

LE CONSTITUTIONNALISME GLOBAL : CRISE OU CONSOLIDATION ?

1. INTRODUCTION : LE CONSTITUTIONNALISME À LA CHINOISE

Parler d'un constitutionnalisme global exige que nous prenions au sérieux les développements de ce concept dans diverses régions du monde, et notamment dans les pays émergents. Il faut pouvoir sortir de notre prisme européen ou de toute perspective qui borne notre horizon et c'est en cela que le cas de la Chine est particulièrement intéressant. En 2013, un professeur de droit à l'université de Shanghai a été licencié pour avoir enseigné le constitutionnalisme<sup>1</sup>. À travers cette notion, le Docteur Zhang Zuezhong mettait en exergue l'intérêt d'avoir une constitution comme fondement et limitation du pouvoir. Or, pour le parti communiste chinois, ce concept remet en question la dictature démocratique du peuple et le monopole d'interprétation du parti communiste sur la constitution chinoise. C'est la raison pour laquelle il a retiré au Docteur Zhang sa faculté d'enseigner. Le concept de constitutionnalisme était même cité en 2012 dans un décret semi-officiel du parti communiste, conjointement avec d'autres termes à ne pas mentionner, comme les valeurs universelles, la société civile, et les droits civils (les sept *no-mentions*). On se croirait ici plongé dans *1984* de George Orwell : avec le *new speak* (« novlangue ») le mot « liberté » ne pouvait plus être utilisé qu'en un sens restreint comme dans l'expression « le chien a été libéré de ses puces<sup>2</sup> ». Le « Constitutionnalisme » n'est donc pas une notion que l'on peut librement employer dans les universités et les institutions d'enseignement chinoises. Évidemment, cela démontre l'importance du terme pour les autorités chinoises ; autrement, elles ne l'auraient pas interdit<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> C. WICKENKAMP, « Chinese Professor Fired for Teaching “Constitutionalism” », *Epoch Times*, 28 août 2013, <http://www.theepochtimes.com/n3/268123-chinese-professor-fired-for-teaching-constitutionalism/>.

<sup>2</sup> « Le mot libre existait encore en “novlangue”, mais ne pouvait être employé que dans des phrases comme “le chemin est libre”. Il ne pouvait plus être utilisé dans le sens ancien de “liberté politique” ou de “liberté intellectuelle” ; car ces libertés n'existaient plus, même sous forme de concept. Elles n'avaient donc pas de nom. » (G. ORWELL, *1984*, trad. A. Audiberti, La Bibliothèque électronique du Québec, Collection Classiques du XX<sup>e</sup> siècle, Volume 65 : version 1.0, p. 622).

<sup>3</sup> Pour une explication lumineuse voir B. LI, « China's Socialist Rule of Law and Global Constitutionalism », in T. SUAMI, M. KUMM, A. PETERS et D. VANOVERBEKE (dir.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, Chapitre 2, Cambridge, Cambridge University Press, à paraître. Voir aussi Q. ZHANG, « A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China », *International Journal of Constitutional Law*, n° 8, 2010, p. 950-976. Zhang conclut ainsi : « Pour transformer sa constitution en constitutionnalisme, la Chine a besoin d'un ensemble de réformes institutionnelles qui rendent le gouvernement responsable devant les citoyens de façon à ce que soient scrupuleusement respectées la Constitution et les lois ; de manière plus impor-

## 2. CONCEPTUALISATION

Qu'est-ce que le « constitutionnalisme » ? Comme tous les termes en « -ismes », c'est un concept idéique. Alors que la constitution est un phénomène de la *lex lata*, le constitutionnalisme est une idéologie comme le communisme ou le libéralisme.

Le constitutionnalisme global est un mouvement intellectuel qui, d'une part (dans son analyse positive) relie ou reconstruit certains éléments du *statu quo* du droit international pour mettre en lumière les fragments constitutionnels contenus dans l'ordre juridique international – dans leur interaction avec le droit national – comme reflétant des principes constitutionnalistes complémentaires, notamment l'autorité de la loi (*rule of law*), les droits de l'Homme et la démocratie (la « trinité constitutionnaliste<sup>4</sup> »). La contribution normative est l'emploi de ces principes constitutionnalistes comme points de référence pour la critique du droit international en vigueur, et pour fournir des arguments pour développer le droit international et les institutions de la gouvernance mondiale dans une direction plus constitutionnaliste. Cela veut dire que le constitutionnalisme global est à la fois un outil analytique et un projet normatif<sup>5</sup>.

Le constitutionnalisme global comprend aussi une réévaluation du processus de mondialisation des constitutions étatiques. Cette mondialisation est effectuée par une réimportation des standards internationaux – comme les droits de l'Homme – dans le droit constitutionnel des États qui ne les connaissaient pas auparavant. Ce processus aboutit à une certaine convergence horizontale des droits constitutionnels nationaux<sup>6</sup>. En effet, certains

---

tante encore ce processus requiert une participation active de citoyens assez mûrs et courageux pour revendiquer leurs droits à travers ces institutions » (trad. L. Leboeuf).

<sup>4</sup> M. KUMM, A. LANG, J. TULLY et A. WIENER, « How Large is the World of Global Constitutionalism? », *Global Constitutionalism*, n° 3, 2014, 1–8, p. 3.

<sup>5</sup> Voir, pour une approche d'ensemble de la littérature sur le constitutionnalisme global et le droit constitutionnel global (ou international) : A. PETERS, « Global Constitutionalism », in M.T. GIBBONS (dir.), *The Encyclopedia of Political Thought*, London, Wiley-Blackwell, 2015, p. 1484-1487 ; T. KLEINLEIN et A. PETERS, « International Constitutional Law », in A. CARTY (dir.), *Oxford Bibliographies in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> édition, 2017. Dans la littérature récente, voir A. O'DONOGHUE, *Constitutionalism in Global Constitutionalisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 ; A.F. LANG et A. WIENER (dir.), *Handbook on Global Constitutionalism*, London, Elgar, 2017.

<sup>6</sup> Z. ELKINS, T. GINSBURG et B. SIMMONS, « Getting to Rights: Treaty Ratification, Constitutional Convergence, and Human Rights Practices », *Harvard International Law Journal*, n° 54, 2013, p. 61-94, identifient une « relation complémentaire entre le processus de ratification des traités et les normes constitutionnelles nationales » (trad. L. Leboeuf). Voir, pour une étude strictement empirique : D.S. LAW et M. VERSTEEG, « The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism », *California Law Review*, n° 99, 2011, p. 1163-1257. Les auteurs trouvent, sur la base d'un « coding » des constitutions de 188 États (entre 1946 et 2006), entre autres un « *rights creep* », c'est-à-dire une prolifération des libertés publiques dans les constitutions, mais aussi une polarisation entre un groupe de constitutions strictement libérales et minimalistes et un groupe de constitutions plus « providentielles », prévoyant une gamme de tâches positives pour l'État. La valeur de ces résultats est limitée, parce qu'ils ne sont pas basés sur une interprétation approfondie des articles et ne tiennent pas compte de la jurisprudence.

aspects du constitutionnalisme global se réfèrent moins au droit international au sens propre, qu’au droit constitutionnel des États, à leur comparaison, à leurs emprunts mutuels (*borrowing*), et à la « migration » des concepts constitutionnels.

Pour caractériser l’émergence des éléments constitutionnalistes dans le droit international, nous parlons de « constitutionnalisation<sup>7</sup> ». Cette idée est souvent perçue comme une réaction à la « fragmentation » – c’est-à-dire la différenciation – du droit international et de ses institutions. En effet, la fragmentation et la constitutionnalisation peuvent être vues comme les deux faces d’une même pièce, parce que ces deux questions émergent d’un même souci universel de légitimation du système juridique international et de ses institutions, dans un contexte de perte de foi dans la souveraineté étatique comme principe originel suffisant et indispensable<sup>8</sup>.

La « constitutionnalisation » est donc nécessaire à l’évolution d’un ordre international basé sur quelques principes organisateurs comme la souveraineté étatique, l’intégrité territoriale et le consensualisme, vers un ordre juridique international qui reconnaît, qui s’est approprié et – c’est ce qui est important – qui a modifié les principes, institutions et procédures du constitutionnalisme classique.

### 3. LE CONSTITUTIONNALISME COMPENSATEUR

Je voudrais maintenant passer à l’explication et à la justification du phénomène de constitutionnalisation dans le droit international que je viens de décrire. C’est l’idée de constitutionnalisme compensateur<sup>9</sup>. Le point de départ est la mondialisation. Certains pensent que nous sommes dans une phase de post-mondialisation ou contre-mondialisation<sup>10</sup>, mais je ne le crois pas. L’interdépendance et l’enchevêtrement économique, financier, environnemental et humain se poursuivent<sup>11</sup>. Le populisme, le nationalisme et le

---

<sup>7</sup> J. KLABBERS, A. PETERS et G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2<sup>e</sup> édition, 2011 ; A. PETERS, « Constitutionalisation », in J. D’ASPROMONT et S. SINGH (dir.), *Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*, à paraître.

<sup>8</sup> A. PETERS, « Fragmentation and Constitutionalization », in A. ORFORD et F. HOFFMANN (dir.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 1011-1031 ; J. ZAJADŁO et T. WIDLAK, « Constitutionalisation: A New Philosophy of International Law? », in A. JAKUBOWSKI et K. WIERCZYŃSKA (dir.), *Fragmentation vs the Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*, London, Routledge, 2016.

<sup>9</sup> A. PETERS, « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law*, n° 19, 2006, p. 579-610.

<sup>10</sup> Pour une excellente présentation du scepticisme politique et médiatique actuel envers la globalisation, voir N. SAVAL, « Globalisation: The Rise and Fall of an Idea That Swept the World », *The Guardian*, 14 juillet 2017.

<sup>11</sup> Voir les mesures de l’Institut Économique Suisse KOF de la mondialisation dans ses dimensions économiques, sociales et politiques. Selon les indicateurs de cet institut, la mondialisation est en marche. Voir pour la méthode d’analyse (indices et variables) le *KOF Index of Globalization*, disponible à l’adresse :

protectionnisme réagissent précisément à cette interdépendance, sans pour autant pouvoir la faire disparaître.

Les problèmes d'échelle globale se sont accentués et continuent à se renforcer, obligeant les États à coopérer au sein d'organisations internationales ainsi que par le biais de traités bilatéraux et multilatéraux<sup>12</sup>. À cet effet, certaines fonctions autrefois typiquement gouvernementales, telles que la garantie de la sécurité, de la liberté et de l'égalité, sont aujourd'hui transférées, du moins en partie, à des niveaux « supérieurs ». En outre, beaucoup d'activités étatiques ont des conséquences transfrontalières importantes et génèrent des externalités pour les personnes vivant dans des pays voisins ou lointains. Enfin, des acteurs non-étatiques (agissant au sein des États ou même de manière transfrontalière) sont, de plus en plus, investis dans des fonctions traditionnelles et parfois même centrales de l'État : des cabinets d'avocats écrivent des lois pour les gouvernements ; des ONG veillent par leurs enquêtes et leur activité judiciaire au respect des normes internationales, des droits de l'Homme et de l'environnement ; des agences de notation influencent le marché financier ; des fondations philanthropiques – comme la fondation Bill and Melinda Gates – sont les acteurs les plus puissants dans la gouvernance mondiale de la santé ; des entreprises militaires mènent des opérations de paix ; des procédures d'arbitrage règlent des litiges concernant des investissements et ont donc une influence sur les politiques sociales et environnementales des pays.

Le résultat de ces activités législatives, exécutives, et judiciaires se traduit par le fait que la « gouvernance<sup>13</sup> » est exercée au-delà des frontières et des limites constitutionnelles de l'État. Or, ces activités ont la capacité d'affecter sérieusement la liberté et l'égalité des personnes humaines, elles sont donc *justice-sensitive*<sup>14</sup>.

---

[http://globalization.kof.ethz.ch/media/filer\\_public/2017/04/19/variables\\_2017.pdf](http://globalization.kof.ethz.ch/media/filer_public/2017/04/19/variables_2017.pdf), rapport sur A. DREHER, N. GASTON et N. MARTENS, *Measuring Globalization: Gauging its Consequences*, New York, Springer, 2008. Voir, pour nuancer l'évaluation de l'intensité et de l'extension de la mondialisation *économique* (mesurée en termes de mobilité des marchandises, des personnes et des flux financiers), P. GHEMAWAT, « Globalization in the Age of Trump », *Harvard Business Review*, 2017. Ghemawat identifie la « semi-mondialisation » : les transactions (économiques) internationales sont significativement moins importantes que les échanges de la sphère nationale.

<sup>12</sup> Il faut souligner que ces traités ont une force réelle, c'est-à-dire qu'ils organisent les relations internationales et contraignent les États puissants, comme le démontre l'analyse empirique de B. KOREMENOS, *The Continent of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

<sup>13</sup> « Gouvernance » ici comprise comme un processus général visant à réguler et à organiser les questions d'intérêt public (J.N. ROSENAU, « Governance, Order, and Change in World politics », in E.-O. CZEMPIEL (dir.), *Governance Without Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 7). Voir également Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood. The Report of the Commission on Global Governance*, 1995. Pour une conceptualisation comme « gouvernement », voir : J.P. TRACHTMAN, *The Future of International Law: Global Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, notamment le chapitre 11 : « International Legal Constitutionalization » (p. 253-287).

<sup>14</sup> M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n° 20, 2013, p. 605-628.

Alors que les principes, institutions, et procédures constitutionnels nationaux continuent à bel et bien exister, ils ne peuvent pas être employés contre les mesures prises en dehors du cadre constitutionnel national auxquels ils se rattachent. Si, par exemple, les éleveurs de poulet du Ghana ne peuvent plus vendre leurs produits à cause de l'exportation de poulets congelés favorisée par les subventions publiques de l'Union Européenne et perdent ainsi leur base de subsistance, quel moyen démocratique ont-ils pour se défendre contre ce développement ? Et si Messieurs Nada et Al-Dulimi sont placés sur les listes des sanctions ciblées imposées par le Conseil de Sécurité des Nations Unies, quel recours satisferait leur droit d'accès au juge<sup>15</sup> ? Quand la Troïka composée du Fond Monétaire International, de la Commission européenne et de la Banque Centrale Européenne « propose » à la Grèce un projet d'austérité dont résulte un appauvrissement des retraités, quel principe de sécurité sociale et de solidarité peut les protéger<sup>16</sup> ?

Dans ces cas, la protection et les remèdes ne peuvent plus être trouvés dans le droit constitutionnel national et dans les institutions et procédures nationales. Les constitutions étatiques ne sont plus à même de réguler la totalité des activités de gouvernance de manière exhaustive. La dévalorisation, la mise à l'écart ou encore le sabotage partiel des constitutions nationales affecte non seulement le principe de démocratie, mais également celui d'État de droit (*rule of law*) et de sécurité sociale. Ces principes constitutionnels traditionnels sont devenus dysfonctionnels, et les constitutions étatiques sont ainsi vidées de leur contenu et sapées.

De manière plus générale, Olivier de Frouville a justement décrit l'impasse dans laquelle se trouve le monde dans un contexte de mondialisation :

la mondialisation économique a conduit à une perte d'autonomie des États et de leurs citoyens, à la domination du politique par l'économie, et à la perte de sens de la vie politique à l'intérieur des États. Or, la seule manière de recouvrer la primauté de l'ordre politique sur l'économie serait d'engager une constitutionnalisation intégrale de l'ordre international en construisant un projet fédéral qui serait suffisamment contraignant pour tous les acteurs et comporterait un contenu au moins minimal de démocratie (à travers le dialogue, la transparence et l'intégration)<sup>17</sup>.

Cependant, beaucoup d'observateurs considèrent qu'il est (pour l'instant ou même de façon générale) impossible de combiner à la fois gouvernance politique mondiale et démocratie mondiale<sup>18</sup>. Malheureusement, la seule op-

---

<sup>15</sup> CEDH, *Nada c. Suisse*, jugement du 12 septembre 2012 (Appl. n° 10593/08) ; CEDH (Grand Chamber), *Al-Dulimi and Montana Management inc. c. Suisse* (Appl. n° 5809/08), jugement du 21 juin 2016.

<sup>16</sup> European Committee of Social Rights, *Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) c. Greece*, Complaint n° 76/2012, décision du 7 décembre 2012.

<sup>17</sup> O. DE FROUVILLE, « On the Theory of International Constitution », in D. ALLAND, V. CHETAIL, O. DE FROUVILLE et J.E. VIÑUALES (dir.), *Unité et diversité du droit international : Écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, Leiden, Brill, 2014, p. 77-103, p. 103.

<sup>18</sup> D. RODRIK, *The Globalization Paradox: Democracy and the Future of the World Economy*, New York, Norton, 2011.

tion disponible est de construire des institutions mondiales fonctionnelles (mais peu démocratiques), tout en maintenant le *statu quo* actuel (dans l'ensemble injuste), ce qui génère de l'insatisfaction et nourrit le nationalisme ainsi que les extrémismes religieux ou pseudo-religieux<sup>19</sup>.

Divergeant légèrement du diagnostic d'Olivier de Frouville, je considère que cette déconstitutionnalisation visible au niveau national est déjà partiellement – mais devrait l'être encore plus – compensée. Elle pourrait d'ailleurs l'être par une constitutionnalisation au niveau international (notamment dans les organisations internationales<sup>20</sup>), dans les relations transfrontalières (entre États), mais aussi dans les relations transnationales entre acteurs non-étatiques<sup>21</sup>.

Autrement dit, si nous voulons sauvegarder les aboutissements du constitutionnalisme, une constitutionnalisation compensatrice sur le plan international est adéquate et même nécessaire. Elle est nécessaire parce que seuls les différents niveaux de gouvernance, pris ensemble, peuvent offrir une protection constitutionnelle complète<sup>22</sup>, par exemple par l'établissement de voies de recours contre les décisions du Conseil de Sécurité, par la création de mécanismes permettant aux citoyens de participer aux conférences internationales, ou par une plus grande transparence des litiges d'investissements.

#### **4. LE CONSTITUTIONNALISME EN CRISE**

De nos jours, le constitutionnalisme est en crise ; les processus de constitutionnalisation sont stagnants ou en train de régresser. Cette crise affecte les constitutions nationales mais aussi le droit international constitutionnel. Il semble que les thèmes constitutionnels comme les droits de l'Homme, la sécurité, l'*international rule of law* et la communauté internationale ont été

---

<sup>19</sup> O. DE FROUVILLE, « On the Theory of International Constitution », art. cité, p. 103.

<sup>20</sup> Pour une lecture de la Charte des Nations Unies en tant que « the constitution of the international community », voir B. FASSBENDER, « International Constitutional Law. Written or Unwritten? », *Chinese Journal of International Law*, n° 15, 2016, p. 489-515 et p. 513. J. ARATO, « Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations », *International Journal of Constitutional Law*, n° 10, 2010, p. 627-659, distingue utilement une notion juridique et politique de la Charte des Nations Unies en tant que constitution.

<sup>21</sup> Cette idée d'un « constitutionalisme sociétal » découlant d'un processus de création de la norme par le biais d'une réflexion sur soi-même a été particulièrement approfondie par Gunter Teubner. Voir G. TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012. Voir dans le même ordre d'idées, K. MÖLLER, « Formwandel des Konstitutionalismus: Zum Verhältnis von Postdemokratie und Verfassungsbildung jenseits des Staates », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n° 101, 2015, p. 270-289. Concernant la sociologie politique, voir T. HITZEL-CASSAGNES, *Die Verfassung des Transnationalen*, Baden-Baden, Nomos, 2012 ; P. HOLMES, *Verfassungsevolution in der Weltgesellschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2013.

<sup>22</sup> Il s'agit là de l'argument principal de T. COTTIER, M. HERTIG, « The Prospects of 21<sup>st</sup> Century Constitutionalism », *Max Planck UNYB*, n° 7, 2003, p. 261-328.

marginalisés<sup>23</sup>. En revanche, des problèmes classiques de nature géostratégique comme la sécurité militaire – au sens le plus traditionnel du terme – sont désormais sur le devant de la scène, que ce soit dans les actions des puissances émergentes comme la Russie et la Chine, ou dans le discours du droit international<sup>24</sup>.

Au niveau international, les organisations qui étaient probablement les plus constitutionnalisées stagnent et sont même menacées. La perte continue de légitimité politique de l'Union Européenne était déjà manifeste lors des dernières élections au Parlement européen avec des taux de participation électorale toujours en déclin. Elle a touché le fond avec le Brexit. L'Organisation Mondiale du Commerce souffre de l'échec prolongé des conférences de négociations sur la libéralisation du commerce (par exemple pour le démontage des subventions agricoles), ainsi que de la réduction des douanes, et n'arrive pas à réformer ses institutions. Il n'est donc pas surprenant que l'OMC soit contournée par des conventions commerciales régionales et bilatérales. Les Nations Unies ont été marginalisées dans les conflits armés récents et encore en cours, comme en Syrie et en Ukraine. En effet, l'organisation ne peut pas jouer un rôle important en raison de l'utilisation du veto au sein de son Conseil de sécurité. La Convention européenne des droits de l'Homme qui était célébrée comme instrument constitutionnel de l'ordre public européen et notamment sa « cour constitutionnelle » – c'est-à-dire la Cour européenne des droits de l'Homme – a des problèmes d'effectivité à cause de sa surcharge ainsi que des problèmes de légitimité. La critique de son activisme judiciaire n'est pas seulement formulée par des États toujours sceptiques comme la Russie, mais aussi par des anciens promoteurs de cette justice comme le Royaume-Uni et la Suisse.

Au niveau national, des pseudo-démocraties antilibérales sont en train de monter, comme la Hongrie et la Pologne<sup>25</sup>. Partout en Europe et ailleurs – par exemple au Japon – les partis populistes sont en train de gagner du terrain. Selon les plus importants rapports d'ONG, la démocratie et la protection des libertés publiques sont précaires et même en déclin<sup>26</sup>.

L'émergence d'États importants qui possèdent des systèmes gouvernementaux non démocratiques, comme la Chine, pose problème parce que le constitutionnalisme global doit avoir pour point de départ un socle de principes au niveau national – *at home*. En effet, si la base étatique manque,

---

<sup>23</sup> Concernant la thèse selon laquelle des violations répandues et continues des droits de l'Homme ont déjà sapé l'ordre international dans sa totalité, voir I. WUERTH, « International Law in the Post-Human Rights Era », *Texas Law Review*, n° 96, 2017.

<sup>24</sup> Concernant l'idée que la fixité des frontières (principe de l'intégrité territoriale) serait encore une norme enracinée et reconnue dans le droit international alors même qu'elle peut être considérée comme contre-productive, du fait des conflits qu'elle peut entraîner, voir B. ATZILI, *Good Fences, Bad Neighbors: Border Fixity and International Conflict*, Chicago, University of Chicago Press, 2012.

<sup>25</sup> Résolution du Parlement européen sur la situation en Pologne du 13 avril 2016 (2015/3031(RSP)) ; Résolution du Parlement européen sur la situation en Hongrie du 17 mai 2017 (2017/2656(RSP)).

<sup>26</sup> Freedom House, *Freedom in the World*, [www.freedomhouse.org](http://www.freedomhouse.org) ; Human Rights Watch, *World Report 2017*, 2017.

l'application des principes constitutionnalistes aux organisations internationales sera difficile.

## **5. LE CONSTITUTIONNALISME SOUS LE FEU DES CRITIQUES**

Cette fragmentation politique a nourri les critiques contre le constitutionnalisme global entendu comme discours et comme cadre intellectuel<sup>27</sup>. Je voudrais me concentrer sur la critique normative qui est certainement la plus pertinente.

Tout d'abord, les principes constitutionnalistes tant applaudis pourraient être considérés trop européens pour être acceptables universellement. Le discours autour de ces principes serait un discours euro-centrique. Or l'euro-centrisme pourrait favoriser une hégémonie de l'Occident sur le reste du monde<sup>28</sup>. Dans cet ordre d'idées, l'auteur népalais Surendra Bhandari souligne que :

L'émergence du constitutionnalisme en droit international [...] n'est pas proprement euro-centrique dans son concept et dans sa nature pas plus qu'américaine, latino-américaine, africaine ou asiatique. Il s'agit plutôt d'un concept forgé par les aspirations universelles et communes de l'Humanité. Néanmoins, la pratique de création de concepts et leur transmutation en règles de droit international, s'est massivement occidentalisée, ce qui est une des raisons du désenchantement global et de l'effet boomerang contre le constitutionnalisme global<sup>29</sup>.

Ensuite, le constitutionnalisme, mouvement du XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècle, pourrait être trop « libéral » – au sens européen du terme –, c'est-à-dire trop insensible à l'inégalité sociale qui existe dans le monde et à l'exploitation des grands groupes humains et des ressources naturelles. Notamment, dans une époque de mondialisation sans pitié, il devient évident que les grands traités d'investissements et de commerce adoptés en forme constitutionnelle verrouillent les schémas néo-libéraux d'accumulation du capital. Cette critique souligne donc le décalage entre, d'une part, les règles mondiales permissives pour le marché, qui protègent et sécurisent les échanges internationaux de capitaux et, d'autre part, les régimes nationaux protecteurs, qui ont pour dessein d'établir des politiques au niveau local (national) afin de redistribuer les richesses et de corriger les défaillances du marché qui pourraient être entraînées par la délocalisation d'entreprises<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Jean d'Aspremont pose le diagnostic d'une « rage anti-constitutionnaliste » parmi les spécialistes du droit international : J. D'ASPREMONT, « International Legal Constitutionalism, Legal Forms, and the Need for Villains », in A.F. LANG et A. WIENER (dir.), *Handbook on Global Constitutionalism*, Londres, Elgar, 2017, p. 155-169, notamment p. 155. La critique d'Aspremont, très sophistiquée, interprète le débat entre constitutionnalistes et anti-constitutionnalistes comme l'expression et la continuation du débat à propos du rôle du formalisme juridique dans le droit international (*ibid.*, p. 166).

<sup>28</sup> S. BHANDARI, *Global Constitutionalism and the Path of International Law: Transformation of Law and State in the Globalized World*, Leiden, Brill, 2016, p. 41-44.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 266-267 (trad. L. Leboeuf).

<sup>30</sup> S. GILL et A.C. CUTLER (dir.), *New Constitutionalism and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. Pour une tentative de confrontation de ce penchant

Enfin, selon la critique « pluraliste » la diversité politique, économique, intellectuelle et morale de la population mondiale rend le constitutionnalisme global à la fois inatteignable et illégitime<sup>31</sup>. Ainsi les arrangements constitutionnels seraient en réalité imposés par un groupe au reste du monde et seraient toujours, pour cette raison, une imposition impériale plutôt que le résultat d'un acte de *self-government*.

## 6. LA RÉSISTANCE CONSTITUTIONNALISTE

Ces critiques sont devenues plus fortes et peut-être plus convaincantes dans la situation politique mondiale contemporaine. Elles ont d'ailleurs contribué au sentiment de déclin de l'Occident. Qu'est que cela signifie pour l'idéologie sous-jacente au constitutionnalisme ? A-t-elle échoué ? Va-t-elle disparaître ? On se souvient que l'éclatement politique et économique du bloc socialiste a bel et bien fait disparaître le communisme qui constituait son idéologie sous-jacente. Est-ce qu'alors, dans une évolution parallèle, la perte de poids économique et politique de l'Occident va entraîner l'effondrement du constitutionnalisme ? Le juriste Japonais Yasuaki Onuma a identifié ce problème comme étant central pour le droit international du XX<sup>e</sup> siècle : « le fossé entre la structure de pouvoir occidental-centrée de nature idéationnelle et la structure de pouvoir d'une Asie montante fondée sur la matière ». Il propose aux internationalistes de se pencher sur ce qu'il définit comme « le caractère problématique de l'ordre international occidental-centré actuel entraînant un besoin de réformes pour renforcer la légitimité internationale et se mettre à jour des nouvelles relations de pouvoir dans la société internationale<sup>32</sup> ».

D'une part, je pense que le constitutionnalisme, en tant qu'idée, n'est pas inexorablement voué à échouer, s'il se montre capable de se renouveler. Un éditorial récent du journal *Global Constitutionalism* donne trois raisons à une telle résistance et résilience du constitutionnalisme<sup>33</sup>. Premièrement, il y a des mouvements constitutionnalistes en dehors de l'Europe, par exemple

---

« néo-libéral », voir A. PETERS, « Global Constitutionalism: The Social Dimension », in T. SUAMI, M. KUMM, A. PETERS et D. VANOVERBEKE (dir.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, *op. cit.*

<sup>31</sup> N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

<sup>32</sup> Y. ONUMA, *International Law in a Transcivilizational World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 6-7. Onuma propose une approche « trans-civilisationnelle » qu'il définit ainsi : « L'approche trans-civilisationnelle est une perspective à partir de laquelle les citoyens peuvent observer, appréhender, (re)connaître, interpréter, évaluer et chercher à proposer des solutions idoines pour les idées, activités, phénomènes et problèmes transcendants les cloisonnements nationaux, en adoptant un schéma épistémologique et critique fondée sur la reconnaissance de la pluralité des civilisations et des cultures ayant existé à travers l'histoire. [...] L'approche trans-civilisationnelle sonne comme une nouveauté, mais elle ne l'est pas. C'est une re-conceptualisation d'une perspective déjà existante à partir de laquelle les citoyens observent les problèmes transfrontaliers ou globaux en termes civilisationnels, cela incluant les cultures et les religions. » (*ibid.*, p. 19-20, trad. L. Leboeuf).

<sup>33</sup> M. KUMM, J. HAVERCROFT, J. DUNOFF et A. WIENER, « The End of the West and the Future of Global Constitutionalism », *Global Constitutionalism*, n° 6, 2017, p. 1-11.

en Myanmar, Corée du Sud, et en Colombie. Ainsi notre phase de crise et de déclin serait plutôt euro-centriste et non pas vraiment mondiale. Deuxièmement, certains principes sont intégrés avec stabilité dans les traités, les institutions internationales et les pratiques. Autrement dit, il y a un acquis constitutionnaliste qu'il serait difficile de décomposer. Troisièmement, il manque une idéologie alternative attractive. Tous les autres paradigmes de gouvernance, protectionnisme, nationalisme, néo-marxisme, socialisme particulariste ont déjà montré leurs limites, voire leur échec.

D'autre part, nous ne sommes pas confrontés à une idéologie anti-constitutionnaliste uniforme. Trois groupes différents peuvent être identifiés » : le fondamentalisme islamiste, le populisme nationaliste (comme en Hongrie, en Pologne, en Russie et en Turquie), les États autoritaires (comme la Chine ou Singapour). Or, il se peut qu'entre ces trois groupes l'*overlapping consensus* soit très mince. Ainsi, une coalition entre ces trois camps entraînant un fort courant mondial anti-constitutionnaliste reste assez improbable. Il semble plutôt qu'un des phénomènes propres à la modernité – et même à la post-modernité – soit l'alternance entre les revendications constitutionnalistes et ses critiques.

Pour finir, bien que les idées du constitutionnalisme aient – intentionnellement ou non – pris leur origine en Occident, avec les révolutions françaises et américaines, il n'existe aucun lien intrinsèque entre une région géographique spécifique du monde et le constitutionnalisme. Le fait qu'un ensemble d'idées aient leur origine dans un contexte régional, n'exclut pas qu'elles puissent être répandues, adaptées et appropriées dans les autres cultures. À l'heure actuelle, le constitutionnalisme comme système idéal et mode de gouvernance n'est plus l'apanage exclusif des États occidentaux. Il semble plutôt que le constitutionnalisme soit répandu à travers le monde, même si le constitutionnalisme extra-occidental n'est pas nécessairement identique au constitutionnalisme occidental<sup>34</sup>. Pour cette raison, nous devons étudier de plus près les constitutionnalismes « non-occidentaux » et les intégrer dans nos réflexions, pour ouvrir un nouveau chemin dans le développement d'un constitutionnalisme mondial qui serait plus inclusif et plus nuancé<sup>35</sup>. Je pense que cela est en théorie possible. Certes, il y a des préconditions culturelles au constitutionnalisme, seulement celles-ci ne sont pas enracinées dans une région géographique ; elles sont donc universalisables, d'autant plus que les cultures évoluent continuellement. Dans chaque région du monde nous avons vu des vagues de revendications constitutionnalistes suivies par des contre-réactions, comme par exemple la Restauration en France du XIX<sup>e</sup> siècle. Pour ces raisons, j'estime que la crise contemporaine du constitutionnalisme n'a rien d'anormal.

---

<sup>34</sup> Une différence importante pourrait concerner le statut constitutionnel de la religion dans divers pays non européens. Voir par exemple B. SCHONTHAL, « Formations of Buddhist Constitutionalism in South and Southeast Asia », *Journal of International Constitutional Law*, n° 15, 2017, p. 705-733 ; R. GROTE et T.J. RÖDER (dir.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

<sup>35</sup> T. SUAMI, M. KUMM, A. PETERS et D. VANOVERBEKE (dir.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, op. cit.

## 7. CONCLUSION

Ma réponse aux critiques du constitutionnalisme global et au déplacement mondial des centres de pouvoirs (*power shift*) est multiple. Tout d'abord, le pluralisme et le constitutionnalisme ne sont pas des propositions contradictoires. Nous devons cependant être conscients des influences culturelles et historiques qui pèsent sur les concepts constitutionnalistes, comme la démocratie et la *rule of law*. Ensuite, les constitutionnalistes doivent admettre que – de fait – ces concepts étaient souvent abusifs, car employés pour camoufler des politiques impérialistes. Néanmoins, je pense que des cultures diverses du monde peuvent intégrer le constitutionnalisme dans leur propre logique. J'ai à cet effet déjà souligné le fait que les cultures ne sont pas des entités stables et immuables, mais peuvent changer et évoluer. C'est donc par l'interaction des cultures, leur hybridation et la *globalisation* que des nouvelles idées, concepts et arguments apparaissent. Ainsi, faut-il selon moi penser le constitutionnalisme comme une idée de départ qui serait ensuite modelable dans son contenu à l'échelle universelle.

L'objection critique selon laquelle l'aspiration universaliste serait en réalité (toujours ou habituellement) une tentative de camoufler des intérêts particuliers avec l'intention d'établir une hégémonie est problématique. L'affirmation qu'au fond chaque allégation des normes universelles serait intrinsèquement un camouflage pour un jeu de pouvoir et n'exprimerait jamais une conviction sincère de l'énonciateur met en question la vérité de cette affirmation elle-même (dans sa prétention à être correcte et généralement valide). Tenue absolument, cette affirmation est intrinsèquement contradictoire et ne peut pas être réfutée dans un discours rationnel. Pour cette raison, l'argument de l'hégémonie voilée des aspirations universalistes ne peut être soutenu que dans sa forme atténuée et empirique : selon l'expérience historique, les proclamations universalistes ont souvent été des prétextes pour établir en réalité une domination politique. Il est donc important d'identifier ces abus et de contribuer à créer les conditions pour les éviter à l'avenir.

Pour ceux qui ne prennent même pas la peine de tenter d'instaurer un universalisme suffisamment flexible pour intégrer diverses aspirations, l'argument de l'hégémonisme inné des aspirations universalistes est une recette pour rester intellectuellement et politiquement passif et ainsi finalement consentir à l'état des choses et donc à l'injustice mondiale. Il faut plutôt écouter des auteurs comme le chinois Bin Li qui propose de tenir compte de la spécificité de la Chine dans l'appréhension pluraliste du *nexus* entre légitimité politique et droit, afin de tenir compte du « refus de la Chine d'une interprétation formelle du constitutionalisme<sup>36</sup> ».

Le principe constitutionnel du pluralisme suppose donc d'accepter le plus de diversité possible dans de multiples sphères. Cela signifie que des standards différents – concernant, par exemple, le procès équitable – devraient, jusqu'à un certain point, être tolérés en fonction de la distinction des

---

<sup>36</sup> B. LI, « China's Socialist Rule of Law and Global Constitutionalism », art. cité. (trad. L. Leboeuf).

régimes. Par exemple, on pourrait se poser la question de savoir comment le régime des sanctions ciblées, imposé par le Conseil de sécurité des Nations Unies, satisfait aux standards du *due process* bien que les personnes *black-listed* n'ont pas accès au juge, contrairement à ce qui est requis par l'Union Européenne. On pourrait reconnaître que la procédure de l'*ombudsperson* est un premier pas vers un système conforme à la *rule of law*. Une telle acceptation et tolérance mutuelle et réciproque semble nécessaire tant qu'un niveau minimal de légitimation par les outils constitutionnels n'est pas mis en œuvre. Naturellement la question reste de savoir où se trouve exactement le seuil minimum et surtout qui doit le définir.

Si les deux paramètres susmentionnés, le pluralisme et la tolérance constitutionnelle, sont respectés, le constitutionnalisme global en tant que cadre cognitif pourrait remplir deux tâches : permettre une nouvelle compréhension de la pratique juridique existante et ouvrir un horizon normatif pour des réformes. Cependant, ce cadre de réflexion pourrait dévoiler des déficits structurels du droit international, comme le manque de démocratie dans la fabrication du droit international et la faible responsabilité démocratique (*accountability*) des organisations internationales. Il est utile d'appeler ces aspects du droit et des institutions internationales des déficits constitutionnels, parce que ce vocabulaire – et le paradigme auquel il se rapporte – facilite l'appréhension de ces problèmes sous un jour différent. Par exemple, l'analyse de certaines cours internationales dans la perspective de l'*international constitutional review*<sup>37</sup> rend plus visible et complexe les soucis démocratiques de ces juridictions au lieu de les simplifier et de les banaliser en revenant toujours au problème de « souveraineté ». Ainsi, le constitutionnalisme global pourra déployer, et cela est à mon avis sa tâche principale, son potentiel de critique constructive.

### **Anne Peters**

*Directrice à l'Institut Max Planck de droit public comparé et droit international.*

---

<sup>37</sup> K.J. ALTER, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2014, chapitre 8, p. 282-331.