout état d'un ordre juridique hiérarchiquement constitué

conceptualiser l'existence juridique et philosophique de l'individu, c'est en fait tout un paradigme qui bascule : le passage du holisme à un individualisme consacré.³

Les constitutions modernes sont donc aussi caractérisées par cette exigence de qualité, c'est-à-dire une volonté de préserver des droits qui aujourd'hui sont désignés sous l'appellation « libertés fondamentales » ou encore « droits de l'Homme ».

En Europe aujourd'hui la majorité des Etats ont adopté cette vision : l'Allemagne et sa loi fondamentale, la France (avec sa DDHC, son préambule de 1946, sa constitution de 1958...) ; bien qu'actuellement certains pays comme la Hongrie ou la Pologne paraissent porter atteinte à certaines libertés. Au-delà des frontières européennes, l'exigence est moins formelle mais reste liée à l'impact moral posé par la ratification de la déclaration universelle des droits de l'Homme. La conception substantielle s'est donc bien étendue et fait partie au moins en principe des critères d'une constitution dans un Etat de droit.

Cette constitutionnalisation progressive a cependant été entachée par l'évènement majeur qu'est la seconde guerre mondiale. C'est au cours de cette période que les totalitarismes ont fait surface notamment en Allemagne et en Italie, balayant les conceptions individualistes jusqu'alors bien implantées mais aussi contestées.⁴

Cette guerre a aussi été l'échec d'une institution, la Société des Nations, et à travers elle l'échec d'une entente internationale pour le maintien de la paix. Cela n'a pourtant marqué qu'un coup d'arrêt momentané à cette construction, puisque dès la fin de la guerre c'est l'Organisation des Nations Unies qui est fondée, le 24 octobre 1945. L'idée est ici de mettre en place une nouvelle plateforme de dialogue entre les pays, et de doter l'institution de moyens pour parvenir à réaliser ses missions de maintien de la paix et de la sécurité internationale.

On trouve donc une nouvelle dynamique, qui va être impulsée partout dans le monde par le biais de divers documents déclaratifs, en réponse aux atrocités de la guerre. On peut observer ce phénomène avec la charte de l'ONU (signée le 26 juin 1945), la Convention

³ Bien qu'il faille garder à l'esprit que la philosophie de l'individualisme est un long parcours et un long processus comme le rappelle Louis Dumont : « quelque chose de l'individualisme moderne est présent chez les premiers chrétiens et dans le monde qui les entoure », Louis Dumont, *Essai sur l'individualisme*

⁴ Contestées notamment, en prélude des crises idéologiques du milieu du 20^{ème} siècle, à travers la pensée de Charles Maurras.

européenne des droits de l'Homme (signée le 4 novembre 1950), ou encore la Déclaration universelle des droits de l'Homme (adoptée le 10 décembre 1948).

On constate ainsi une forte volonté de consacrer des droits à vocation universelle, et donc d'internationaliser la protection des droits fondamentaux pour mieux en garantir leur respect. Pourtant il serait précipité de parler d'une constitutionnalisation globalisée, c'est-à-dire un processus d'agencement des normes internationales à même de lier et réguler les actions des acteurs. Si à l'échelle étatique on trouve effectivement un phénomène de constitutionnalisation renforcé par de la jurisprudence renouvelée, il est difficile d'établir cette même logique à l'échelle internationale. En effet cela pose la question de la valeur des principes protégés : si l'ONU s'est dotée d'un comité pouvant recevoir des requêtes, qu'en est-il des principes consacrés par la DUDH ? L'absence de charge normative empêche a priori toute sanction juridique ; il existe par ailleurs des débats doctrinaux sur la portée de la charte de l'ONU et la valeur des droits consacrés⁵.

De même, on peut se poser la question de la hiérarchisation des normes. S'il est établi que les conventions internationales ratifiées ont une valeur supérieure aux actes législatifs et aux constitutions (quoique du point de vue interne, cette rhétorique pose encore problème), qu'en est-il de la hiérarchisation entre les normes internationales ? La question mérite d'être posée mais les solutions qui peuvent être apportées sont complexes et font appel à divers raisonnements qui parfois s'entrechoquent.

On a donc d'un côté un processus d'internationalisation des normes bien identifiable, avec une volonté de créer une sorte de patrimoine juridique commun (basé en parti sur les droits de l'homme), et de l'autre un flou sur les caractéristiques constitutionnelles de ces normes. Jusqu'à présent aucun acteur international ne s'est risqué à consacrer explicitement une pyramide juridique internationale rationalisée, ne serait-ce que parce que cet « univers » juridique reste très fragmenté voire nébuleux (posant ainsi un souci d'opportunité et de légitimité). Tout est donc affaire d'interprétation, d'exploitation de faisceaux d'indices qui laisseraient supposer ou non l'idée d'une constitutionnalisation globale.

⁵ L'article 2§7 de la charte de l'ONU, affirmant qu' « Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État », est compris par certains auteurs comme une limitation de l'effectivité et de la normativité des dispositions contenues dans la charte.

C'est par ailleurs en partie pour cette raison que les débats à propos du droit constitutionnel global sont nombreux et divisent énormément la doctrine.

C'est ce que rapporte notamment Neil Walker, professeur de droit public britannique, en soulignant qu'il existe bien souvent une absence d'accord sur les définitions préliminaires des objets étudiés⁶. Cela mène selon lui à une forte polarisation des positions doctrinales, a fortiori entre les auteurs qui considèrent le constitutionnalisme global comme une chose acquise et entre ceux qui refusent d'associer l'idée du constitutionnalisme au-delà de l'Etat.

Ann Peters, professeure allemande de droit public international, synthétise dans son article *Global constitutionalism* différents autres points de vue qui peuvent s'opposer. Elle cite par exemple la thèse du développement d'un constitutionnalisme fonctionnel. Le principe est qu'avec la globalisation, certaines constitutions nationales ont été en partie vidées de leur substance ou de leur pertinence, car certaines compétences ou tâches ont été transférées à un niveau supérieur (comme la sécurité publique). Ainsi par compensation une constitution globalisée devient nécessaire. D'autres affirment à l'inverse que le droit international reste trop fragmenté, sous-démocratique et non inséré dans une hiérarchisation formelle pour pouvoir correspondre à l'idée de constitutionnalisation.

Le paysage doctrinal est donc très éclaté, et ces débats sur les définitions des notions ainsi que sur les constats de base montrent bien que le sujet, en pleine expansion, est également en pleine construction. Dans cette optique, il est important de garder à l'esprit ce qui caractérise les constitutions modernes : l'idée d'une hiérarchisation des normes, de l'abandon du légicentrisme, accordé à la volonté de consacrer des droits fondamentaux individuels mais aussi collectifs. D'une part car cela permet de constater si oui ou non, il existe une constitutionnalisation globale qui serait formalisée ; d'autre part car nous verrons que ces définitions sont susceptibles d'être transformées, reconceptualisées à l'échelle internationale. Les caractéristiques posées en début d'introduction fonctionnent donc comme un repère, un référentiel, qui n'épuisent cependant pas les débats.

Avant d'aller plus loin, il est aussi important de planter l'intérêt d'un tel sujet. Pour quelles raisons le droit constitutionnel global polarise autant les débats ? Les réponses peuvent être nombreuses.

⁶ Neil Walker, « multilevel constitutionalism : looking beyond the german debate », p11

Tout d'abord, il faut bien saisir la prépondérance que revêt aujourd'hui le champ international. Y voir un processus de constitutionnalisation, c'est forger l'idée que les Etats sont désormais ancrés dans un ordre juridique les dépassant et dépassant ainsi l'absolue souveraineté. C'est ainsi forger l'idée que les droits de l'Homme, prennent, petit à petit, le pas sur ce principe de souveraineté au profit des individus.

Penser le constitutionnalisme global, c'est aussi mettre en avant l'idée d'un peuple humain uni, intégré, réuni à travers une citoyenneté transnationale à même de sauvegarder au mieux l'entente et la sécurité internationale.

Enfin réfléchir sur le constitutionnalisme global, c'est aussi faire l'épistémologie de la matière. Le constitutionnalisme est aujourd'hui un paradigme avec une grande assise, qui nécessite d'avoir un certain recul sur les doctrines et les logiques dans lesquelles elles sont insérées.

Mais l'étude du constitutionnalisme global a aussi ses détracteurs, au sens où tous les auteurs ne sont pas d'accord pour poser comme acquis son existence. Comme cité précédemment, certains auteurs ne conceptualisent le constitutionnalisme qu'à l'intérieur de l'Etat, réfutant par exemple le rôle de constitution jouée par la CEDH. Neil Walker fait état de cette partie de la doctrine : il y détaille plusieurs positions et leurs arguments. Par exemple, ses partisans invoquent l'idée que l'Etat moderne est le fruit d'un aboutissement culturel, nécessaire au fonctionnement de la machine constitutionnelle.

Cette partie de la doctrine, cependant, ne sera à proprement parler pas l'objet de ce mémoire. En effet cet ensemble de thèses apparaît comme relativement isolé, minoritaire, et prend finalement assez peu en compte les évolutions des dernières décennies en la matière, qu'il s'agisse de l'amplification du *jus cojen* ou de la légitimation progressive de la CEDH comme texte « suprême ».

Ce mémoire se concentrera donc sur l'étude des thèses plutôt axées sur l'idée d'une constitutionnalisation globale, pouvant recouvrir des formes éminemment différentes.

La problématique sera donc la suivante : Quelles sont les thèses modernes du constitutionnalisme global et leurs limites ?

Bien évidemment, l'objectif de ce mémoire n'est pas de faire un état des lieux de toutes les thèses sur le sujet : on se focalisera ici sur certaines d'entre elles, qui apparaissent comme les plus importantes, influentes et intéressantes.

Sera donc développé dans une première partie quatre thèses correspondant à 2 courants dont les différences sont marquées. L'idée est de rendre compte de l'articulation logique et idéologique qui sous-tend ces conceptions, mais aussi d'étudier les subtilités des approches qu'on pourrait qualifier de similaires. L'exposé sera ainsi le plus fidèle possible aux travaux des auteurs, afin de les présenter avec le plus d'objectivité possible.

Le travail critique s'opérera dans une seconde partie, dans laquelle il s'agira de déconstruire certains discours, de les mettre à l'épreuve de diverses interrogations. Pour cela, un parallèle avec le laboratoire que représente l'Europe sera effectué, tout comme seront mis en avant plusieurs arguments sur le risque que peut comporter une recherche trop obsessionnelle d'un constitutionnalisme global. Et ce dans l'optique de penser plus largement la question du DCG, ses tenants et aboutissants.

Partie I : les thèses doctrinales du constitutionnalisme global

Comme évoqué précédemment, cette partie va s'articuler autour de quatre thèses qui illustrent les doctrines et débats actuels sur le sujet du droit constitutionnel global.

Celles-ci peuvent être découpées en deux courants : un premier qui fait état d'une vision performative (cette vision sera explicitée plus bas), puis un second invoquant une logique plus descriptive et un champ d'étude plus large.

I/La vision performative du constitutionnalisme global

Le constitutionnalisme global est aujourd'hui un paradigme, largement défendu et mis en avant par une partie de la doctrine internationale⁷.

Les auteurs qui la composent cherchent donc à identifier les caractéristiques qui appuient leur théorie, et à travailler des grilles de lecture à même de démontrer ce processus de constitutionnalisation. Parfois alors, il s'agit moins de décrire le monde que de chercher à légitimer une vision (avec ses valeurs, ses représentations, sa politique). En cela, il est possible de parler de vision performative, c'est-à-dire la recherche de la réalisation par la formulation de son énoncé. On pourrait aussi plus schématiquement parler d'une forme d'interprétation.

Pour détailler cette vision performative, deux auteurs seront mis en avant. D'abord Bruno Simma et son travail sur la sémantique constitutionnelle ; ensuite Jürgen Habermas et sa philosophie cosmopolite.

A/Travail sémantique et définitionnel : la thèse de Bruno Simma

Bruno Simma est un juriste allemand né en 1941 et ayant notamment rempli la fonction de juge à la cour internationale de justice, de 2003 à 2012. Au cours de sa carrière universitaire il a notamment enseigné le droit international ainsi que le droit communautaire, et a coécrit

⁷ « Interestingly, criticism is somewhat mute. This seems partly due to the absence in international legal theory of alternative concepts offering a similarly attractive framework of analysis », Oliver Diggelmann et Tilmann Altwincker, « Is there something like a constitution of international law? », p624

plusieurs ouvrages tels que *From Bilateralism to community interest* ou encore ses commentaires sur la charte de l'ONU.

Dans leur article *Is there something like a constitution of international law*, Oliver Diggelmann et Tilmann Altwincker passent en revue plusieurs stratégies de légitimation mobilisées par la doctrine constitutionnaliste. Ils appuient notamment sur l'idée de sémantique, qui consiste soit à conserver un ensemble de définitions traditionnelles des termes pour en rechercher les caractéristiques à l'échelle internationale, soit à s'atteler à une redéfinition des termes pour les adapter à cette même échelle.

Bruno Simma correspond à cette deuxième stratégie citée selon eux. Des termes et notions tels que « loi », « constitution », sont utilisés sans pour autant refléter les mêmes définitions employées dans un cadre étatique.

Cette théorie peut être explicitée et expliquée à travers le sujet que représente la charte de l'ONU. Dans son ouvrage *The united nation charter as the constitution of international community*, Bardo Fassbender fait état de la thèse de Bruno Simma, inspirée notamment par les travaux d'Alfred Verdross⁸. En 1976, ces derniers publient un ouvrage dans lequel ils affirment que la loi constitutionnelle de la communauté universelle des Etats trouve sa fondation dans la charte des nations unies. Ils avancent en outre que si à l'époque de sa ratification, la charte de l'ONU avait pour seule vocation à s'appliquer sur le champ restreint des Etats signataires, aujourd'hui celle-ci gagne un rang universel et constitutionnel car elle inclut quasiment tous les Etats ; ceux y restant étrangers reconnaissant tout de même ses principes fondamentaux⁹.

En fait explique Fassbender, Bruno Simma et Alfred Verdross utilisent le terme de « constitution » dans un sens pensé voire repensé pour l'échelon international :

⁸ Alfred Verdross était un universitaire allemand (1890-1980), considéré par Thomas Kleinlein comme un des premiers à traduire le concept de constitution en droit international : « *Alfred Verdross was one of the first scholars who transferred a meaningful concept of constitution to international law* », Thomas Kleinlein, « Alfred Verdross as a founding father of international constitutionalism? », p387

⁹ *The united nation charter as the constitution of the international community*, Bardo Fassbender, p32

« *Constitution is a set of rules of international law which take precedence over other norms in so far that existence is a precondition for the validity of the latter from a logical point of view*¹⁰ ».

En d'autres termes et en une autre langue, la constitution est pensée comme un ensemble de règles supérieures à d'autres, au sens où cet ensemble présupposé régule la création et la mise en place des normes qui découlent du consensus international.

La constitution internationale pourrait ainsi être caractérisée par des principes ayant parsemé l'histoire du droit international et l'ayant régulé, comme celui du respect de la souveraineté des Etats. Elle peut aussi également s'incarner dans le nouveau réceptacle que constitue la charte de l'ONU, qui symbolise une forme écrite et formelle de loi constitutionnelle.

C'est dans cette logique que repose la subtilité des travaux de Bruno Simma. En effet, il s'agit en fait de rechercher à structurer un ordre constitutionnel, avec sa hiérarchie de normes et de valeurs ; l'idée est donc de « piocher » dans tout le droit international les normes et règles qui en constituent l'essence et ainsi la consacrer en norme supérieure. C'est en tout cas ce qui décrivent Daniel Thürer et Martin Zobl Dans l'ouvrage *From bilateralism to community interest : essays in honour of Bruno Simma*. Les normes éligibles peuvent donc être trouvées dans la charte de l'ONU, mais aussi au sein de la DUDH, de la Convention de Genève.

Cette position est cependant susceptible d'engendrer des problèmes d'ordre formel. Bardo Fassbender relève par exemple que si Bruno Simma et Alfred Verdross considèrent que les principes internationaux initiaux (que l'on pourrait considérer comme faisant parti d'une coutume internationale constituant les rapports entre Etats) ont été absorbés par la charte de l'ONU dans un nouveau réceptacle constitutionnel, ceux-ci indiquent aussi que la charte est amendable sur le fondement des principes internationaux initiaux. Ils considèrent en effet que la charte s'est basée sur ces principes informels, et qu'en conséquence elle peut

¹⁰ Ibid p33

être modifiée par les moyens fournis par ces principes, c'est-à-dire par exemple un accord interétatique¹¹.

Compte tenu du fait qu'il s'agit moins de penser le processus institutionnel d'amendement que d'évoquer une hiérarchie de normes au sein même de la charte, cela pose le problème de savoir si la charte peut être perçue comme document constitutionnel, et donc par extension si la loi constitutionnelle de la communauté universelle des Etats trouve véritablement sa fondation dans la charte des nations unies comme affirmé.

En résumé, l'idée centrale de la thèse de Bruno Simma est celle qui consiste à percevoir les normes constitutionnelles, à les révéler. Par examen analytique du fonctionnement du droit international (quelle règle, quelle coutume peut s'ériger en norme supérieure compte tenu de son importance, sa récurrence), mais aussi par la formalisation que constitue la ratification massive des dispositions comprises dans la charte de l'ONU. La finalité étant de construire un ordre constitutionnel à même de garantir le respect des règles fondamentales de la communauté internationale, et d'en sanctionner les atteintes.

Plus philosophique et moins strictement juridique, nous allons maintenant voir en quoi la logique de Jürgen Habermas se distingue tout en partageant certaines caractéristiques.

B/La vision philosophique d'Habermas : entre constitutionnalisme et projet cosmopolite

Jürgen Habermas est un philosophe allemand notamment représentant de l'école de Francfort et reconnu pour ses théories en sciences sociales. Ce qui va nous intéresser ici, ce sont ses développements sur le droit ou plus globalement ses réflexions qui, incidemment, ont un impact sur la manière de penser la matière. En effet Habermas a par exemple développé des notions telles que le patriotisme constitutionnel ou des théories sur l'universalité, qui constituent des références importantes pour penser le droit constitutionnel global.

Plus précisément, l'étude va porter ici sur la manière dont Habermas justifie l'existence d'une constitution mondiale, en particulier à l'aide de sa philosophie cosmopolite.

¹¹ Ibid p35

Diggelmann et Altwicker, dans leur article précité, considèrent qu'Habermas s'insère en fait dans une stratégie pragmatique, ce qui signifie qu'il va faire apparaître comme nécessaire l'établissement d'une constitution mondiale. C'est en parti aussi sous cet angle que la pensée habermassienne sera exploitée.

Mais avant cela, il est nécessaire de poser les fondements qui permettent de comprendre cette notion importante qu'est son projet cosmopolite. Hérité de la philosophie de Kant, il convient d'en retracer le parcours conceptuel et donc d'y consacrer quelques lignes.

1/Cosmopolitisme et projet de paix perpétuelle

Le cosmopolitisme est une notion attribuée au philosophe Diogène de Sinope (413-327) et exprime l'idée d'ouverture et d'universalité. Il exprime aussi l'idée de dépassement des nations au profit d'une citoyenneté mondiale, un équilibre entre particularisme et universalisme.

Emmanuel Kant s'est lui-même saisi de ce concept, pour le coupler à sa philosophie de paix perpétuelle dont s'inspirera plus tard Habermas. En effet dans son essai *Vers la paix perpétuelle*, Kant développe sa théorie et part du constat suivant : les Etats ne connaissent que la guerre ou une paix instable, précaire. Il part aussi du principe que la guerre est naturelle chez l'humain, mais qu'elle ne se légitime pas pour autant : il est donc logique de chercher à la contenir en organisant une paix durable et mécanique.

Par principe, Kant refuse la construction d'un Etat mondial, car il n'est pas hostile au principe de souveraineté des Etats : à l'inverse il prévoit une forme de fédéralisme républicain global vers lequel il faudrait tendre. Celui-ci entraînerait des effets vertueux permettant alors des échanges facilités, de l'interdépendance et donc des relations pacifiées durablement¹².

Celui-ci va encore un peu plus loin dans un autre essai intitulé *Idée d'une histoire universelle d'un point de vue cosmopolitique*, où il y développe une proposition qui plaide notamment pour la construction d'un droit international, afin d'éviter les luttes entre Etats. Il y fixe également la philosophie de ce qui sera plus tard la SDN puis après son échec l'ONU, c'est-à-

¹² <http://la-philosophie.com/kant-paix-perpetuelle-projet>

dire la mise en place d'une institution capable d'assurer les règlements des conflits sur le fondement d'une justice et non plus sur le simple rapport de force.

C'est cette philosophie qui a substantiellement influencé la vision d'Habermas et son intérêt pour le processus de constitutionnalisation du monde : nous allons voir plus précisément comment il le conçoit.

2/La constitutionnalisation du droit international selon Jürgen Habermas

Jürgen Habermas se fonde sur le même objectif fixé par Kant : l'idée d'une paix organisée, à même de garantir une pacification des relations, une sécurité internationale, ainsi que des droits reconnus. De là, Habermas développe une théorie de constitutionnalisation à visée cosmopolite, un moyen et un vecteur pour aboutir à l'objectif. C'est ce que développe notamment Sam Wyatt¹³ dans son article « Jürgen Habermas and the constitutionalisation of international law: a critical analysis of united nations ».

Pour Habermas, une première étape vers une constitutionnalisation du droit international fut franchie avec la mise en place de la SDN en 1919, mais son échec lui a suggéré que d'autres conditions étaient nécessaires.

Premièrement, il affirme que la construction d'un droit cosmopolite passe par un système de citoyenneté s'imbriquant au sein d'une communauté mondiale légalement constituée. Deuxièmement, l'établissement d'organisations supranationales ayant vocation non seulement à sauvegarder la paix et la sécurité internationales, mais aussi à protéger les droits de l'Homme doit être incité.

Enfin, il faut une « proto-constitution » à même de légitimer cet ordre international¹⁴. En effet cette proto constitution constituerait une arme pour les instances internationales, un droit sur lequel se fonder pour éventuellement sanctionner.

Ce que rapporte aussi Sam Wyatt dans son article, c'est que ce processus de constitutionnalisation compris dans le cadre des conditions posées, aurait un effet socialisateur selon Habermas. En effet, en s'attelant à la création d'un ordre légal

¹³ Sam Wyatt est diplômé de l'université de Sheffield.

¹⁴ «Jürgen Habermas and the constitutionalisation of international law: a critical analysis of united nations », p2

international constitutionnalisé, les citoyens pourraient développer un patriotisme constitutionnel¹⁵. De cette façon, les Etats mais aussi les individus se penseraient comme une catégorie pour soi (car assemblés sous la bannière que représenteraient des principes perçus comme légitimes et constitutifs de tous) et ainsi pourrait émerger une véritable communauté politique internationale. Ce développement d'une identité globale, cosmopolite, serait donc le fondement d'un projet de paix structuré et dont le vecteur principal serait le processus de constitutionnalisation global.

Suivant là aussi la grille de lecture kantienne, Habermas voit dans l'institution internationale qu'est l'ONU et sa charte le réceptacle et le catalyseur du projet cosmopolite. En effet, la charte de l'ONU fait naître des obligations aux Etats, proclame sa vocation à maintenir une paix et une sécurité internationale, ainsi qu'à protéger les droits de l'Homme (et reconnaissant par ricochet l'individu comme sujet de droit international).

Wyatt synthétise par ailleurs dans son article les raisons pour lesquelles Habermas perçoit la charte comme une constitution globale.

Premièrement, c'est la connexion effectuée par la charte entre sécurité internationale et promotion des droits humains : cela évoque la responsabilité collective de la communauté internationale et met en avant l'individu comme sujet de droit et par extension comme citoyen. Deuxièmement, le lien entre l'interdiction de l'usage de la violence et la menace de poursuites consacrées contenus dans les dispositions de la charte. Enfin, le caractère inclusif et universel de la charte : elle lie les Etats notamment sous un ensemble d'obligations, mais les protège aussi en consacrant des droits¹⁶.

A l'instar de Bruno Simma, on constate à travers ces raisons une extension de la notion de constitution, qui reprend des caractéristiques traditionnelles mais qui en rajoute aussi : c'est par exemple le cas avec la notion de communauté internationale, qui traduit l'idée qu'une constitution globale ne peut se constituer qu'en dépassant la vision interétatique des relations au profit d'un modèle de société mondiale. C'est par ailleurs en partie pour cette raison qu'Habermas voit dans l'engagement onusien « responsibility to protect » (abrégié en R2P) une façon de consolider la constitutionnalisation du monde et le projet cosmopolite, au

¹⁵ Ibid, p3

¹⁶ Ibid p4 et 5.

sens où celui-ci est censé prévenir tout crime de guerre, génocide, et lie la conception de souveraineté à la responsabilité de protéger les populations de toute atteinte aux droits de l'Homme¹⁷.

Cependant, Habermas reste malgré tout sceptique sur les capacités de l'ONU à légitimer sa charte comme texte constitutionnel, et donc à favoriser l'émergence d'une société cosmopolite.

Sam Wyatt rapporte notamment dans son article qu'Habermas constate un rôle des Etats encore trop prééminent en matière d'action internationale. A titre d'exemple, ce dernier souligne que l'ONU n'a pas une force militaire suffisante pour qu'elle soit pleinement mobilisable. Dans le cadre de certains conflits, elle délègue ses pouvoirs et missions aux Etats, qui gardent donc de fait le monopole de la force militaire¹⁸.

Enfin Habermas est critique quant au fonctionnement du conseil de sécurité de l'ONU. En effet les membres permanents du conseil peuvent poser leur veto pour contrer l'adoption de certaines résolutions. Cela est susceptible d'entamer les dispositions de la charte, leur charge normative, la pertinence de l'engagement R2P, et donc la portée des droits de l'Homme en droit international¹⁹.

Nous allons maintenant nous concentrer sur une autre approche du constitutionnalisme global, qui sera l'objet de la deuxième sous-partie.

II/ Le versant prudent du constitutionnalisme global : une approche plus large et descriptive de la notion

La doctrine n'est pas uniquement composée d'auteurs voyant dans le constitutionnalisme global un paradigme inébranlable. Une partie d'entre elle, dont notamment Oliver Diggelmann avec Tilmann Altwicker, ainsi que Michel Rosenfeld, ont la volonté de prendre un certain recul sur les enjeux que comporte l'utilisation d'une telle grille de lecture. Une volonté aussi de prendre en compte des éléments oubliés, mis de côté ou tout simplement nouveaux dans l'étude du constitutionnalisme global.

¹⁷ Ibid p6

¹⁸ Ibid, p6

¹⁹ Ibid, p7 et 8

Cette facette de la doctrine n'y est pour autant pas réfractaire : elle tente plutôt d'en élargir le cadre et de questionner les outils et les modèles utilisés.

Pour rendre compte de cela, nous verrons en premier les travaux d'Altwicker et Diggelmann, qui font appel aux théories du constructivisme social pour donner une interprétation pluridisciplinaire du constitutionnalisme global ; ensuite nous étudierons le discours de Michel Rosenfeld sur la crise constitutionnelle.

A/Oliver Diggelmann, Tilmann Altwicker et le constructivisme social

Oliver Diggelmann (université de Zurich) et Tilmann Altwicker (université de Bâle) sont deux auteurs suisses spécialisés en droit international. Ils ont publié et coécrit plusieurs articles, notamment *How is progress constructed in international legal scholarship*, ou encore *Is there something like a constitution of international law*, qui sera particulièrement exploité dans le cadre de cette partie.

Dans cet article, Diggelmann et Altwicker cherchent en fait à se détacher des approches traditionnelles du constitutionnalisme global. Ils affirment qu'elles souffrent d'un problème majeur, à savoir qu'elles ne se posent pas la question de savoir s'il est pertinent ou non de faire appel à un langage constitutionnel²⁰. Pour eux, la question du vocabulaire est susceptible de poser problème au sens où l'approche positiviste se borne à identifier les phénomènes constitutionnels dans l'ordre juridique international et tend à éluder certaines problématiques, comme celle qui consiste à savoir si le langage constitutionnel est vraiment pertinent pour l'échelle internationale²¹. Ils affirment aussi que sont parfois négligés certains aspects, comme la fragmentation des relations internationales.

Leur optique est donc de faire l'usage d'un cadre théorique, d'une grille de lecture différente, afin d'étudier le constitutionnalisme selon un autre angle. L'idée est aussi de

²⁰ « *Positive first-order approaches to the problem of world constitutionalism try to answer the question whether there exists something like a world constitution or a process of world constitutionalism. [...] These approaches have, however, a tendency to immunize themselves against the question whether the use of constitutional language is adequate or not* », « *Is there something like a constitution of international law?* », p641

²¹ Ibid, p642

rechercher à expliquer, à rendre compte, plutôt qu'à endosser une vision performative découlant du paradigme constitutionnel implanté.

Pour cela, les auteurs font appel au constructivisme social, un cadre théorique sociologique qu'ils tentent d'appliquer au constitutionnalisme global. Avant de rentrer dans le détail de leur démarche, il convient d'explicitier ce que recouvre ce constructivisme afin de comprendre le cheminement intellectuel déployé.

1/Brève introduction aux théories constructivistes

Le constructivisme social est considéré comme un courant de sociologie, qui s'est notamment développé sous l'influence de Peter L. Berger et de Thomas Luckmann dans leur ouvrage *La construction sociale de la réalité* paru en 1966.

Cette approche « envisage la réalité sociale et les phénomènes sociaux comme étant construits, c'est-à-dire créés, objectivés ou institutionnalisés [...]. Le constructivisme social se concentre sur la description des institutions, des actions, en s'interrogeant sur la manière dont ils construisent la réalité »²².

De cette façon, la réalité se comprend dans des relations intersubjectives, c'est à dire dans la perception partagée que les individus et les groupes d'individus ont du monde. Cette approche fait notamment appel à l'idée de représentations sociales, c'est-à-dire une forme de « connaissance de sens commun dans le sens où elles incluent l'ensemble des croyances et connaissances produites et partagées par les membres d'un groupe, à propos d'un objet »²³.

Le linguiste Steven Pinker illustre cela en avançant que certains objets et concepts comme l'argent, la citoyenneté, n'existent qu'à travers un accord tacite entre les personnes qui agissent en fonction d'elles. Ces objets ont pleine force dans les structurations du monde, produisent des effets, mais restent intrinsèquement liés à la pratique humaine et à la croyance collective associée.

²² https://fr.wikipedia.org/wiki/Constructivisme_social

²³ http://www.memoireonline.com/11/13/7690/m_L-agriculture-en-Provence-Alpes-cte-d-azur--etude-de-la-representation-sociale-des-agriculteur2.html

Diggelmann et Altwincker affirment eux qu'il s'agit d'une méta théorie de la construction sociale du savoir et des réalités. Elle part ainsi du principe que les individus et les structures sont inter-reliés : le savoir intersubjectif a des effets constituants sur les réalités sociales, et les structures façonnent et influencent les individus. Une des questions essentielles liée à cette théorie est celle de comprendre comment les institutions se créent.

Nous allons maintenant voir en quoi cette approche peut servir à l'analyse du constitutionnalisme global.

2/L'apport du constructivisme social au droit constitutionnel global

Un des apports à la question du constitutionnalisme global selon Oliver Diggelmann et Tilmann Altwicker, est le fait que la notion d'institution n'est plus seulement comprise au sens d'organisation : elle sous-entend en fait plus largement des règles intersubjectives qui vont coordonner les comportements, les influencer, et créer de nouvelles identités collectives. On pourrait ainsi définir l'institution comme un ensemble de règles sociales et de normes, dont les effets peuvent se ranger en deux catégories : d'une part celle des *regulative rules* (coordination et influence des comportements) et d'autre part celle des *constitutive rules* (création d'identités collectives)²⁴.

Si la première catégorie est largement étudiée et connue des juristes²⁵, Diggelmann et Altwicker avancent que ceux-ci n'ont en revanche pas nécessairement les outils conceptuels et méthodologiques pour appréhender l'aspect constitutif des règles²⁶.

C'est la raison pour laquelle ils se penchent sur cet aspect de l'institution (entendu au sens constructiviste) et en décrivent des conséquences concrètes.

Ils en relèvent trois principales. La première, c'est que le constitutionnalisme global peut s'entendre comme une institution spécifique, qui va générer du savoir intersubjectif. En déployant des concepts tels que l'ONU ou le principe de non-intervention, le constitutionnalisme global va créer des *constitutive rules*, qui vont façonner de nouvelles visions du monde et donc de nouvelles réalités. On peut observer ce phénomène à travers le vocabulaire international constitué tels que « patrimoine de l'humanité », « communauté

²⁴ «Is there something like a constitution of international law », p644

²⁵ Même si la conception positiviste a été amendée par une partie de la sociologie du droit dont des travaux de Max Weber et de Pierre Bourdieu en la matière

²⁶ Ibid, p645

internationale », qui témoigne d'un partage d'une réalité. Ils rajoutent par ailleurs que voir le constitutionnalisme global comme une institution au sens constructiviste permet d'interpréter le débat actuel comme une tentative d'influencer la construction sociale de la réalité²⁷.

La seconde, c'est le fait que la constitutionnalisation globale est alors une institution de légitimation. Contrairement à d'autres institutions, elle possède un fort critère d'abstraction, qui ne commande aucune règle précise. Son contenu n'est pas fixé notamment en l'absence d'un concept commun de constitution : elle a en revanche un fort pouvoir constitutif.²⁸

Enfin la dernière, c'est qu'il existe en fin de compte plusieurs façons de concevoir le constitutionnalisme. Certains mouvements penchent vers une conception formelle, mettant l'accent sur l'importance de la *regulative rule*, alors que d'autres s'insèrent plus évasivement dans un processus d'institutionnalisation au sens constructiviste.

B/Construire une constitution globale sur quelle base ? La crise constitutionnelle selon Michel Rosenfeld

Michel Rosenfeld est un universitaire spécialisé dans le droit constitutionnel comparé, l'étude des droits fondamentaux et la philosophie du droit. Il est notamment l'auteur de la théorie du pluralisme compréhensif, et de plusieurs ouvrages tels que *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, ou encore *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy : theoretical perspectives*.

Une partie de ses travaux s'est notamment penchée sur la question du constitutionnalisme global et son lien avec une crise constitutionnelle contemporaine qu'il a à plusieurs reprises décrit. Dans ce cadre son approche consiste à dresser un tableau du constitutionnalisme dans le monde, et d'en questionner les opportunités : c'est ce que nous allons développer.

²⁷ « In summary, viewing world constitutionalism as an international institution in the constructivist sense allows us to interpret the current debate as an attempt to influence the social construction of reality by the relevant actors. »

²⁸ Ibid, p647

Pour Michel Rosenfeld, à partir de la fin de la seconde guerre mondiale, le constitutionnalisme a pris deux voies. D'une part l'adoption par de nombreux Etats nations d'une constitution à même d'assurer la séparation des pouvoirs, de consacrer des droits ; d'autre part un constitutionnalisme par *spill over* en dehors des Etats (transnational et global)²⁹. On peut reprendre les exemples de la charte de l'ONU, de la CEDH, qui malgré les débats forment une sorte d'esquisse de ce processus.

En revanche pour lui, ce mouvement constitutionnel connaît un tournant majeur avec le rejet en 2005 du projet constitutionnel européen, puisqu'il amorce dans le même temps une problématique plus vaste du constitutionnalisme.

Dans sa conférence *Les crises actuelles du constitutionnalisme : du local au global* menée à l'université de Paris 1 le 16 janvier 2013, il affirme que c'est en fait la rhétorique du constitutionnalisme actuel qui porte atteinte au processus constitutionnel. On se trouverait ainsi dans une période où les bastions du constitutionnalisme se minent de l'intérieur, avec un renversement de l'idéal constitutionnel par l'utilisation des mêmes outils et du même cadre théorique et pratique. On se trouverait aussi dans une période de doute et de scepticisme globalisé et dont l'exemple le plus probant serait l'œuvre du Royaume-Uni qui cherche à diluer les pouvoirs de la Cour européenne des droits de l'Homme³⁰ et à remettre en cause de manière plus diffuse l'autorité de cette même cour et de la CJUE³¹.

Plus spécifiquement, Rosenfeld relève quelques cas de constitutions nationales qui vont à l'encontre de l'idéal constitutionnel (respect des droits de l'homme, des minorités) qu'il désigne comme « intolérantes », en opposition aux « tolérantes » qui visent ou atteignent l'idéal³².

C'est le cas pour la Hongrie et L'Egypte, qui posent en toile de fond la question des moyens et des caractéristiques du constitutionnalisme global.

En effet depuis 2012, la Hongrie s'est dotée d'une nouvelle constitution qui apporte plusieurs changements importants. Rosenfeld prend comme exemple le fait que la

²⁹ « Is global constitutionalism meaningful or desirable? », p178

³⁰ Ibid, p179

³¹ Exemple dont la partie immergée serait, plus encore que la montée de l'euroscepticisme, celle de l'extrême droite européenne.

³² « Tolérante » et « intolérante » sont ici des traductions libres proposées de l'anglais « liberal » et « illiberal », susceptibles de recouvrir plusieurs sens.

constitution incarne non plus le peuple mais la nation hongroise, avec comme conséquences plausibles une protection réduite des minorités, notamment ethniques ; il note aussi qu'elle élargie les pouvoirs du gouvernement, tandis qu'elle réduit ceux de la cour constitutionnelle³³.

La récente constitution égyptienne pose aussi des problèmes, dès son processus de conception souligne Rosenfeld car l'opposition n'a pas vraiment eu l'occasion d'y participer. Si celle-ci proclame des institutions rénovées, elle proclame aussi une réduction de la liberté d'expression avec le délit de blasphème ainsi que la charia, en laissant une marge de manœuvre aux juges plus ténue et plus stricte qu'avant concernant son application.

Pour décrire cette mouvance, Michel Rosenfeld utilise l'expression de constitutionnalisation « abusive » qu'il emprunte à M.Landau³⁴, et en déduit que l'idéal constitutionnel n'est ni acquis ni garanti, et qu'il est possible que ce mouvement soit le précurseur d'un renversement plus étendu de l'approche moderne du constitutionnalisme.

Comme évoqué précédemment, cela pose la question des fondations du constitutionnalisme global, ce sur quoi il doit s'appuyer pour émerger. Dans son article « Is global constitutionalism meaningful or desirable », Rosenfeld définit le but d'une constitution moderne :

« The central purpose of a modern democratic constitution is to reconcile identity and difference sufficiently within the relevant polity so as to make self-government at once possible and (at least in principle) acceptable to all members of that polity as legitimate³⁵ ».

En d'autres mots, il affirme que le but premier des constitutions démocratiques modernes est de réconcilier l'identité et la différence au sein d'un régime politique pour rendre l'autonomie (politique, administrative) à la fois possible et acceptable, légitime pour tous les membres de la communauté formée.

Pour lui, ce concept de constitution démocratique moderne s'incarne dans l'idée du contrat social : les contractants peuvent avoir des intérêts propres mais sont unis dans leur désir

³³ Ibid, p180

³⁴ Ibid, p179

³⁵ Ibid, p181

de vivre ensemble, dans une unité politique juste et réciproquement acceptable. Une constitution envisagée comme un contrat social peut être ainsi vue comme capable de réconcilier la pluralité des intérêts, des idées, des cultures et religions³⁶.

En outre au cours de sa conférence *Les crises actuelles du constitutionnalisme*, Rosenfeld présente ce qu'il considère comme deux piliers du constitutionnalisme : les droits fondamentaux et la justice distributive, c'est-à-dire la justice visant à l'égalité réelle. Or, il note qu'aux Etats-Unis ou en Europe, les écarts de richesse se font de plus en plus grands et les politiques comme le droit ne le prennent pas nécessairement en compte³⁷.

C'est donc sur cette base qualitative qu'il faudrait s'appuyer pour concevoir la constitutionnalisation globale.

Enfin, Michel Rosenfeld constate que les régimes juridiques internationaux manquent de moyens pour sécuriser la hiérarchie et l'unité des normes, pourtant considéré comme un moyen de maximiser la convergence parmi les divers éléments et intérêts à l'échelle étatique³⁸. Il soulève donc la question d'une constitutionnalisation moins formalisée, qui se heurterait cependant à d'autres problèmes contemporains liés au constitutionnalisme global. C'est ainsi qu'il évoque un constitutionnalisme global encore aujourd'hui dominé par la technique du traité bilatéral et multilatéral, qui lie avant tout les Etats et ne sont pas pensés et conçus par les citoyens³⁹ ; ou encore la difficulté de certains régimes à atteindre l'idéal constitutionnel, notamment concernant la construction européenne et son déficit démocratique⁴⁰.

Michel Rosenfeld met donc le constitutionnalisme global à l'épreuve d'interrogations légitimes, à travers une approche multi niveaux. Ces questionnements, c'est ce que nous allons développer plus largement dans une seconde partie, qui se penchera sur les divers aspects des différentes thèses, afin d'en dégager des limites et des remarques critiques.

³⁶ Ibid, p181

³⁷ On pourrait prendre en exemple la position du Conseil d'Etat sur la conception de l'égalité, qualifiée par Laurence Burgogue-Larsen d'orthodoxe. Celui-ci tend en effet à privilégier une conception formelle. Voir à titre d'exemple CE, 14 octobre 2009, « Commune de Saint-Jean d'Aulps ».

³⁸ « *Although there are divergent interests in the [...] nation-state, two major factors are always present regardless of the particular constitutional identity involved: First, there is a cohesive, unified, hierarchically ordered constitutional/legal system that maximizes formal convergence among all diverse elements and interests* », p190

³⁹ Ibid, p191

⁴⁰ Ibid, p192

Partie II : Critiques et limites des thèses doctrinales actuelles : **repenser le constitutionnalisme global et ses enjeux**

Nous l'avons vu, le DCG fait état de différentes thèses qui rendent compte d'une doctrine foisonnante. L'intérêt de cette partie va être d'essayer d'en comprendre les limites, de formuler certaines critiques à leur égard, bien entendu dans une optique à la fois constructive, prudente et complémentaire. L'objet n'est pas ici de jeter l'opprobre sur tel ou tel point de vue, mais plutôt d'apporter des éléments nouveaux susceptibles de faire la lumière sur divers aspects du DCG, ses enjeux et ses évolutions futures.

Pour cela, nous analyserons le constitutionnalisme global à la lumière du laboratoire que représente l'Europe, à la fois à travers l'Union et à travers l'entreprise transnationale que représente la CEDH ; nous verrons enfin quels peuvent être les dangers d'une recherche trop formaliste d'un DCG, et quels peuvent être les questionnements permettant de calibrer une grille de lecture plus affinée.

I/Le laboratoire européen comme éclairage sur les problèmes concrets du transnationalisme

L'Europe est un espace qui, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, a vu se développer des formes de constitutionnalisations qui apparaissent comme les plus abouties encore aujourd'hui. Avec comme idée motrice la mise en place d'une paix structurelle et la consécration des droits de l'Homme, le vieux continent s'est doté à la fois d'une convention protégeant ces derniers et d'une communauté européenne favorisant l'interdépendance et les relations économiques et politiques. Chaque disposition de la convention et chaque traité communautaire étant gardé et interprété par les cours respectives qui y sont rattachées : la cour européenne des droits de l'Homme et la cour de justice de l'Union Européenne, dont les décisions lient les Etats⁴¹.

⁴¹ Même si l'autorité, notamment celle de la CEDH, peut être remise en cause comme on l'a vu par une partie de la doctrine et quelques Etats qui ne lui accordent qu'un intérêt relatif. La partition constitutionnelle est malgré tout jouée et intégrée par une bonne majorité aujourd'hui.

Ce phénomène de constitutionnalisation transnational avancé, structuré et formalisé à un degré inédit pour un ordre juridique supranational, constitue ainsi un laboratoire d'étude opportun. Il permet une comparaison avec un DCG encore balbutiant, de voir vers quoi ce dernier pourrait évoluer et quels sont les problèmes susceptibles de se poser.

Pour cela la question de la philosophie à protéger – ainsi que les moyens de cette protection, sera posée. Sera ensuite abordé le dialogue des juges⁴² comme pré requis de fonctionnement du constitutionnalisme global.

A/Quelle philosophie protéger et avec quels moyens ?

Le constitutionnalisme, lorsqu'il est entrepris dans une démarche formaliste⁴³, pose une série de questionnements notamment liée au rôle du texte qui le sous-tend, au rapport entre la cour, son rôle, et les Etats. A travers le développement de ces sujets, nous verrons quels problèmes se posent et quels peuvent en être les options.

1/Les différentes positions à adopter par le juge européen : entre universalisme, particularisme, « violationnisme » et étatismes

Juger n'est pas un acte neutre. Il engage une certaine dose de subjectivité pour interpréter la règle de droit, l'adapter au réel, lui fournir un sens particulier parmi d'autres. Ainsi le parcours des juges, leurs influences socioculturelles, leur doctrine, définissent la façon dont ils rendent justice, interprètent les normes qui sont à leur disposition.

Dans un contexte où les droits de l'Homme constituent un paradigme déjà bien ancré, se pose alors la question de la philosophie qu'il convient à protéger : c'est notamment ce que développe Marie-Elisabeth Baudouin dans l'ouvrage *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?* sous la direction de Stéphanie Henette-Vauchez et Jean-Marc Sorel. En effet, elle pose la question de la fonction sociale du juge, de la finalité philosophique de l'interprétation : doit-elle servir l'individu dans ses particularismes ou protéger une conception universelle de l'homme ?

⁴² La partie dédiée reviendra par ailleurs sur cette notion et les débats qu'elle suscite.

⁴³ C'est-à-dire un texte écrit ratifié, protégé et interprété par une cour compétente, comprenant un système de requête.

Certains juges prônent la protection des particularismes, mettent en avant un nouveau rôle qui serait celui d'un acteur social. C'est ce que soutient par exemple le juge Louis-Edmond Pettiti, en affirmant qu'une « nouvelle catégorie de personnes à protéger est apparue en Europe, qui échappe aux définitions classiques du droit international mais est soumise à toutes les discriminations, c'est le peuple des sous-pauvres, un quart de l'Europe, communautés à base de marginaux, de chômeurs de longue durée, d'exclus, privés d'accès effectif à la justice, à la scolarisation, à l'aide sociale, nouveau lumpenprolétariat de cette fin de siècle, qui attend notre solidarité »⁴⁴.

Ce particularisme se déploie aussi dans la volonté de protéger et consolider le droit à la différence, en forçant par exemple la reconnaissance des transsexuels, leur droit au mariage, ou l'adoption par les homosexuels, quitte à favoriser la liberté de l'individu contre la souveraineté de l'Etat⁴⁵.

A l'inverse, la conception universaliste se traduit par la volonté de protéger des droits impersonnels : les juges se disent garant de la protection de l'identité universelle, européenne des individus, à charge à l'Etat de protéger l'identité nationale et les particularismes⁴⁶. En opposition au juge Pettiti, l'ancien président de la cour Luzius Wildhaber affirme que la CEDH a d'abord vocation à être une cour constitutionnelle avant d'être un « remède pour les individus »⁴⁷.

Mais de cette philosophie des droits de l'Homme découle un autre dilemme : celui de savoir si le juge doit interpréter librement la convention, quitte à créer une jurisprudence audacieuse et dépassant la volonté première des Etats ; ou se limiter dans le but de respecter scrupuleusement la souveraineté étatique et l'esprit supposé initial de la convention⁴⁸. Cette opposition structure les manières d'interpréter la convention à la cour européenne. Le juge Gerald Fitzmaurice justifie lui l'approche étatiste par le fait que la convention tire sa force du consentement premier des Etats, qui s'incarne dans l'accord

⁴⁴ « Consonances et dissonances dans le discours européen des droits de l'homme – Violationnistes et étatistes : la définition du juge européen » in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Marie-Elisabeth Baudouin, p82

⁴⁵ Ibid, p84

⁴⁶ Ibid, p90

⁴⁷ Ibid, p91

⁴⁸ Ibid, p71

formé en 1950. Selon lui le juge ne doit donc pas chercher à adopter une vision créatrice de droit, et respecter le sens premier de la convention⁴⁹.

A l'inverse la doctrine violationniste met en avant la nécessité de recourir à une interprétation extensive, d'une part car la convention est un instrument vivant, dont la lecture doit se faire à la lumière du contexte juridique, socioculturel présent, et d'autre part car c'est un moyen de garantir une protection des droits fondamentaux. Ils observent ainsi non pas seulement le texte de la convention, mais aussi l'esprit qu'ils en déduisent⁵⁰.

Toutes ces oppositions rendent ainsi compte d'une complexité dans la manière de concevoir le constitutionnalisme à une échelle supranationale. Les quelques exemples cités montrent qu'à un certain degré de formalisme, diverses conceptions rentrent en jeu et impliquent des conséquences non négligeables sur les citoyens, les Etat, le rôle de la convention et du juge. Il est donc important d'aborder le constitutionnalisme global dans cette complexité et ses conséquences multiples. A cet égard, les questions que pose la construction de l'Union Européenne notamment concernant le contenu normatif consacré, apportent un point d'éclairage supplémentaire.

2/La vision libérale comme fondement communautaire : questionnements autour de la substance des normes constitutionnelles

L'Union Européenne s'est construite sur l'idée d'une paix favorisée par l'interdépendance et les échanges économiques : cela se traduit et s'observe très vite avec la Communauté Européenne du charbon et de l'acier au sortir de la guerre. Avec une vision libérale issue en partie de l'influence d'auteurs allemands sur les théories ordo-libérales, l'établissement d'un marché unique soumis aux règles de la concurrence a vite été un objectif, ou à tout le moins une feuille de route.

Ainsi le traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) soumet par exemple dans son article 106 paragraphe 2, une partie des services publics au droit de la concurrence et encadre scrupuleusement les aides d'Etat. Le Conseil d'Etat dans son rapport public de

⁴⁹ Ibid, p72

⁵⁰ Ibid, p76

1994 sur le service public, prenait déjà peur de l'application de la notion de SIEG, en affirmant que « L'Europe n'instruit pas le procès du ou des services publics ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence de service public⁵¹ ».

Par ailleurs, l'article 126 du même traité affirme quant à lui que « La commission surveille l'évolution de la situation budgétaire et du montant de la dette publique dans les Etats membres en vue de déceler les erreurs manifestes. Elle examine notamment si la discipline budgétaire a été respectée [...] ». C'est sur cet article que s'est fondée la mise en place du pacte de stabilité et de croissance adopté en 1997.

On pourrait en outre aussi bien évoquer le rôle joué par la CJUE, qui à travers son pouvoir de constitutionnalisation du droit communautaire, uniformise une interprétation libérale des traités⁵².

Ce court exposé non exhaustif de l'emprunte libérale de l'UE et de sa constitutionnalisation, pousse en définitif à s'interroger sur le contenu à constitutionnaliser. Une politique économique doit-elle être érigée en norme suprême et structurante ? Peut-on considérer le libéralisme comme un paradigme aussi accepté que celui des droits de l'Homme ?

En effet les dispositions que nous venons de voir ont un impact sur le choix politique des Etats et des institutions européennes, notamment au regard de la contrainte placée sur la gestion des budgets ou sur la conception du service public. L'idée n'est pas tant ici de critiquer la politique menée en soi (ce n'est pas vraiment le cadre pour s'y exercer), mais de chercher à montrer que ce qui relève du politique, du débat démocratique et du choix des peuples doit être manié avec une extrême précaution lorsqu'il s'agit de l'insérer dans une hiérarchie des normes.

Constitutionnaliser, c'est créer un cadre juridique et politique dans lequel vivent et s'accordent des individus en société. C'est un processus structuré et structurant, et en cela il est donc essentiel de déterminer ce qui relèverait du « contrat social » et le reste, c'est-à-

⁵¹ <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2151.asp>

⁵² Un exemple concret pourrait être celui de la définition très évasive donnée à la notion d'entreprise : « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement », Arrêt *Klaus Höfner & Fritz Elser/Macrotron GmbH*, 23 avril 1991

dire les idées, conceptions et philosophies s'insérant dans le cadre formée ; le contenant ne devant pas neutraliser le contenu.

Les traités et la jurisprudence européenne posent donc de véritables questions quant au contenu constitutionnel à ériger, qui doivent être prises en compte dans la réflexion sur le droit constitutionnel global.

3/Cour constitutionnelle ou tribunal: le problème des requêtes individuelles

Les notions de cour constitutionnelle et de tribunal posent en filigrane la question du rôle de la cour européenne des droits de l'Homme, mais aussi de toute institution ayant vocation à protéger, interpréter et faire respecter un texte ayant force normative.

Dans le cas de notre cour européenne, le débat s'est particulièrement vivifié au fur et à mesure que les requêtes individuelles ont augmenté. En effet si dans les années 1950 le système de recours individuel était une clause facultative (que la France n'a accepté que très tardivement, en 1981) et un mécanisme nouveau à apprivoiser par les juristes et les justiciables, les choses ont vite changé et les recours ont explosé avec le temps (54 requêtes dans les années 1960, 64850 en 2015)⁵³.

Certains juristes, dont notamment Luzius Wildhaber, prônent ainsi l'idée de transformer la CEDH en cour constitutionnelle : elle ne statuerait alors plus que sur des affaires graves, relevant de droits généraux, et abandonnerait plus ou moins son travail de protection des individus. En effet le recours individuel, en se développant aussi massivement est susceptible de mettre en péril la crédibilité et l'autorité de la cour. Avec des délais de plus en plus étendus, des procédures de plus en plus longues, c'est en fait le droit à un recours effectif qui menace de disparaître⁵⁴.

Cela pose aussi la question du champ ouvert aux requêtes individuelles et de sa délimitation. S'il est trop large, les requêtes peuvent submerger la cour : c'est ce que met en lumière Luzius Wildhaber lorsqu'il écrit « s'il suffit de dire – comme le fait l'arrêt Mamidakis c. Grèce

⁵³ *Rapport annuel 2015 de la cour européenne des droits de l'Homme*, p199

⁵⁴ « Constitutionnalisation et juridiction constitutionnelle – le point de vue de Strasbourg » in *Les droits de l'Homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Luzius Wildhaber, p96

– qu’une amende constitue un élément de propriété, un nombre illimité de requêtes concernant des amendes, émoluments, impôts, etc. pourrait être soumis à la Cour »⁵⁵.

C’est dans ce climat de réflexion sur l’avenir du rôle de la CEDH que, par ailleurs, divers rapports et conférences préconisent l’exercice d’un droit au refus de requêtes ne posant pas de question substantielle à la cour, ou un comportement plus proche d’une cour constitutionnelle traditionnelle⁵⁶.

Et ces questionnements européens ne se réduisent pas à notre continent, puisque la technique du recours individuel en matière de protection des droits de l’Homme se retrouve aussi à l’échelle internationale, avec le comité des droits de l’Homme. En effet depuis 1976 ce comité peut recevoir des communications individuelles, et il s’est octroyé un certain pouvoir notamment en produisant des interprétations audacieuses qu’il considère comme devant être respectées par les Etats, sur le fondement de la ratification du pacte et du mécanisme associé. Cette émergence et la trajectoire de ce comité posent donc les mêmes questions que nous venons de voir, auxquelles se greffent les mêmes pistes de réflexion.

B/ Le dialogue entre juges, un pré-requis de fonctionnement

Le dialogue des juges est une notion phare en droit, qui se trouve pourtant au cœur de beaucoup de débats. Certains voient dans ce dialogue la capacité des juges à échanger, collaborer, par exemple dans le cadre des questions préjudicielles entre les cours nationales et européennes (qu’il s’agisse de la CEDH ou de la CJUE). D’autres adoptent une lecture plus critique, en affirmant que les juges luttent sur un champ concurrentiel et mettent en place des stratégies pour conserver ou étendre leur pouvoir⁵⁷. On pourrait d’ailleurs illustrer cette dernière vision avec le fameux contentieux ayant opposé la cour constitutionnelle allemande à la CJCE, concernant la primauté du droit communautaire sur les dispositions de la loi fondamentale allemande⁵⁸.

⁵⁵ Ibid, p97

⁵⁶ Ibid, p101 et 102

⁵⁷ « Dialogue des juges ou concurrence des juges ? Le dialogue en question(s) », Colloque international de Tours – octobre 2015

⁵⁸ Déclenché par l’arrêt Solange I de la cour constitutionnelle allemande le 29 mai 1974 suite à l’arrêt Costa/ENEL de la CJCE du 15 juillet 1964, et clôturé (sans réel accord au demeurant) avec l’arrêt Solange II de la cour constitutionnelle allemande le 22 octobre 1986.

Pour poursuivre sur cette lecture sociologique du dialogue des juges, on pourrait en fait considérer ce dialogue comme la capacité des juges à accepter de jouer au même jeu juridico-politique, et/ou à intégrer des formes de domination et de violence symbolique.

En tous les cas, ce « dialogue » est nécessaire, puisqu'une hiérarchisation des compétences et de la force exécutoire des jugements rendus contribuent à la cohérence et au bon fonctionnement d'une constitutionnalisation multi-niveaux. On peut d'ailleurs le constater à plusieurs égards.

Si le Conseil Constitutionnel français apparaît parfois récalcitrant⁵⁹ (DC 1975 IVG, « une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la constitution »), la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, depuis notamment leurs arrêts Jacques Vabre et Nicolo, tendent à reconnaître comme légitimes et supérieures les décisions de la CJUE et de la CEDH. Bernard Stirn, ancien président de la section du contentieux du CE, affirme par exemple que le dialogue entre ce dernier et la cour européenne fonctionne bien⁶⁰. Il décrit une émulation entre les deux instances, qui a permis selon lui de progresser sur certains sujets comme le commissaire du gouvernement et la double fonction du CE⁶¹.

Parallèlement, il relate une certaine réticence du juge judiciaire, qui au début avait tendance à ne prendre en considération la CEDH que lorsqu'il constatait un vide juridique national manifeste, ou qui minimisait la portée des arrêts de la cour européenne, avant de comprendre son intérêt (ou sa soumission inévitable ?)⁶². On a donc au final une certaine cohérence entre les cours, à défaut peut être de cohésion.

On peut aussi analyser ce dialogue au sein même de la cour européenne des droits de l'Homme. Edouard Dubout, professeur de droit à l'université du Maine, évoque par exemple la fixation des limites de la jurisprudence de la CEDH. Les juges, en s'exprimant sur des sujets émergents comme la bioéthique, la fin de vie, doivent nécessairement discuter, confronter

⁵⁹ Même si en l'état, le Conseil s'inspire ou incorpore à ses décisions des solutions extérieures, sans nécessairement le mentionner explicitement.

⁶⁰ « La naissance du droit européen des droits de l'Homme et le rôle du 'monde de la convention' – Le point de vue du juge français », in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bernard Stirn, p107

⁶¹ Ibid, p110

⁶² Ibid, p116

leurs points de vue afin d'offrir des solutions cohérentes⁶³. Lorsqu'un consensus entre les juges peut aboutir, ou au moins quand une majorité claire se dégage, ceux-ci peuvent alors accepter la pénétration de certaines problématiques dans le champ de la convention, comme ce fut le cas avec le lien fait entre droit de l'environnement et l'article 8 de la convention sur le respect à la vie privée et familiale (aboutissant ainsi à la consécration d'un droit de vivre dans un environnement sain)⁶⁴.

Autre technique utilisée, celle d'une analyse procédurale du respect de la convention, qui consiste moins à juger sur le fond d'une affaire sensible et peu consensuelle, qu'à engager une approche technique du problème⁶⁵. Il s'agit ici de dépolitiser l'affaire, afin entre autre d'éviter les blocages et les affrontements qui mineraient la décision et la motivation des juges.

On constate donc qu'il existe des mécanismes coutumiers et structurels de coexistence entre les juges, une pacification par l'intégration des hiérarchies, des jeux de pouvoir et une volonté de se projeter dans une machinerie juridique transnationale qu'il est nécessaire de faire fonctionner⁶⁶.

Cette coexistence est en revanche un défi à surmonter sur le plan international. On peut évoquer trois raisons à cela.

La première c'est que dans une optique de rapport de force, les différentes cours et tribunaux doivent accepter de remettre en compétition une partie de leur pouvoir, prendre en considération un nouvel échelon global dont les normes et la jurisprudence prendraient le pas sur celles des échelons inférieurs.

La seconde, c'est qu'il y a encore une cohérence des décisions à construire. Avec la multiplication des instances internationales et les connexions entre les différents échelons (national, transnational, international), une cohérence devient difficile à mettre en œuvre, surtout au sein d'un champ qualifié de concurrentiel. Par exemple, s'est posée la question de

⁶³ « Les nouvelles frontières des droits de l'Homme et la définition du rôle du juge européen », in Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?, Edouard Dubout, p38

⁶⁴ Ibid, p42

⁶⁵ Ibid, p57

⁶⁶ Sauf à parler de quelques cours constitutionnelles récalcitrantes qui malgré tout adoptent bon gré mal gré les outils et les règles du jeu constitutionnel global.

la coordination des décisions rendues par le comité des droits de l'Homme : celui-ci ne prenant pas en compte si la question du requérant est déjà posée devant une autre instance, sa décision peut potentiellement contredire celle d'une autre. Si plusieurs Etats européens ont posé des barrières et réserves précisément dans l'optique d'éviter ces court-circuit juridiques, il reste encore à faire pour construire un ordre constitutionnel et juridictionnel pleinement fonctionnel.

Enfin la dernière, c'est que sur le plan international le dialogue est quasiment absent entre les juges constitutionnels des différents pays. Marie-Claire Ponthoreau, dans son article « La globalisation du droit constitutionnel en question(s) », souligne que l'émulation entre les différentes cours constitutionnelles du monde est absente, celles-ci se citant peu entre elles de manière générale⁶⁷. Sur 13250 décisions entre 1992 et 2011, la cour constitutionnelle roumaine n'a cité un précédent étranger que dans quatorze d'entre elles. La cour suprême japonaise elle, n'a cité qu'un précédent étranger sur 234 affaires constitutionnelles⁶⁸.

Seules les cours utilisant la *common law* ont tendance, pour des raisons de culture juridique, à faire un peu plus référence au droit constitutionnel étranger⁶⁹. On a donc au final assez peu d'ouverture juridique en matière constitutionnelle⁷⁰, et donc par conséquent assez peu de convergence formelle. Cela marque peut être aussi un manque de maturité du concept de constitutionnalisme global, qui s'il apparaît à beaucoup de juristes comme une réalité tangible, paraît encore ne pas structurer les façons d'aborder la décision et la motivation chez les juges constitutionnels.

L'Europe apporte donc beaucoup à l'étude du constitutionnalisme global, à la manière de le penser. Les questions qui se posent aujourd'hui sont celles qui intègrent ou intégreront le droit constitutionnel global, en tous cas si celui-ci conforte sa direction vers plus de formalisme. Pour conclure cette deuxième partie, nous allons maintenant aborder les dangers que peuvent représenter une recherche aveugle du constitutionnalisme global.

⁶⁷ « La globalisation du droit constitutionnel en questions », », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dubois de Gaudusson*, 2013, Marie-Claire Ponthoreau, p546

⁶⁸ Ibid, p548

⁶⁹ Ibid, p549

⁷⁰ En tout cas explicitement. Des jeux d'influences existent, sans pour autant que les juges souhaitent le reconnaître ou en faire mention.

II/Le danger d'une recherche aveugle du constitutionnalisme global

Le constitutionnalisme global est un enjeu d'une grande importance, car il porte avec lui l'idée d'une paix mondialisée, de relations pacifiées, coordonnées, d'une citoyenneté universelle ou encore d'une protection accrue des droits de l'Homme. Mais il est tout aussi important de penser le constitutionnalisme global dans ses conséquences et implications. Une approche plus critique est nécessaire pour désamorcer certains effets contestables qui seraient difficile à terme, à corriger. Ainsi sans pour autant rejeter le processus et la philosophie sous-jacente qu'il porte, des questions sont à traiter pour tenter de définir le constitutionnalisme global avec le plus d'éléments de réflexion possible.

La problématique du pouvoir constituant est, dans cette optique, essentielle ; la réflexion autour de l'ethnocentrisme constitutionnel et celle autour de la recherche performative comme grille de lecture à réinterpréter, constitueront aussi une partie de l'étude.

A/Un pouvoir constituant absent et a priori non préparé à une construction formalisée

La constitution est un objet juridique, politique, qui structure des institutions et une vie en société : on pourrait reprendre l'image du pacte social que lui greffe Michel Rosenfeld.

On doit donc avoir à la base un pouvoir constituant, qui au moins à travers un procédé de représentation (délégation, mandat impératif, représentatif), s'exprime et s'accorde sur les modalités du texte. Un vote universel permettant postérieurement une confirmation ou un rejet de ces modalités. C'est en tout cas ce qui fonde la légitimité des constitutions nationales modernes, avec bien entendu l'introduction de mécanismes permettant de les réviser si besoin est.

Or c'est une dimension qui apparaît finalement assez absente en droit international, mais aussi en droit européen. On pourrait à ce titre reprendre les constatations de Michel Rosenfeld, qui parle de déficit démocratique européen comme barrière à l'idéal constitutionnel et du défaut découlant d'une constitutionnalisation par et pour les Etats et non pour les citoyens :

« First, treaties, whether bilateral or multilateral, are still the backbone of all transnational legal regimes, and even with the advent of the 'direct effect' launched by Van Gend & Loos,

they remain primarily agreements among sovereigns rather than constitutions plausibly construed as social contracts among equal citizens who cohere as a single people »⁷¹.

On pourrait arguer que les Parlements sont en général sollicités dans le processus visant à ratifier les textes multilatéraux, et qu'ainsi la représentation nationale s'exprime. Mais on pourrait tout aussi bien avancer que ce procédé empêche la société dans son ensemble de s'emparer des débats et empêche les peuples de s'exprimer de façon responsable. Cette dépossession a par ailleurs été relativement mal vécue suite au cafouillage démocratique qu'ont représenté le vote pour le traité établissant une constitution européenne et celui du traité de Lisbonne en France.

En outre, on pourrait évoquer la technique de constitutionnalisation internationale que représente le *jus cogens*, que les cours transnationales et internationales « découvrent » et consacrent à l'instar de principes généraux du droit ou des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république relevés par notre Conseil Constitutionnel. Si pour le moment les principes se veulent plutôt consensuels et généraux⁷², rien n'empêche les cours de faire preuve de plus d'audace et de chercher à consacrer des principes issus d'une interprétation extensive du droit international. Même si pour le moment une telle chose aurait peu de portée au regard de la fragmentation des institutions internationales et de l'ordre juridique associé, cette technique juridique pose la question de son propre fondement notamment eu égard à cette fragmentation de l'ordre juridique international, mais aussi à la question de la légitimité des normes sur lesquelles elles pourraient s'appuyer.

Par extension, la question du pouvoir constituant implique de réfléchir sur l'idée d'un peuple universel, et donc sur les principes et valeurs susceptibles de le rassembler. La pluralité et la richesse des différentes cultures doivent nous pousser à penser le constitutionnalisme global avec précaution, afin de ne pas le considérer consciemment ou inconsciemment comme un moyen d'imposer une vision (culturelle, philosophique, politique) sur une autre.

⁷¹ « Is global constitutionalism meaningful or desirable ? » p191

⁷² « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international : le côté obscur de la force » in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Jean-Marc Sorel, p224

B/Le risque de l'ethnocentrisme dans le processus de constitutionnalisation globale

Dans l'ouvrage *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde*, Jean-Marc Sorel fait état de cet aspect du constitutionnalisme global et des dangers potentiels qu'il peut représenter : « Certains droits fondamentaux sont tellement gravés dans le marbre de la conscience collective – du moins occidentale, voire européenne – que la tentation du jusnaturalisme n'est pas loin »⁷³.

En effet, l'Europe a été le berceau conceptuel du développement de la philosophie de l'individualisme, des droits de l'Homme, qui ont été des marqueurs culturels et politiques forts. L'Europe incarne encore aujourd'hui une forme d'étendard d'une certaine pratique constitutionnelle, dans ses mécanismes et sa jurisprudence. La vocation supposée universelle de ces concepts doit, en tant qu'occidentaux, nous interpeller et nous faire réfléchir sur l'opportunité d'un tel processus.

Les droits de l'Homme ont-ils intrinsèquement, scientifiquement, cette portée universelle ? Existe-t-il une seule conception des droits de l'Homme ? L'interprétation occidentale des concepts considérés comme fondamentaux ne peut-elle pas se substituer à d'autres lectures ?

Répondre à ces questions serait une tâche complexe, mais plusieurs pistes de réflexion peuvent être engagées.

D'une part, il est important de comprendre que les droits de l'Homme peuvent recouvrir des portées et sens différents. A sa création, la DDHC n'avait pas telle vocation à s'appliquer aux femmes ; aux Etats unis, les esclaves ont longtemps attendu avant d'accéder à la protection de leurs droits. Historiquement donc, le sens et la substance de ces droits ont changé, se sont ajustés : il pourrait en être de même dans le futur. On pourrait aussi évoquer la distinction effectuée entre droits de première génération (civils, politiques) et ceux de deuxième génération (sociaux, économiques et culturels) qui fait débat, mais que la DUDH avait réussi à rassembler sous un même texte.

D'autre part, il faut se prémunir de tout ethnocentrisme, qui consisterait à percevoir le monde selon nos classifications, grilles de lectures, sans regard critique sur ces dernières et

⁷³ Ibid, p222

sans logique d'observation. Si des anthropologues comme Claude Lévi-Strauss ont su déconstruire des représentations ethnocentriques comme celle de la « pensée sauvage », la tentation du préjugé et l'abandon de tout relativisme restent présents dans nos sociétés occidentales. Or il convient de faire attention à ne pas calquer des droits et le sens que nous leur donnons sur des individus et sociétés qui ne partagent pas la même vision que nous. A titre d'exemple et comme le développe l'architecte français Denis Couchaux, beaucoup de sociétés nomades ont une conception de l'espace privé substantiellement différente des sédentaires : « La notion de demeure ne coïncide pas, chez les nomades, avec les limites matérielles de l'habitation »⁷⁴. Il serait alors complexe d'y calquer notre conception du respect de la vie privée sans perturber des éléments culturels et sociaux profonds.

C/La recherche performative du constitutionnalisme global : une grille de lecture à réinterpréter

Oliver Diggelmann et Tilmann Altwincker ont souligné ce qui selon eux, constitue une limite à l'approche du constitutionnalisme global, et ont proposé ainsi un modèle d'étude plus ouvert. Dans cette même mouvance, Jean-Marc Sorel dresse un tableau assez critique du discours sur le constitutionnalisme.

Il reproche ainsi aux discours dominants sur le sujet d'adopter une vision élitiste, auto-alimentée par un monde de juriste susceptible de manquer de recul. En outre, il dénonce ces discours qui selon lui se drapent « de bienveillance et d'une certaine neutralité », alors que leur teneur politique est évidente : « On affirme alors dans la foulée non seulement ce primat [de la neutralité], mais l'a-politisation à laquelle cette démarche mènerait. Rien de plus faux [...]. Il y a du *Big Brother* dans cette démarche : on mène tout le monde au 'bien', même contre son gré⁷⁵ ».

Ce discours sur le constitutionnalisme doit donc aussi être interprété, contextualisé car c'est aussi une vision politique qui est présentée. La recherche de son objectivation et de sa

⁷⁴ *Habitats nomades*, Denis Couchaux p21

⁷⁵ « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international : le côté obscur de la force » in *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Jean-Marc Sorel p233-234

« découverte » selon des formes et critères formels dessert ainsi plus le modèle et occulte la tenue de débats plus larges sur le constitutionnalisme et ses enjeux.

Pour autant, l'idée n'est pas de renier un pan entier de travaux sur le constitutionnalisme global, mais plutôt de les insérer dans des réflexions plus vastes et de les considérer à la lumière de problématiques nouvelles.

Conclusion

Le phénomène de constitutionnalisation globale est protéiforme, du fait notamment des différentes lectures dont il fait l'objet. La pluralité des thèses, malgré certains discours dominants mis en avant, montre un certain intérêt pour le processus et ses enjeux. Aujourd'hui cependant, une majorité d'auteur s'accorde à dire que le phénomène reste encore flou et qu'en aucun cas il n'est suffisamment mature pour être comparé aux systèmes constitutionnels nationaux.

Certains y voient là une opportunité pour le construire, le légitimer, quand d'autres développent une lecture moins formelle du constitutionnalisme global et tentent d'en reconceptualiser certains aspects.

Mais finalement si l'étude de ce constitutionnalisme intéresse la communauté universitaire, il est plus difficile de lui prédire un avenir au regard du contexte international actuel.

On observe en effet à un lent repli des nations sur elles-mêmes, qui se traduit concrètement par la montée de discours identitaires dans des pays comme la Pologne, la Hongrie, le Danemark, la France, ou actuellement les Etats-Unis. En opposition à l'idée d'une constitutionnalisation multi niveaux, ces mouvements politiques tendant à écorner la légitimité et l'opportunité de convergences internationales, formelles et juridiques ou sociales et intersubjectives.

En outre dans un contexte terroriste tendu, les pays européens oscillent entre volonté renforcée de coopération et remises en cause de principes comme la libre circulation intra

communautaire, laissant apparaître des dysfonctionnements et des incertitudes quant à la pérennité même des constructions supranationales.

Enfin les droits fondamentaux et la reconnaissance de l'individu comme sujet de droit international, notamment consacrés par l'ONU, restent encore soumis à la bonne coopération des Etats comme le souligne Jürgen Habermas. Avec le principe des membres permanents au conseil de sécurité et la possibilité d'opposer un veto sur les résolutions présentées, les intérêts des Etats prévalent encore profondément en droit international.

Le constitutionnalisme global doit donc, plus que jamais, être minutieusement pensé et son étude prendre en compte le plus d'éléments possibles.

Bibliographie

Ouvrages

- FAVOREU Louis, GAIA Patrick, GHEVONTIAN Richard et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 17^{ème} édition 2014, 1100p.

Monographies

- HENETTE-VAUCHEZ Stéphanie, SOREL Jean-Marc Dir., *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruylant, coll. Droit de la convention européenne 2011, 293 p.
- FASSBENDER Bardo, *The united nations charter as the constitution of the international community*, Martinus Nijhoff publishers, 2009, 216 p.

Articles

- DIGGELMANN Oliver, ALTWINCKER Tilmann, « Is there something like a constitution of international law ? », *ZaöRV* 68, 2008, p.623-650
- PETERS Ann, « Global constitutionalism », 2015, http://www.mpil.de/files/pdf4/Peters_Global_Constitutionalism2.pdf (Dernière consultation le 08/05/2016)
- PONTTHOREAU Marie-Claire, « La globalisation du droit constitutionnel en question(s) », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dubois de Gaudusson*, 2013, Presses universitaires de Bordeaux, p.545-562
- WALKER Neil, « Multilevel constitutionalism, looking beyond the german debate », *LEQS* n°08/2009, Juin 2009, p.1-36
- WYATT Sam, « Jürgen Habermas and the Constitutionalisation of International Law: a Critical Analysis of the United Nations », 2012, https://www.sheffield.ac.uk/polopoly_fs/1.179728!/file/Sam_Wyatt.pdf (Dernière consultation le 08/05/2016)
- THURER Daniel, ZOBL Martin, « Are nuclear weapons really legal ? thoughts on the sources of international law and a conception of the law *imperio rationis* instead of *ratione imperii* » in *From Bilateralism to community interest: essays in honor of judge Bruno Simma*, 2011, Oxford University, p.184-197
- ROSENFELD Michel, « Is global constitutionalism meaningful or desirable? », in *The European Journal of International Law* Vol.25 n°1, 2014, p.177-199

- KLEINLEIN Thomas, « Alfred Verdross as a founding father of international constitutionalism? », in *Goettingen Journal of International Law* vol.4, 2012, p.385-416

Jurisprudence

- Cour de justice des communautés européennes, 23 avril 1991, « Klaus Höfner & Fritz Elser/Macrotron GmbH »
- Cour de justice des communautés européennes, 15 juillet 1964, « Costa/ENEL »
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 29 mai 1974, « Solange I »
- Tribunal constitutionnel fédéral allemand, 22 octobre 1986, « Solange II »
- Conseil d'Etat, 14 octobre 2009, « Commune de Saint-Jean d'Aulps »
- Conseil d'Etat, 20 octobre 1989, « Nicolo »
- Cour de Cassation, 24 mai 1975, « Jacques Vabre »
- Conseil Constitutionnel, décision n°74-54DC 15 janvier 1975, « IVG »

Sites internet

- « Les crises actuelles du constitutionnalisme : du local au global », ROSENFELD (Michel), Conférence, 2013, https://www.canal-u.tv/video/universite_paris_1_pantheon_sorbonne/michel_rosenfeld_les_crises_actuelles_du_constitutionnalisme_du_local_au_global.11493
- « projet de paix perpétuelle », <http://la-philosophie.com/kant-paix-perpetuelle-projet>
- « Constructivisme social » https://fr.wikipedia.org/wiki/Constructivisme_social
- « L'agriculture en Provence Alpes côte d'azur : étude de la représentation sociale des agriculteurs en paca » http://www.memoireonline.com/11/13/7690/m_L-agriculture-en-Provence-Alpes-cte-d-azur--etude-de-la-representation-sociale-des-agriculteur2.html
- « Rapport sur l'ouverture à la concurrence des services publics », PAUL Daniel, 2005 <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2151.asp>

Divers

- « Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique », KANT Emmanuel, traduit par FOLLIOU Philippe, 2002, http://classiques.uqac.ca/classiques/kant_emmanuel/idee_histoire_univ/Idée_histoire_univ.pdf
- « Programme des Nations Unies pour l'environnement », 4 avril 2001, www.unep.org/IEG/docs/working%20documents/K0135274.F.doc
- « Dialogue des juges ou concurrence des juges ? Le dialogue en question(s) », Colloque international de Tours – octobre 2015,

<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/files/2014/04/Dialogue-des-juges-ou-concurrence-des-juges.pdf>

- *Rapport annuel 2015 de la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2016, 208 p.
- COUCHAUX Denis, *Habitats nomades*, Alternatives, coll.Anarchitecture, 2nd édition 2011, 189 p.
- « Politiques territoriales et européennes », cours dispensé par MAZEAUD Alice, 2016
- « Droit des contrats et services publics », cours dispensé par PINON Stéphane, 2015
- « Protection internationale des droits de l'homme », cours dispensé par BOUCOBZA Isabelle, 2015
- « Contentieux constitutionnel », cours dispensé par SABETE Wagdi, 2015

Table des matières

Introduction	p7
Partie I : Les thèses doctrinales contemporaines du constitutionnalisme global	p14
I/La vision performative du constitutionnalisme global	p14
A/Travail sémantique et définitionnel : la thèse de Bruno Simma	p14
B/La vision philosophique de Jürgen Habermas : entre constitutionnalisme et projet cosmopolite	p17
1/Cosmopolitisme et projet de paix perpétuel	p18
2/La constitutionnalisation du droit international selon Jürgen Habermas	p19
II/Le versant prudent du constitutionnalisme : une approche plus large et descriptive de la notion	p21
A/Oliver Diggelmann, Tilmann Altwincker et le constructivisme social	p22
1/Brève introduction aux théories constructivistes	p23
2/l'apport du constructivisme social en droit constitutionnel global	p24
B/Construire une constitution globale : sur quelles bases ? La crise constitutionnelle selon Rosenfeld	p25
Partie II : Critiques et limites des thèses doctrinales actuelles : repenser le constitutionnalisme global et ses enjeux	p29
I/Le laboratoire européen comme éclairage sur les problèmes concrets du transnationalisme	p29
A/Quelle philosophie protéger et avec quels moyens ?.....	p30
1/Les différentes positions à adopter par le juge européen : entre universalisme, particularisme, « violationnisme » et étatismisme	p30
2/La vision libérale comme fondement communautaire : questionnements autour de la substance des normes constitutionnelles	p32
3/Cour constitutionnelle ou tribunal : le problème des requêtes individuelles	p34
B/Le « dialogue » entre acteurs, un pré requis de fonctionnement	p35
II/Le danger d'une recherche aveugle du constitutionnalisme global	p39
A/Un pouvoir constituant absent et a priori non préparé à une construction formalisée	p39
B/Le risque de l'ethnocentrisme dans le processus de constitutionnalisation globale	p41
C/La recherche performative de l'idée constitutionnelle : une grille de lecture à réinterpréter	p42
Conclusion	p43
Bibliographie	p45

