



Les visages cachés du constitutionnalisme global

Stéphane Pinon

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2016/4 (N° 108), PAGES 927 À 938
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130734246

DOI 10.3917/rfdc.108.0927

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2016-4-page-927.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Le « constitutionnalisme global » peut s'entendre de deux manières : à travers tout d'abord une approche purement *descriptive* visant à désigner une étape nouvelle dans l'histoire du constitutionnalisme. Ce mouvement de diffusion du droit constitutionnel et de ses valeurs est né d'une relation d'interdépendance avec l'État ; le constitutionnalisme s'est érigé initialement en rempart contre l'arbitraire royal ou impérial. Il a vu l'éclosion du suffrage universel et la libéralisation des partis politiques bouleverser les conceptions traditionnelles de la représentation. Par la suite, il s'est de plus en plus assimilé à la croissance de la justice constitutionnelle, particulièrement après la Seconde guerre mondiale. Il pourrait désormais passer à une nouvelle phase de son évolution : celle de son installation dans un monde globalisé, dans lequel les volontés étatiques se voient concurrencées par d'autres acteurs décisionnels (des organisations internationales, régionales, les grandes institutions financières, les *Law Firms* trans-nationales, la surpuissante Banque des règlements internationaux...) et dévalorisée comme source première de création du droit. Dans ce monde globalisé, les fonctions clés du constitutionnalisme – encadrement des lieux de pouvoirs et protection des libertés fondamentales – se voient imparfaitement prises en charge au niveau étatique ; leur pleine réalisation supposerait donc l'intervention d'institutions supra ou para-étatiques. Le constitutionnalisme global peut aussi s'envisager sous un aspect beaucoup plus *stratégique* (ou idéologique), consistant pour ses partisans à casser le lien entre État et constitution.

Stéphane Pinon, Maître de conférences de droit public, université de La Rochelle, Membre du CÉRCOP de Montpellier

1. Cet article est le prolongement d'une conférence donnée à l'université de Lisbonne, le 13 mai 2014, à l'occasion de la célébration de l'anniversaire (les 80 ans) du grand professeur Peter Häberle.

Il n'y aurait, en somme, plus rien à attendre de l'ordre constitutionnel étatique, ni en matière de protection des individus ni en matière de paix entre les peuples, mais tout à gagner de l'avènement d'un constitutionnalisme internationalisé, reflet d'un monde sans frontière, débarrassé de la pleine souveraineté des États.

Dans tous les cas, il ne s'agit pas d'un concept présent dans le langage du droit positif (employé dans les traités, par les constituants ou par le législateur ordinaire), mais d'un concept édifié par la doctrine pour parler du droit ; il s'apparente à une sorte de « métalangage ». Comme le concept de « constitutionnalisme global » est récent, encore très discuté, en gestation pourrait-on dire, l'emploi de ces deux mots ne véhicule pas encore d'adhésion commune sur ses caractéristiques propres. Il s'agit donc d'un concept encore très malléable, d'une portée scientifique incertaine, incapable de prétendre à ce stade de son évolution à une unité descriptive. Comment le pourrait-il d'ailleurs, tellement les réalités décrites sont hétérogènes, fragmentées (droit humanitaire, universalisation des droits de l'homme, dialogue des juges, constitutionnalisation de l'ONU, de l'OMC...). Le changement d'échelle entraîne bien le changement d'objet. Le constitutionnalisme global d'Habermas n'est pas celui de Kleinlein ou de Teubner. Dans le journal d'Oxford (*International Journal of Constitutional Law*), Christine A. J. Schwöbel en a par exemple dégagé quatre dimensions : sociale, institutionnelle, normative et *analogical*². On peine encore à distinguer dans les discours une frontière bien nette entre le *global constitutionalism*, le *multilevel constitutionalism* rendu célèbre par les travaux venus d'Allemagne d'Ingolf Pernice³ (son « *Verfassungsverbund* »), le *cosmopolitan Constitution*⁴ ou le *transconstitutionalism*⁵. Malgré tout, comme ce discours s'enracine de plus en plus dans la doctrine, il faut le prendre au sérieux. On ne compte plus, en effet, les auteurs se référant directement ou non à l'avènement du « constitutionnalisme global » : Matthias Kumm⁶,

2. Voir « Situating the debate on global constitutionalism » (consultable sur : <http://icon.oxfordjournals.org/content/8/3/611.full>).

3. Voir N. Walker, « Multilevel Constitutionalism : Looking Beyond the German Debate », European Institute, London School of Economics, juin 2009 (<http://www.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS%20Discussion%20Paper%20Series/LEQSPaper8Walker.pdf>).

4. A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 304 p. Voir aussi A. (de) Julios-Campuzano, *El Horizonte constitucional. Ciencia jurídica, Derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita*, Madrid, ed. Dykinson S.L., 2014, 405 p.

5. M. Neves, *Transconstitucionalismo*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2009 (trad. anglaise par les ed. Hart Publishing, 2013, 246 p).

6. M. Kumm, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism : An Integrated Conception of Public Law », 20 *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 623 (2013) ; « The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis », *European Journal of International Law*, 2004, vol. 15, p. 913. On signalera aussi qu'il dirige, depuis 2012, le Centre de Constitutionnalisme Global de l'université de Berlin (<https://www.wzb.eu/en/research/trans-sectoral-research/center-for-global-constitutionalism>).

Anne Peters⁷, Rafael Domingo⁸, Mireille Delmas-Marty⁹, Benoît Frydman¹⁰ ou encore Gabor Halmai¹¹. Parmi ce flot de littérature on peut citer encore le *Taking Constitutionalism Beyond the State* de Neil Walker¹² ou le *Constitution in the Process of Denationalization* de Dieter Grimm¹³. Une nouvelle revue est même apparue chez Cambridge, en 2012, intitulée *Global constitutionalism. Human Rights, Democracy, Rule of Law*.

Choisir d'étudier « les visages cachés du constitutionnalisme global » suggère deux idées : tout d'abord que le constitutionnalisme global existe, ensuite que, devant ce nouveau phénomène, l'esprit critique doit rester en éveil.

Si certaines prémisses méthodologiques sont respectées, on peut admettre qu'au-delà des discours, le constitutionnalisme global émerge dans les faits. Différents phénomènes en apportent la preuve. Parmi eux il y a par exemple l'ouverture des constitutions étatiques à la norme internationale, ce que Peter Häberle désigne comme « l'État constitutionnel coopératif¹⁴ », ce que Boris Mirkine-Guetzévitch avait appelé au début des années 1930, dans une intuition magistrale, le « Droit constitutionnel international¹⁵ ». En découlent une inévitable érosion de la souveraineté des États et un vrai conditionnement du pouvoir constituant. Il y a également la tentation de constitutionnaliser l'activité des nouveaux acteurs

7. A. Peters, « The Globalization of State Constitutions », in Nijman Janne, Nollkaemper Andre (dir.), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 251-308. Également T. Kleinlein, A. Peters, *International Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

8. R. Domingo, *The New Global Law*, Cambridge University Press, 2011.

9. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil en 4 volumes : *Le Relatif et l'universel* (2004), *Le Pluralisme ordonné* (2006), *La Refondation des pouvoirs* (2007), *Vers une communauté de valeurs* (2011). M. Delmas-Marty fut aussi l'auteur de *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, éd. textuel, coll. Conversations pour demain, 2005, 144 p.

10. B. Frydman, « Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », in *Le Dialogue des juges*, Bruxelles, Bruylant, coll. Les cahiers de l'Institut d'Études sur la Justice, 2007, pp. 147-166. Également, J.-Y. Chérot, B. Frydman, *La Science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, coll. Penser le droit, 2012.

11. G. Halmai, *Perspectives on Global Constitutionalism: The Use of Foreign and International Law*, La Haye, Eleven International Publishing, mars 2014.

12. N. Walker in *Political Studies*, vol. 56, 2008, pp. 519-543.

13. D. Grimm in *Constellations*, vol. 12, 2005, pp. 447-463. Du même auteur, se référer également à son célèbre « Die Zukunft der Verfassung » de 1990, repris dans G. Zagrebelsky, P. P. Portinaro, J. Luther (dir.), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 129-163.

14. Par exemple P. Häberle, « Der Kooperative Verfassungsstaat », dans une compilation d'écrits du même auteur, *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein/Ts., 1980, p. 306. Voir aussi, *L'État constitutionnel*, Paris, Economica, coll. Droit public positif, 2004, pp. 61 sq.

15. Titre qu'il donne à un ouvrage publié chez Sirey en 1933 (290 p.). L'auteur d'origine ukrainienne était convaincu que la constitutionnalisation de la force obligatoire du droit international – observé dans les constitutions apparues après la Première guerre mondiale – conduirait au maintien de la paix. Le progrès de la démocratie, qui lui semblait inéluctable, aurait pour autre conséquence une « unité du droit public », le droit constitutionnel (la « technique de la liberté ») ne pouvant plus se concevoir de manière fermée, mais dans un rapprochement avec le droit international (la « technique de la paix »). Pour plus de détails, voir S. Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, 2007, n° 46, pp. 196-200.

internationaux, ce que Gunther Teubner qualifie avec enthousiasme de nouveau « constitutionnalisme sociétal » (*societal constitutionalism*)¹⁶. Il est fondé sur un processus d'« auto-constitutionnalisation » de secteurs autonomes de la société mondiale. Ainsi, à côté des acteurs politiques traditionnels, des acteurs privés devraient eux aussi se plier à la contrainte du respect des droits de l'homme. Un pluralisme constitutionnel mondial prendrait forme, de manière fragmentée, dans lequel l'auteur voit les constitutions « politiques » voisiner avec des constitutions « civiles ». Ce phénomène d'auto-constitutionnalisation s'illustre par exemple dans la *lex mercatoria* pour les entreprises, dans la régulation d'Internet ou encore dans la *lex sportiva* avec ce tout-puissant Tribunal arbitral du sport. L'affaire *Abdullah Kadi*¹⁷ offre un autre exemple de contentieux typiquement constitutionnel venant déborder de la sphère étatique pour saisir l'activité des organisations internationales.

Mais admettre que tous ces phénomènes juridiques nouveaux relèvent du « constitutionnalisme » suppose d'abandonner au moins trois piliers théoriques de la discipline : tout d'abord l'interdépendance originelle entre État et Constitution ; ensuite le lien entre pouvoir « politique » et Constitution suggérant l'abandon concomitant du lien entre pouvoir constituant populaire et constitutionnalisme. Enfin, la pleine valeur scientifique du « constitutionnalisme global » implique de mettre à l'écart le critère formel dans la définition du droit constitutionnel¹⁸. Une fois cette révolution théorique et épistémologique admise – ce qui ne me paraît pas si simple –, on peut reconnaître que le droit constitutionnel croît désormais dans deux directions. Il continue d'une part, de manière classique mais toujours plus intense, à encadrer la vie politique des États. Le rôle de clé de voûte occupé aujourd'hui par la justice constitutionnelle dans les sociétés démocratiques en offre une parfaite illustration. Il essaie, d'autre part, d'imposer, dans une évolution beaucoup plus récente, la sau-

16. G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, janvier 2014. Pour une mise en perspective des travaux de G. Teubner dans la constellation des nouvelles variantes du constitutionnalisme (le « néo », le « nouveau », le « trans », le « multilevel » etc.), voir J.J. Gomes Canotilho, « Principios y “nuevos constitucionalismos” ». El problema de los nuevos principios », *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, 2010, n° 14, pp. 321-364.

17. CJCE, 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c./ Conseil et Commission* (aff. C-402/05 P et C-415/05 P).

18. Évidemment, cette approche renouvelée du constitutionnalisme suppose de redonner à la sociologie un rôle majeur. Le constitutionnalisme ainsi conçu aurait selon ses défenseurs le potentiel pour contrebalancer les tendances expansionnistes des systèmes sociaux hors de la sphère étatique, en matière économique, technologique ou médiatique, tout particulièrement lorsque ces systèmes mettent en danger l'autonomie individuelle. Ce retour au premier plan d'une sorte de « constructivisme social » est défendu par O. Diggelmann et T. Altwicker, « Is There Something Like a Constitution of International Law ? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2008 n° 68, pp. 623-650 (en ligne sur http://www.zaoerv.de/68_2008/68_2008_3_a_623_650.pdf).

vegarde des droits de l'Homme à des pouvoirs transnationaux, nombreux dans cette globalisation polycentrique. Les nouveaux centres de décisions, émancipés des frontières étatiques pour s'adosser aux entreprises multinationales, aux marchés financiers, aux organisations internationales ou aux différents réseaux d'experts, se retrouveraient donc eux aussi pris dans la contrainte de la dignité humaine à respecter.

Cependant, le constitutionnalisme, dans son volet « global », demeure embryonnaire, inachevé, amputé de plusieurs de ses branches. Il doit avant tout se comprendre comme *un constitutionnalisme de protection des droits de l'Homme* avec des garanties institutionnelles encore insuffisantes¹⁹. Seul le système de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme se rapprocherait d'un modèle abouti. Mais il y a plus grave qu'un simple problème de croissance. Surgissent aussi des difficultés de fond, qui affectent l'essence même du constitutionnalisme global. *Quels sont ces visages cachés du constitutionnalisme global ?* À y regarder de près, nous sommes en mesure d'en identifier au moins deux. D'abord il y a ce phénomène de globalisation donnant naissance à un nouveau rapport entre les pouvoirs dominés par l'oligarchie des juges (I). Ensuite, il y a la tentation de voir émerger une nouvelle vision de la société dominée par la centralité de l'individu (II).

I – LA NAISSANCE DE NOUVEAUX RAPPORTS ENTRE LES POUVOIRS DOMINÉS PAR L'OLIGARCHIE DES JUGES

Il est impossible aujourd'hui de parler de constitutionnalisme global sans parler d'activisme juridique, de *Judicial Globalization* (pour reprendre les termes d'Anne-Marie Slaughter²⁰) aboutissant à une vraie communauté globale des juridictions. La perspective d'une jurisprudence constitutionnelle globale pourrait même se dessiner tellement l'usage des arguments de droit comparé en matière d'interprétation des droits fondamentaux aboutit à des rapprochements. En adoptant une posture moins optimiste, il semble également difficile de parler de constitutionnalisme global des droits de l'homme sans évoquer, pour reprendre la formule de Roberto Michels, une sorte de « loi d'airain de l'oligarchie » des juges. Pourquoi cette forme « oligarchique » de gouvernement est-elle

19. Pour une critique des carences du constitutionnalisme dans son aspect « global », voir L. Ferrajoli, « Beyond Sovereignty and Citizenship : a Global Constitutionalism », in Bellamy Richard (dir.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty : American and European Perspectives*, Avebury, Aldershot, 1996, pp. 151-160.

20. Voir « A Global Community of Courts », 44, *Harvard International Law Journal*, 2003. Également A.-M. Slaughter, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

inévitable ? En raison de l'importance du rôle des juges dans la globalisation, en raison de la nature de leur rôle et en raison de la manière dont ils l'exercent.

L'importance de leur rôle. La globalisation signifie l'ouverture des ordres juridiques. Or, ce sont les juges qui mettent en œuvre cette nouvelle articulation. Au quotidien, ils sont institutionnellement les mieux placés pour jouer ce rôle d'interface dans la mondialisation, entre les ordres juridiques étatiques et le nouveau droit global. L'Union européenne peut, à cet égard, apparaître comme un vrai laboratoire. L'intégration n'aurait jamais été possible sans la jurisprudence de la Cour de justice imposant les principes « d'applicabilité directe » et de « primauté » du droit communautaire dès le début des années soixante, sans la pratique du renvoi préjudiciel par les juges nationaux, sans les coups d'audace du Tribunal constitutionnel allemand (célèbre jurisprudence *Solange I* de 1974 ou arrêt Maastricht de 1993 qui s'insurge contre les *ultra vires* des juges de Luxembourg²¹), sans les jurisprudences *Nicolo* ou *Perreux* en France etc. Robert Lecourt avait eu raison de consacrer un ouvrage en 1976 à *L'Europe des juges*. Interprétant les dispositions trop générales des traités et des constitutions sur les relations entre les ordres juridiques²², ce sont bien les juges qui assurent la liaison entre l'espace étatique et l'espace européen ou global. En grande partie, la construction du constitutionnalisme global leur revient, ils en apparaissent jusqu'alors comme les acteurs majeurs. Et comme il devient impossible de contester un quadrillage jurisprudentiel noué autour de l'universalisation des droits de l'homme²³, il devient impossible de contester le rôle des juges. En somme, ils incarnent la face positive, la face noble de la mondialisation. Sont-ils légitimes pour assurer une telle mission ? La question doit être posée.

La nature de leur mission. La toute-puissance des juges dans ce droit globalisé repose sur l'interprétation des grands principes : le droit à la vie, la dignité de la personne, la non-discrimination, la liberté de la presse, la protection de la vie privée, la laïcité etc. Mais le principe n'est pas la

21. Pour plus de détails, S. Pinon, *Les systèmes constitutionnels dans l'Union européenne. Allemagne, Espagne, Italie et Portugal*, Bruxelles, Larcier, coll. Manuels, 2015, pp. 164-166.

22. Voir le fameux article 4.2 du Traité sur l'Union européenne : « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles... ». On peut se reporter aussi à l'article 55 de la Constitution française (« Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ») ou à l'article 16 de la Constitution portugaise (1. « Les droits fondamentaux consacrés dans la Constitution n'excluent pas les autres droits résultant des lois et des règlements applicables du droit international »).

23. Voir S. Henneute-Vaucher, J. M. Sorel (dir.), *Les Droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?* Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme, 2011.

règle²⁴. À l'indétermination des sources du principe s'ajoute une échelle de valeur relevant plus de la morale que de la hiérarchie formelle des normes. Leur indétermination est telle qu'elle suppose toujours une pondération, un contrôle de proportionnalité. Or, en entrant dans l'âge du *balancing*, le raisonnement juridique fait une place toujours plus nette au pouvoir discrétionnaire des juges.

« Une jurisprudence des principes peut et doit toujours être retravaillée. En tant que mandat d'optimisation, les principes peuvent toujours être davantage promus et respectés. La perfection demeure hors d'atteinte, de sorte que de nouvelles actions juridiques paraissent toujours appropriées. Au contraire des conflits de règles, où l'une des deux règles doit nécessairement être déclarée invalide, en totalité ou en partie, les principes ne sont jamais "perdants" de manière définitive²⁵. »

La sécurité juridique et la prévisibilité du droit s'en trouvent incontestablement menacées. Le constitutionnalisme global des droits de l'homme révèle avec force le mythe d'une logique pure et mécanique dans le processus juridictionnel ; il rend illusoire l'idée d'une neutralité normative du juge, l'idée qu'il puisse déclarer le droit sans faire œuvre de création. À l'ère de la globalisation, se révèle toute la pertinence des théories réalistes de l'interprétation... si longue à prendre racine dans le discours doctrinal français.

La manière d'exercer leur mission. L'oligarchie se nourrit du fameux « dialogue des juges ». Les acteurs constitutionnels semblent coexister et interagir pacifiquement. Stephen G. Breyer parle de « diplomatie judiciaire » pour évoquer la circulation des standards de raisonnement juridique et l'universalisation des droits fondamentaux²⁶. Joseph Weiler évoque même le principe de « tolérance constitutionnelle²⁷ », tandis que Marcelo Neves parle de l'abandon de tout « narcissisme » des sphères constitutionnelles²⁸. Les citations croisées entre les juridictions constitutionnelles se développent ; une sorte de « rationalité partiellement commune et transversale »²⁹ prendrait corps. Mais le tableau est trop beau pour rendre compte de toute la vérité ! Certes le dialogue des juges

24. Sur cette distinction, voir l'ouvrage phare de Gustavo Zagrebelsky, *Il Diritto Mite*, Turin, Einaudi, 1993, pp. 148 *sq.* Également R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Puf, 1995, pp. 73 *sq.*

25. G. Tusseau, « Un Chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in Chérot Jean-Yves et Frydman Benoît, *La Science du droit dans la globalisation*, *op. cit.*, p. 207.

26. S. Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, éd. Odile Jacob, 2015.

27. Voir par exemple J.H.H. Weiler, « Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg », in Nicolaidis Kalypso, Howse Robert (dir.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 54-70.

28. M. Neves, *Transconstitucionalismo*, *op. cit.*, p. 166.

29. G. Tusseau, *idem.*, p. 210.

fut source de progrès dans le renforcement de la protection des droits, particulièrement sur le sol européen³⁰. Mais la rhétorique du « dialogue » n'est pas une formule neutre, elle sert inévitablement l'intérêt de ses acteurs. Recourir par exemple, à l'argument de droit comparé pour les jeunes juridictions constitutionnelles (ce fut notamment le cas en Afrique du Sud ou en Hongrie³¹) est une manière de mieux affirmer la légitimité des solutions jurisprudentielles retenues. Ainsi peut-on plus facilement écarter l'accusation d'une résolution de conflit relevant d'un pur acte de volonté. En Europe, parler de « dialogue » offre aux juges nationaux – et peut-être plus souvent encore à la doctrine – l'illusion d'une indépendance préservée³². On masque de la sorte une réalité qui ressemble souvent, dans un réseau vertical partant de la CEDH, à un dialogue de sourd ou à un « monologue »... Enfin, la rhétorique du « dialogue » sert évidemment à valoriser le statut propre des juges, à mettre en valeur leurs vertus, à justifier leur toute-puissance. La mondialisation avec les juges ce n'est pas la *guerre*, c'est le *dialogue*, le règne des relations pacifiques, constructives. Les hommes politiques, les peuples, qui n'ont pas cette sagesse, cet accès à la raison, doivent prendre modèle. Parler de « dialogue des juges » permet donc de désigner les vrais « acteurs éclairés » de la mondialisation, dénués de visées stratégiques. Peut-on sérieusement le croire ? Derrière le dialogue se cache donc la sacralisation de la fonction juridictionnelle opposée à la turpitude des actions politiques³³.

Toutefois, développer une telle vision manichéenne revient à oublier un peu vite que l'action politique contient par essence l'action collective. L'avènement embryonnaire du constitutionnalisme global comporte bien un autre danger : celui d'une nouvelle conception de la société « hyper-individualiste ».

30. Pour une approche positive du « dialogue » des juges en Europe, L. Burgorgue-Larsen, « Pour une approche dialogique du droit constitutionnel européen », in *Mélanges Vlad Constantinesco. Europe(s), droit(s) européen(s)*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 642-665. Une vision contraire est offerte par D. Kennedy, « The Mystery of Global Governance », in Dunoff Jeffrey L., Trachtman Joel P. (dir.), *Ruling the World. Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, 2009, pp. 37-68.

31. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe y exerça une influence majeure.

32. Voir en France les fameuses affaires *Abdeli et Melki* (Cour de cassation, 16 avril 2010 puis CJUE, 22 juin 2010). Elles obligeront le nouveau mécanisme de question préjudicielle de constitutionnalité, inauguré par la révision de l'été 2008, et appelé « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC), à passer sous les fourches caudines du droit de l'Union. Le Conseil constitutionnel devra revoir son interprétation initiale de la loi organique instituant la QPC (suivi dans sa nouvelle lecture par le Conseil d'État, arrêt *Rujovic*) pour s'aligner par anticipation sur les exigences de la Cour de justice. Si la « guerre » des juges fut évitée, le « dialogue » instauré fut bien peu équilibré...

33. Pour une déconstruction récente du « mythe du dialogue », voir G. de Vergottini, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison* (2010) trad. fr. J.-J. Pardini, Paris, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2013.

II – UNE NOUVELLE VISION DE LA SOCIÉTÉ DOMINÉE PAR LA CENTRALITÉ DE L'INDIVIDU

Dans sa configuration actuelle et inachevée, le constitutionnalisme global pourrait se résumer comme le passage de la souveraineté du peuple à la souveraineté de l'individu. L'être humain est non seulement le sujet du droit, mais également sa cause et sa finalité exclusive. La « règle d'or du droit global » émerge : *ex persona ius oritur*³⁴. Pour reprendre la formule de Marcel Gauchet : « Le moins de pouvoir social possible pour le plus de liberté personnelle possible : tel est le nouvel idéal³⁵. » La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pourrait facilement illustrer une évolution qui se traduit dans « l'élévation des droits de l'homme à la centralité idéologique³⁶ ». Il s'agit de droits avant tout civils et politiques ; parce que la priorité après la Seconde guerre mondiale fut de protéger les individus contre l'arbitraire du pouvoir étatique, parce que les régimes communistes prônant la primauté des droits sociaux ont périclité au profit des courants idéologiques libéraux (dont F. A. Hayek fut l'un des maîtres). Or trop d'individualisme, un idéal fait de droits subjectifs, de droits égoïstes, de revendications effrénées de sa singularité individuelle, c'est aussi le risque d'affaiblir les solidarités, le sentiment d'un destin collectif à partager. Cette critique, qui a pu être qualifiée de « communautaire³⁷ », souligne que nos *droits de l'individu* « ont perdu la dimension collective qui était la leur à l'origine et que leur usage inflationniste est devenu une des causes et un des symptômes les plus flagrants d'une déliaison sociale et d'un narcissisme exacerbé ». Le scepticisme à l'égard de la privatisation des droits dits « fondamentaux » a aussi trouvé de nombreux porte-parole chez les juristes (Jacques Bouveresse, Gilles Lebreton,

34. R. Domingo, *The New Global Law, op. cit.*, p. 125.

35. *La Condition politique*, Paris, Gallimard, coll. tel, 2005, p. 541.

36. M. Gauchet, *La Démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, coll. tel, 2002, p. 340. Dans sa thèse de doctorat (*La Prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, université Paris-I, 2011, publiée chez Bruylant, 2012, préf. E. Picard), X. Souvignet souligne bien cette inclination de la Cour à promouvoir un dépassement de la démocratie par le droit. « Méfiante envers les droits sociaux, peu généreuse avec les droits spécifiquement politiques, la Convention européenne des droits de l'homme dresse ainsi le portrait d'un individu seul, rationnel, égoïste et possédant, guettant l'ordre social et politique d'un œil inquiet et sévère, le suspectant constamment de vouloir rogner sur ses libertés naturelles et sa propriété ». Il en découle une forme de désétatisation du droit ainsi qu'une « communauté de droit » tendant à se substituer à la « communauté politique ». Voir aussi C. Colliot-Thélène, *La Démocratie sans « démos »*, Paris, Puf, 2011.

37. C'est dans cette catégorie – « la critique communautaire : la démocratie contre elle-même » – que Justine Lacroix et Jean-Yves Pranchère (*Le procès des droits de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, coll. La couleur des idées, 2016, pp. 44 puis 65 sq.) placent les travaux de Marcel Gauchet, de Pierre Manent ou de Jean-Claude Michéa.

Martti Koskeniemi, Jean-Louis Harouel³⁸...). La tentation « hyper-individualiste » des droits protégés semble accentuée par le constitutionnalisme global. Il en résulte un double danger.

Le premier est de conduire à une certaine forme d'annexion des droits sociaux par les droits de l'homme. La mondialisation visant à l'accroissement des échanges, prenant appui sur la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre, d'investir, elle peut facilement conduire à déprécier les droits sociaux par rapport aux libertés individuelles dans la balance des droits. Que pèsent, par exemple, les buts sociaux du Préambule de l'accord instituant l'OMC par rapport au principe de libre-échange ? Une logique de marché, de libre-échange et d'efficacité est-elle compatible avec l'idée de solidarité consubstantielle à celle de droits sociaux ? Même les constitutions nationales en subissent les contrecoups. De plus en plus ouvertes à ces contraintes extérieures de nature néolibérales, elles laissent la norme suprême se gonfler de logiques économiques nouvelles (équilibre budgétaire, interdiction des dettes publiques...) capables de menacer la justiciabilité de certains droits économiques et sociaux et de subordonner, autrement dit, la constitution sociale³⁹.

Et puis si certains partisans de la globalisation se félicitent du mouvement de « désétatisation » du pouvoir, ils oublient que le visage du pouvoir étatique n'est pas seulement oppressif, il est aussi un prestataire de services. Affaiblir l'État c'est donc affaiblir aussi l'« État providence » et encourager sa privatisation. Or on s'accordera pour reconnaître que dans la sphère internationale – et même européenne – l'État peine à trouver un successeur efficace en matière de protection des droits sociaux. Si les progrès dans la garantie du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ne suffiront pas à imposer une justiciabilité efficace de ces droits parmi les pays signataires⁴⁰, la perspective d'une vraie politique sociale unifiée dans l'Europe des vingt-huit continue de son côté de s'apparenter à un « mirage » intégrationniste. Sur le continent américain, ni le Protocole additionnel à la Convention américaine de San Salvador (adopté en 1988 et entré en vigueur depuis

38. J.-L. Harouel, *Les droits de l'homme contre le peuple*, Paris, éd. Desclée de Brouwer, 2016.

39. Pour une analyse du phénomène dans l'espace de l'Union européenne, voir J. Luis Monereo Pérez, « Por un constitucionalismo social europeo. Un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía europea », *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, 2014, n° 21, pp. 143-194 (<http://www.ugr.es/~redce/REDCE21/ReDCEportada21.htm>). À l'échelle globale, les défaillances « sociales » du constitutionnalisme sont aussi soulignées par M. Rosenfeld, « Is global constitutionalism meaningful or desirable ? », in *The European Journal of International Law*, 2014, Vol. 25, n° 1, pp. 177-199.

40. Ainsi, le *Comité des droits économiques, sociaux et culturels* (CESCR en activité depuis 1989), jusqu'alors compétent pour étudier les rapports que les États parties lui soumettent tous les cinq ans, est-il désormais en mesure d'examiner des réclamations individuelles en cas de violation des droits reconnus par le Pacte (Protocole facultatif adopté par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 2008, ratifié à ce jour par vingt-et-un États, dont la France le 18 mars 2015, et entré en vigueur le 5 mai 2013).

novembre 1999), ni la sentence importante du 1^{er} juillet 2009 (*Acevedo Buendía y otros*), ne permettront d'inverser la tendance. Le nombre de recours relatifs aux droits économiques et sociaux portés devant la Cour interaméricaine de San José continuera d'être limité⁴¹. Invariablement, les frontières tombent dans de nombreux domaines mais ce sont toujours les législateurs nationaux – parfois l'activisme des juridictions constitutionnelles nationales⁴² – qui demeurent en première ligne en matière de réalisation des « droits-créances ». En réalité, le phénomène de globalisation du droit ne semble pas conduire à la disparition des États mais plutôt à leur réinscription dans un contexte juridique en pleine mutation.

Le second danger réside dans la dévalorisation de la citoyenneté politique. Le constitutionnalisme global semble maintenir une vision néolibérale de la société en privilégiant la « forme » juridique au détriment de la « substance » politique. Elle entretient une approche passive de l'Homme dans la cité. On lui fait la promesse qu'il sera protégé dans ses droits tout en négligeant de lui rappeler qu'il doit aussi participer aux affaires. Au-delà, le discours sur le constitutionnalisme global se développe trop souvent dans le mépris du pouvoir politique étatique. Ce n'est pas seulement l'appel à une humanisation de la souveraineté étatique par la multiplication des traités de protection des droits de l'homme qui résonne, mais aussi l'appel à sa négation. Rafael Domingo considère même la « souveraineté » des États comme un concept dépassé, faisant obstacle à l'édification d'un droit post-national⁴³. Mais cela revient à négliger le fait qu'en l'absence d'une démocratie mondiale, et même d'une démocratie européenne, l'État (les régions également dans les États autonomiques ou fédérés) demeure le seul lien de rattachement de l'individu à la communauté politique. Qu'on le déplore ou non, pour la grande majorité des peuples, l'État est encore aujourd'hui la cellule de base de la démocratie, le lieu des élections majeures, le terrain de légitimation des hommes politiques les plus influents. L'expérience politique déterminante demeure nationale. Autrement dit, trop dévaloriser l'État aujourd'hui revient à dévaloriser l'engagement politique, et partant le concept même de démocratie. Pour éloigner le constitutionnalisme global en hybridation de ces premiers dangers, sans doute faut-il ne pas aller trop vite. Peut-être faudrait-il même s'inspirer de la « méthode » Monnet-Schuman, celle des petits pas. Qu'avait dit Robert Schuman

41. Voir L. Burgorgue-Larsen, « La transfiguración del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte interamericana de los derechos humanos. Los avances del asunto *Acevedo Buendía vs. Perú* », *Revista jurídica de la Derechos sociales*, 2012, n° 2, p. 62.

42. Ce phénomène est particulièrement exacerbé en Amérique latine, en Colombie par exemple. Sur la politique sociale de la Cour constitutionnelle colombienne, expression d'une vraie « juristocratie », voir C. Bernal Pulido, *Du néoconstitutionnalisme en Amérique latine*, Paris, L'Harmattan, coll. Droit comparé, 2015, pp. 38 et 113.

43. R. Domingo, *The New Global Law, op. cit.*, p. 99.

dans sa célèbre déclaration du 9 mai 1950 ? « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble. » Et bien de la même manière, reconnaissons que le constitutionnalisme global ne se « fera pas d'un coup ». D'abord parce que les concepts – ici celui de constitutionnalisme – ont une profondeur historique qu'il faut respecter. Ensuite parce qu'il faut se méfier d'une tendance bien enracinée en Occident ; celle consistant à généraliser une « philosophie maison », à encourager ainsi le triomphe d'un certain colonialisme culturel des droits de l'Homme⁴⁴. Le *constitutionnalisme global* ne doit pas prendre la forme d'une nouvelle expansion arrogante de la civilisation occidentale, une sorte de retour aux préjugés ethnocentriques (un patrimoine commun de droits trop vite érigé en patrimoine mondial au nom d'un nouveau *jus naturalisme*).

Pour conclure, et pour renouer avec un discours plus optimiste, sans doute faut-il considérer qu'il y a deux manières de voir le constitutionnalisme global, l'une qui le condamne, l'autre qui le sauvera. La première est univoque, monolithique et repose sur une *logique de substitution* : la citoyenneté mondiale à la place de la citoyenneté nationale ; la démocratie mondiale ou européenne à la place de la démocratie étatique etc. Or c'est oublier un peu vite l'avertissement d'Auguste Comte, « on ne détruit que ce que l'on remplace ». La seconde manière de voir le constitutionnalisme global est plus pragmatique, plus ouverte. Elle se fonde sur une *logique de superposition* : le cadre étatique est maintenu, mais il est concurrencé. Ce nouveau constitutionnalisme devient une sorte de *multilevel constitutionalism* ou de constitutionnalisme par degrés, bâti dans le respect de la légitimité politique étatique. Il consiste à penser ensemble les espaces juridiques (supranationaux, nationaux, infranationaux) et leurs modalités d'articulation. Dès lors, seul le respect absolu du « pluralisme » juridique, qui fut au centre de la pensée constitutionnelle de Peter Häberle⁴⁵, pourra débarrasser le constitutionnalisme global de ses visages cachés.

44. Les Constitutions rédigées sous la surveillance d'organismes internationaux en apportent une nouvelle illustration, comme celles de Namibie (1990) du Cambodge (1993) ou du Timor oriental (2002). Voir. M. Guimezanes, « Les transitions constitutionnelles "internalisées" : étude de droit interne », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015, n° 104, p. 801.

45. Pour une vision synthétique de l'œuvre du professeur Häberle, voir M. Azpitarte Sánchez, « Apuntes sobre el pensamiento de Peter Häberle en el contexto de la dogmática alemana », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2003, n° 6, pp. 345-364.