

« GLOBAL CONSTITUTIONALISM », UN DISCOURS DOCTRINAL HOMOGENÉISANT
L'APPORT DU COMPARATISME CRITIQUE

D'emblée, le peu d'intérêt manifesté par les constitutionnalistes français pour le constitutionnalisme global mérite d'être souligné. Il n'est peut-être pas inutile de s'interroger sur cette réflexion tardive pour comprendre, en contrepartie, la prédominance de la pensée anglo-américaine dans ce domaine. Deux facteurs explicatifs semblent se détacher. Tout d'abord, une explication propre à la matière constitutionnelle liée à la notion d'État, sa prégnance en Europe continentale et, au contraire, son absence ou presque dans le droit constitutionnel anglais et américain. Une autre explication, pendante de la première, tient au rôle nouveau, depuis la Seconde Guerre mondiale, du droit international qui s'intéresse de plus en plus aux individus. Cela se traduit notamment par la référence aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans les constitutions nationales. Par conséquent, le champ disciplinaire a été investi surtout par les internationalistes : la perturbation induite par ces changements peut leur sembler plus forte qu'en droit constitutionnel, mais c'est aussi parce que les constitutionnalistes français étaient trop occupés par le « tournant contentieux » pour percevoir le « tournant global ». Une remarque d'ordre sociologique, enfin, complète ces explications : ce ne sont pas exclusivement des raisons disciplinaires qui entrent en ligne de compte, les auteurs et la langue de travail utilisée sont tout aussi déterminants. Or, les Allemands (plutôt des internationalistes) et les Italiens (plutôt des administrativistes) sont très présents dans le débat global. Les uns et les autres sont conscients que, pour assurer la diffusion de leurs idées, la langue anglaise leur assure de meilleures performances¹.

Pour ceux qui s'y intéressent, l'absence d'une définition unanime du constitutionnalisme global comme, d'ailleurs, du droit global est marquante. Pourquoi en est-il ainsi ? Parce que ni l'un ni l'autre ne correspond à un corpus de règles de droit positif. Le chercheur est libre dans la constitution de son objet. Les *global lawyers* visent certains objets juridiques globaux liés aux activités transfrontalières comme, par exemple, l'environnement, le commerce ou internet, mais ils ne s'accordent pas davantage sur ce point non plus². Cependant, ce qui importe ici est que le discours global s'applique également au droit constitutionnel, puisque la doctrine constitutionnelle écrit sur le « droit constitutionnel global³ ». Quant aux internatio-

¹ Le programme du colloque des 29 et 30 mai 2017 en témoigne parfaitement.

² B. FRYDMAN, « L'émergence d'une discipline : le droit global », communication présentée au colloque organisé par F. Audren et S. Barbou des Places : « Qu'est-ce qu'une discipline ? », janvier 2015, Paris I ; accessible en ligne à l'adresse : <http://www.philodroit.be/>

³ Voir l'article séminal pour les constitutionnalistes américains : B. ACKERMAN, « The Rise of World Constitutionalism », *Virginia Law Review*, n° 83, 1997, en particulier p. 774-75

nalistes, ils débattent du « constitutionnalisme global⁴ ». Dans le cadre régional européen, ce sont plutôt les expressions de « constitutionnalisme multiniveaux » ou de « pluralisme constitutionnel » qui connaissent un véritable succès parmi les européens⁵. On observera que, selon la discipline d'où l'on parle, les discours et terminologies ne sont pas identiques. En outre, des fractures internes à chaque discipline sont aussi perceptibles, puisque les représentations du droit global sont nombreuses⁶.

La perspective globale correspond avant tout à un discours doctrinal ou, plus exactement, à des discours. Autrement dit, la doctrine cherche par son travail de conceptualisation à rendre compte et à comprendre des nouveautés liées au phénomène global. Sans doute existe-t-il « quelque chose » qu'il convient de nommer. La représentation de cette chose n'épuise toutefois pas la réalité. Ce phénomène renvoie à des processus qui interdisent toute réponse définitive⁷, car il est à la fois envahissant et pluriel. Les juristes (au-delà des constitutionnalistes) sont sans doute mal outillés, peut-être aussi insuffisamment imaginatifs⁸, pour l'appréhender et pour l'expliquer en raison du prisme du nationalisme méthodologique. Les catégories de l'État national ont en effet structuré et, indéniablement, structurent encore en grande partie notre compréhension sociale et spatiale du monde⁹. Il est (presque) inévitable que se produise dans les différents discours qui cherchent à en donner une représentation une oscillation entre les caractères prescriptif et descriptif. Lorsque l'on aborde le constitutionnalisme dans une perspective globale, la difficulté est de surcroît amplifiée, puisque le constitutionnalisme, lui aussi, se présente comme un concept aux différentes couches, un concentré de significations lié à plusieurs traditions (Grande-Bretagne,

où il explique les raisons de « penser de manière différente l'expérience américaine » à cause de la diffusion du constitutionnalisme.

⁴ Comme en témoigne la revue, *Global Constitutionalism* créée en 2012 chez Cambridge University Press.

⁵ Les références bibliographiques sont trop nombreuses pour être toutes citées. Néanmoins, les travaux suivants sont incontournables : I. PERNICE, « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited », *Common Market Law Review*, n° 36, 1999, p. 703 ; I. PERNICE, F.C. MAYER, « De la constitution composée de l'Europe », *R.T.D.E.*, 2000, p. 631 ; N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, n° 3, 2002, p. 317.

⁶ Neil Walker en a dégagé sept dans son dernier ouvrage intitulé, *Intimations of Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015 : voir en particulier le chapitre 3, p. 55 *sq.*

⁷ M.-C. PONTTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *A.J.D.A.*, n° 1, 2006, p. 20.

⁸ N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 27.

⁹ M.-C. PONTTHOREAU, « La métaphore géographique. Les frontières du droit constitutionnel dans un monde globalisé », *R.I.D.C.*, 3, 2016, p. 611.

États-Unis et France)¹⁰. Le constitutionnalisme change à l'ère globale, mais la direction du changement est incertaine et reste ouverte¹¹.

Certains constitutionnalistes, consciemment ou inconsciemment, ont ainsi forcé le trait. Aussi Mark Tushnet¹² présente-t-il la globalisation du droit constitutionnel comme « inévitable ». Pour lui, la globalisation du droit constitutionnel correspond à la convergence des systèmes constitutionnels en raison de leurs structures institutionnelles et de la garantie des droits et libertés. Elle reposerait principalement sur une série d'éléments liés aux processus formels (traités ou conventions relatifs aux droits de l'homme, institutions internationales ou/et européennes) et informels (les échanges entre juges constitutionnels, les réseaux d'ONG) de l'internationalisation du droit et de la globalisation économique. Les constitutionnalistes comparatistes ont repris à leur compte l'expression de « constitutionnalisme global » pour souligner en particulier la convergence des droits reconnus dans les catalogues constitutionnels¹³. Au contraire, d'autres cherchent à se distinguer de cette représentation en assurant la promotion d'un « constitutionnalisme transformateur¹⁴ ». C'est sans doute une manière de se singulariser en mettant en avant un autre modèle (même si les bases empiriques sont les mêmes). Au sein du constitutionnalisme global, les discours alternatifs se déploient. Quel peut être le rôle de la comparaison des droits et du comparatiste face à la diversité de ces discours ?

Il convient, tout d'abord, de distinguer entre les différentes utilisations de l'instrument comparatif par, d'une part, les producteurs du droit et, d'autre part, les observateurs (*i. e.* les savants qui interrogent le droit et sa production). La mise à distance que permet la comparaison n'est sans doute pas le cheminement le plus pratiqué. La comparaison est au contraire le plus souvent un instrument de légitimation, et elle est donc partie prenante dans le discours global. Il existe une tradition technicienne qui caractérise le comparatisme (et d'ailleurs, plus particulièrement, le comparatisme français) et qui favorise cette implication, puisque le droit comparé est avant tout conçu comme un instrument d'exportation du droit national ou bien un instrument de réformes internes. De cette vision du comparatisme a résulté un intérêt pour les droits étrangers et moins pour les fondements du droit

¹⁰ Sur ce concept et les différentes traditions, O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in Ph. RAYNAUD & S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, p. 117.

¹¹ P. DOBNER, M. LOUGHLIN, « Introduction », in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. XVI.

¹² M. TUSHNET, « The Inevitable Globalization of Constitutional Law », *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series*, n° 09-06, 2009, texte disponible à l'adresse : <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Cet article est cité 132 fois selon Google Scholar (voir explications note 22) consulté le 25.10.2017.

¹³ D.S. LAW, M. VERSTEEG, « The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism », *California Law Review*, n° 99, 2011, p. 1162.

¹⁴ C.M. HERRERA (dir.), *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique*, Paris, Kimé, 2015 ; A. VON BOGDANDY, E. FERRER, M. MORALES, F. PIOVESAN (dir.), *Transformative Constitutionalism in Latine America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

comparé. Les origines du comparatisme français sont, de ce point de vue, éclairantes. À partir de la fin du XIX^e siècle, l'importance donnée au questionnement sur les sources formelles a conduit au renoncement corrélatif à tout critère matériel du droit. Le droit comparé moderne est ainsi né au XIX^e siècle comme « législation comparée » destinée à favoriser l'unification des droits nationaux et visant à clarifier scientifiquement les origines des droits, d'où la tendance à circonscrire l'étude aux seules règles écrites de droit étranger. Il s'agit là d'une conception de la comparaison juridique comme étant avant tout une étude descriptive et formelle des droits étrangers se concentrant sur la question : « qu'est-ce que le droit ? »¹⁵.

Bien que les études comparatives soient essentiellement liées à différentes traditions juridiques nationales, elles restent imprégnées par des représentations philosophiques telles que la hiérarchie des normes et le pouvoir territorial de la souveraineté, qui conduisent à faire prévaloir des recherches comparatives centrées sur les règles de droit positif. Aujourd'hui, les études comparatives cherchent toutefois à s'éloigner de cette emprise et, donc, de l'assimilation entre droit et règles d'une part, et droit et État, d'autre part¹⁶. C'est pourquoi le droit comparé en tant que discipline se renouvelle par l'étude du phénomène global (comme elle l'a été en raison de l'eupéanisation du droit : par exemple, le débat revisité sur les transferts juridiques). Conscients de l'utilisation de la comparaison pour servir différentes lectures du droit et alertés par, notamment, les problèmes de traduction que posent certains concepts ou par les difficultés à greffer des institutions ou des règles étrangères, certains comparatistes se sont détachés de la vision technicienne du comparatisme pour développer un regard sceptique sur le droit communautaire (puis droit de l'Union européenne) comme droit commun à partir des droits nationaux. Dans le prolongement de ce renouvellement, le comparatiste privilégie un point de vue externe et descriptif, qu'il peut aussi exercer sur la version globale et les différentes formes de discours qui cherchent à la structurer¹⁷. C'est donc avant tout une critique d'ordre

¹⁵ La centralité de cette question s'explique par la prépondérance des privatistes au sein des études comparatives et par leur besoin de connaître les droits étrangers à des fins pratiques. Il n'y a là rien de surprenant : il suffit de penser à la fréquence des rapports commerciaux ou civils entre les particuliers des divers États. Sur la prépondérance initiale des comparatistes privatistes et sur le développement contemporain du comparatisme critique, je reprends certains développements présentés dans l'ouvrage suivant : M.-C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010. Depuis cette publication, les travaux comparatifs critiques se sont enrichis de nombreux ouvrages. Parmi une riche bibliographie, les travaux de Günter Frankenberg méritent d'être distingués, dont la dernière publication : G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, E. Elgar, Cheltenham, Northampton, 2016.

¹⁶ H. MUIR WATT, « Globalization and Comparative Law », in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 584.

¹⁷ Bien que le comparatiste qui s'intéresse au phénomène global et, en particulier, au constitutionnalisme global puisse nourrir une perspective critique, d'autres au contraire participent à ces discours en défendant un droit constitutionnel comparé comme « droit des interactions, de l'intégration, des rapprochements » au-delà de « l'enferment horizontal dans le cadre étatique » : voir, par exemple, C. GREWE, « L'impact de la protection internationale des droits de l'homme sur le droit constitutionnel comparé : flux et reflux », *R.I.D.C.*, n° 4, 2016, p. 937. Il se situe dès lors dans une démarche prescriptive semblable à celle dévelop-

épistémologique et méthodologique qui peut être proposée et qui place le comparatiste dans une position vertigineuse. La tâche est immense, car, forcément, l'échelle est planétaire, mais aussi parce qu'il y a un double discours en action : d'un côté, le discours global et, de l'autre, le discours constitutionnel. Autrement dit, aujourd'hui, on voit la constitution partout¹⁸ et le global est omniprésent. Il n'y a plus d'évidence disciplinaire : de manière symptomatique, le droit international et le droit constitutionnel sont enchevêtrés pour protéger les droits et libertés.

Le comparatiste cherchera donc à faire la part des choses pour éclairer les présupposés et montrer les enjeux de certaines des lectures proposées. Ce qui peut être avancé et critiqué correspond au caractère homogénéisant du discours sur le « constitutionnalisme global », même si plusieurs versions se sont développées : la critique n'est pas en soi originale, puisque les discours sceptiques deviennent tout aussi nombreux que ceux qui promeuvent le constitutionnalisme global¹⁹. Il est toutefois frappant que la méthode ait été si peu convoquée dans ce foisonnement de discours doctrinaux, alors même que celle des juges a été très abondamment commentée, tout particulièrement le recours aux solutions étrangères pour interpréter la constitution nationale²⁰. Il conviendrait même de parler d'impressionnisme méthodologique, sans doute lié à la difficulté indéniable de saisir une réalité protéiforme dans ses manifestations et ses effets sur le droit, et dont témoigne la nébuleuse terminologique pour désigner le phénomène global au plan constitutionnel. Comment appréhender les transformations juridiques accompagnant des phénomènes aussi différents que le développement des droits de l'homme et de la justice pénale internationale, les migrations, le terrorisme, l'interdépendance des marchés et des économies, la régulation de l'internet, pour ne prendre que quelques uns de ces phénomènes sans oublier les acteurs que sont les multinationales, les *law firms*, les acteurs financiers, les ONG qui y participent ?

Le droit global et, plus spécifiquement, le constitutionnalisme global posent des problèmes épistémologiques et méthodologiques. Si, intuitivement, on perçoit bien les changements, il n'en reste pas moins que c'est une réalité qui ne s'offre pas à une connaissance immédiate. Les théories du

pée par la plupart des *global lawyers* : voir le premier éditorial de la nouvelle revue consacrée au constitutionnalisme global, A. WIENER, A.F. LANG Jr, J. TULLY, M. POIARES MADURO, M. KUMM, « Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy, and the Rule of Law », *Global Constitutionalism*, n° 1, 2012, p. 1-15

¹⁸ Le constitutionnalisme sociétal développé par Gunther Teubner témoigne de la production de normes « dotées de propriétés constitutionnelles » dans différents secteurs d'activité (économie, nouvelles technologies, santé, etc.). La traduction française est désormais disponible : G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels: Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, Paris, Garnier, 2016.

¹⁹ Pour une première tentative de cartographie de ces travaux dans la doctrine française : G. TUSSEAU, « Un chaos conceptuel qui fait sens : le constitutionnalisme global », in J.-Y. CHÉROT, B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 182.

²⁰ Même en français alors que le Conseil constitutionnel ignore « l'argument de droit comparé ou de droit étranger » : voir la thèse A. LE QUINIO, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011.

global font dire à la réalité plus qu'elle n'en présente et c'est pourquoi, bien qu'il y ait une « base empirique »²¹ au constitutionnalisme global (I), une critique des outils mobilisés pour en rendre compte sera formulée de manière à renforcer la compréhension de ce phénomène aux multiples facettes (II). En général (car toutes les versions présentes dans la large littérature existante ne sont pas prises en compte), l'interprétation proposée gomme certaines données qui soulignent les différences culturelles entre les systèmes étatiques. Les côtés obscurs du constitutionnalisme global sont estompés, voire évacués, même si certaines formes contemporaines du constitutionnalisme (telles que le constitutionnalisme transformateur) sont plus prometteuses. C'est en ce sens que le discours sur le constitutionnalisme global est un discours homogénéisant et une proposition sera en dernier lieu énoncée de façon à réorienter, par une approche différentielle et culturelle, le constitutionnalisme global comme discours de la convergence des droits constitutionnels vers une globalisation différenciée des droits constitutionnels (III).

I. LES FONDEMENTS EMPIRIQUES DU DISCOURS DE LA CONVERGENCE DES DROITS CONSTITUTIONNELS

Depuis 1989, il est indéniable que l'on observe une effervescence constitutionnelle. Alors que l'on ne change pas de constitution tous les jours, le constitutionalisme a depuis cette date connu une expansion majeure d'abord européenne (les anciennes sociétés communistes des pays de l'Europe centrale et orientale), puis mondiale (Afrique du Sud et un grand nombre de pays de l'Amérique latine). Dans ce contexte, deux phénomènes sont essentiels pour ceux²² qui ont écrit parmi les premiers sur le constitutionnalisme global. Ces phénomènes peuvent être présentés comme la base empirique de la thèse de la convergence des droits constitutionnels : d'une part, la large diffusion de la justice constitutionnelle et sa consolidation et, d'autre part, la multiplication des catalogues constitutionnels des droits et des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme (1). Mais c'est insuffisant pour expliquer l'expansion du discours sur le constitutionnalisme global : il faut rechercher les raisons du succès actuel de ce discours dans la continuité de ce-

²¹ Bien que positiviste, Jellinek n'hésite pas à définir le droit comme une science de l'esprit. Il se distingue de la sorte de la dogmatique juridique du positivisme dominant de son époque et, en particulier, de l'idéalisme conceptuel et de la croyance en l'existence d'universaux du droit. On peut assurément penser avec lui qu'« une “base empirique” est indispensable sans laquelle une connaissance véritable est impossible » : O. JOUANJAN, « Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Première partie Théorie générale de l'État* (1911), t. I, Paris, réédition, Éditions Panthéon-Assas, 2005, p. 49.

²² Trois auteurs ont été identifiés comme ayant joué un rôle déterminant dans le développement du discours doctrinal sur le constitutionnalisme global : Bruce Ackerman, Anne-Marie Slaughter et Mark Tushnet. L'ancienneté de leurs écrits et leur diffusion justifient qu'ils soient retenus comme des marqueurs du discours doctrinal sur le constitutionnalisme global. Nous avons choisi pour chacun d'entre eux un article fondamental et vérifié le nombre de citations dans Google Scholar : les données bibliométriques peuvent être contestées mais elles constituent un indice de l'influence doctrinale d'un auteur. La notoriété de ces auteurs compte aussi et compense en partie le risque d'arbitraire de notre choix.

lui d'un discours plus ancien, celui sur l'eupéanisation du droit qui lui sert de fondement. En effet, l'expérience de l'intégration européenne nourrit l'idée et la réalisation de la convergence des droits (2).

1.1. Les faits constitutifs du constitutionnalisme global

Vers la fin des années 1990, Bruce Ackerman²³, tandis qu'il s'inscrivait jusqu'alors dans une approche traditionnelle du droit américain repliée sur elle-même, a prôné une démarche différente pour penser l'expérience nationale « comme un cas spécial, et non plus comme un cas paradigmatique » :

Tout d'abord, nous devons apprendre à penser de manière différente l'expérience américaine. Jusqu'à une période récente, il était approprié de lui donner une position privilégiée dans l'étude comparative. Les autres expériences avec une constitution écrite et un contrôle de constitutionnalité étaient trop récentes [...]. Cependant avec le nouveau siècle, un tel scepticisme n'est plus justifié²⁴.

Finalement, les droits constitutionnels s'alignent sur le modèle américain puisque, après la Seconde Guerre mondiale, le contrôle de constitutionnalité devient une donnée fondamentale consolidée au cours des décennies suivantes au sein des systèmes constitutionnels européens, notamment allemand et italien, (y compris l'Union européenne, selon Bruce Ackerman) et au-delà de l'Europe (Canada, Inde, Israël). Des pratiques en cours de consolidation comme en France et en Espagne sont également visées.

Au même moment, s'est ouvert au sein de la Cour suprême des États-Unis un échange sur le recours au droit étranger ou, plus précisément, à des solutions constitutionnelles étrangères pour interpréter la Constitution. Il s'agit de l'arrêt *Printz v. United States* (1997)²⁵ dans lequel les *Justices* Breyer et Scalia opposèrent leur point de vue sur cette méthode. Depuis lors, la controverse est toujours aussi vive et occupe désormais « une place centrale²⁶ » dans la jurisprudence et la pensée constitutionnelles. Avec une procédure d'amendement constitutionnel difficile à mettre en œuvre, la Cour suprême est régulièrement sollicitée pour adapter par son interprétation la Constitution. Cela nourrit l'importante querelle méthodologique sur l'interprétation constitutionnelle et offre une nouvelle actualité à un thème déjà ancien pour les comparatistes européens : les emprunts juridiques. Cette question, qui encourage aussi la recherche comparative, a conduit les universitaires américains à investir ce champ d'étude et d'enseignement comme le prouve, en particulier, la publication de deux manuels de droit constitutionnel comparé²⁷.

²³ B. ACKERMAN, « The Rise of World Constitutionalism », *op. cit.*, p. 771 (cité 676 fois selon Google Scholar consulté le 25.10.2017).

²⁴ *Ibid.*, p. 774-775.

²⁵ Pour la traduction de l'arrêt, voir E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 1269.

²⁶ S. CHOUDHRY, « Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation », *Indiana Law Review*, vol. 74, 1999, p. 820.

²⁷ V. JACKSON, M. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, 2^e édition, New-York, Foundation Press, 2005 [1999] ; N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJO, S. BAER (dir.),

Les textes internationaux consacrés aux droits de l'homme (en particulier, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et les conventions interaméricaines sur les droits de l'homme 1969-1978) et la production intensive de constitutions écrites à travers le monde à partir de la fin des années 1980 sont autant d'éléments qui ont contribué, chacun à leur manière, à ce renouveau. Au sein des constitutions nationales, la référence aux textes internationaux relatifs aux droits de l'homme a même été quantifiée : sur un échantillon de 283 constitutions écrites depuis 1945, quatre-vingt s'y réfèrent²⁸. En particulier, les exigences relatives aux droits de l'homme et à la démocratie pluraliste formulées par certaines organisations internationales telles que la Banque mondiale sont interprétées comme le développement d'un constitutionnalisme global et les travaux de certains internationalistes américains ont servi le comparatisme au-delà d'une utilisation interne par le juge²⁹. Dans ce contexte mondialisé, l'observateur académique constate la migration des idées constitutionnelles³⁰. Si l'idée d'un effacement des frontières s'impose dans le discours global, y contribuent beaucoup la diffusion des droits de l'homme et surtout les dispositifs visant à les rendre effectifs. Depuis la création de la Cour européenne des droits de l'homme, c'est un phénomène qui s'est intensifié de manière à lutter contre les crimes les plus odieux commis contre l'humanité.

Anne-Marie Slaughter est précisément celle qui a saisi le plus rapidement la nouveauté des interactions entre les systèmes juridiques nationaux et internationaux. Elle est sortie de la vision traditionnelle. En appréhendant le phénomène en partant de l'ordre interne ou bien de l'ordre juridique international, le thème de l'internationalisation est un problème de hiérarchie des normes. En revanche, en envisageant la perméabilité des systèmes juridiques non seulement aux règles de droit international, mais aussi de droit étranger, la représentation proposée va au-delà des conceptions moniste ou dualiste des rapports entre droit international et droit national et permet d'imposer comme clé de lecture un nouveau modèle, celui de la « globalisation juridictionnelle³¹ ». Le phénomène de la citation des solutions jurisprudentielles étrangères et internationales (souvent indifférenciées dans le discours doctrinal) est, dès lors, généralement, analysé comme la marque d'un rapprochement, voire d'un dépassement des frontières juridiques nationales

Comparative Constitutionalism. Cases and Materials, 3^e édition, St Paul, Thomson West, 2016 [2003].

²⁸ T. GINSBURG *e. a.*, « Commitment and Diffusion: How and Why National Constitutions Incorporate International Law », *U. Ill. L. Rev.*, 2008, p. 207-208.

²⁹ Voir en particulier les travaux menés par A.-M. Slaughter, notamment son ouvrage de synthèse : *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

³⁰ S. CHOUDHRY (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Déjà René Rodière avait pensé à cette métaphore pour rendre compte des invasions physiques ou intellectuelles : R. RODIÈRE, « Approche d'un phénomène : les migrations de systèmes juridiques », in *Mélanges en l'honneur de Gabriel Marty*, Publications de l'Université de Toulouse, 1978, p. 947.

³¹ A.-M. SLAUGHTER, « Judicial Globalization », *Va. J. Int'l L.*, vol. 40, 2000, p. 1103 : cité 645 fois selon Google Scholar consulté le 25.10.2017. Voir aussi son article pionnier : A.-M. SLAUGHTER, « A Typology of Transjudicial Communication », *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, p. 99.

par la constitution d'une communauté de juges à travers le monde³². Désormais, la « langue des droits³³ » s'identifie, avant tout, à celle pratiquée par les juges et les cours : le discours de la convergence trouve précisément appui dans cette pratique souvent représentée comme un « dialogue des juges ».

Dans son écrit, Bruce Ackerman évoquait le manque d'intérêt des juges américains pour le droit étranger. Cet article peut être qualifié de séminal : si le grand constitutionnaliste constatait que la globalisation n'avait pas encore eu « le moindre impact sur la pensée constitutionnelle américaine », depuis lors la controverse au sein de la Cour suprême des États-Unis a servi de caisse de résonance³⁴ et les travaux académiques se sont multipliés, tout particulièrement dans une perspective comparée. Outre la publication des deux *casebooks* précités, un autre indice majeur est aisément identifiable : la fondation en 2003 d'une nouvelle revue, *International Journal of Constitutional Law (I-CON)*. Elle répond précisément à ces mutations et ses promoteurs, N. Dorsen et M. Rosenfeld (qui sont aussi les principaux auteurs d'un des manuels précités, *Comparative Constitutionalism*), justifient cette création par la nécessité de comprendre les tendances nouvelles du droit constitutionnel liées aussi bien à la globalisation qu'à un recours sans cesse grandissant des universitaires et des juges constitutionnels à la comparaison. La métaphore du dialogue des juges constitue le trait d'union qui permet de passer d'un discours dans un autre : de celui de l'europanisation du droit à celui sur la globalisation et, en particulier, du droit constitutionnel.

1.2. Le discours de la convergence des droits (constitutionnels) européens, fertilisant pour le discours sur le constitutionnalisme global

Le discours sur le constitutionnalisme global est ancré dans le discours de la convergence des droits européens qui s'appuie sur la diffusion des droits de l'homme et l'intégration européenne. Pour les trois ténors du constitutionnalisme global, l'expérience européenne est exemplaire et mérite

³² A.-M. SLAUGHTER, « A Global Community of Courts », *Harv. Int'l L. J.*, vol. 44, 2003, p. 191.

³³ E. GARCIA DE ENTERRIA, *La lengua de los derechos*, Madrid, Alianza, 1994 ; G. DE BURCA, « The Language of Rights and European Integration », in J. SHAW, G. MORE (dir.), *New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 29 ; M.R. FERRARESE, « Il linguaggio transnazionale dei diritti », *Riv. Dir. Cost.*, 2000, p. 74.

³⁴ Voir *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997). Dans cette affaire, les juges Justice Antonin Scalia et Justice Stephen Breyer, dissident, ont opposé leur point de vue sur l'utilisation du droit étranger pour éclairer l'interprétation de la Constitution américaine. Dans l'affaire *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), la Cour suprême des États-Unis a eu recours pour la première fois à un précédent étranger (soit une décision de la Cour européenne des droits de l'homme) pour justifier un revirement jurisprudentiel relativement à l'interprétation d'une disposition constitutionnelle. On peut douter que la solution juridique était expressément établie, mais la décision a néanmoins provoqué une vive réaction du Congrès dont un sous-comité de la Chambre des Représentants l'a comprise comme une atteinte à l'identité constitutionnelle nationale et a voté, le 13 mai 2004, une résolution intitulée « Reaffirmation of American Independence ». Voir *H.R. Res. 568*, 108^e cong., 2^e sess. (2004). Pour autant, la controverse entre Scalia et Breyer n'a pas été éteinte : voir aussi *Roper v. Simons*, 543 US 551 (2005).

d'être traitée comme première expression de la globalisation. L'article « Judicial Globalization » précité et rédigé par Anne-Marie Slaughter est, à ce titre, topique du rôle reconnu aux cours européennes.

C'est au cours de la dernière décennie du ^{xx}^e siècle que se dessine une nouvelle étape qui s'articule autour du triptyque « droits de l'homme – démocratie pluraliste – État de droit³⁵ » devenu hégémonique par le jeu de l'élimination des versions concurrentes. Dans le cadre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE), les États participants reconnaissent, dans un document adopté le 29 juin 1990 à la réunion de Copenhague, que « la démocratie pluraliste et l'État de droit sont essentiels pour garantir le respect de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ». À partir de ce moment, la CEDH se transforme en un instrument de promotion et d'enracinement des droits de l'homme. Les États candidats, ceux qui ont exprimé la volonté d'être admis au sein du Conseil de l'Europe, doivent en respecter les buts et objectifs fixés par le statut du Conseil. Pour ce faire, ils doivent remplir certaines conditions qui s'organisent autour de deux exigences étroitement liées : d'une part, être une démocratie pluraliste et, d'autre part, respecter la prééminence du droit et garantir les droits de l'homme. En ce sens, la CEDH a été une source d'inspiration dans la rédaction de certains catalogues nationaux³⁶. Cette influence globale a été particulièrement puissante sur les catalogues des pays d'Europe centrale, orientale et balte, même si certaines constitutions occidentales, notamment la Loi fondamentale allemande, ont constitué une autre source d'inspiration³⁷. En revanche, on n'avait pas éprouvé le besoin d'énoncer que l'adhésion aux Communautés européennes reposait sur l'adhésion aux valeurs libérales et démocratiques. Cela allait de soi, même quand ce fut au tour d'anciennes dictatures de rejoindre la construction européenne : la Grèce en 1981, puis l'Espagne et le Portugal en 1986. La perspective change en raison de l'accélération liée à l'élargissement précipité vers l'Est du Conseil de l'Europe, qui a accepté parmi ses membres la Russie ou la Croatie dont on peut douter de leur respect scrupuleux des droits de l'homme. Avec le traité d'Amsterdam (en 1997, qui modifie le traité sur l'Union européenne de 1992, ci-après TUE), le respect des droits de l'homme est devenu une condition officielle de l'adhésion à l'Union. Ce traité a institutionnalisé un critère politique de l'adhésion par une référence expresse aux principes : « l'Union européenne est fondée sur les principes de liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'État de droit ». Il s'agit d'une codification de la pratique antérieure, mais aussi d'un investissement de précaution pour l'avenir de manière à faire face aux nouvelles demandes d'adhésion, notamment celle de la Turquie. De plus, le traité d'Amsterdam innove en établissant un mécanisme de sanctions contre un État membre qui ne respecterait pas les droits de l'homme. Après constatation de la violation « grave et persis-

³⁵ J. CHEVALIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », in C.-A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 39.

³⁶ D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 505.

³⁷ *Ibid.*, p. 504.

tante » par les chefs d'État et de gouvernement, sur proposition d'un tiers des États membres ou de la Commission, après avis conforme du Parlement européen, le Conseil peut décider à la majorité qualifiée de suspendre certains droits de cet État, y compris ses droits de vote au Conseil. L'article 7 du TUE prévoit ainsi un mécanisme de protection des valeurs communes énoncées à l'article 2 du TUE.

L'absence de déclaration des droits dans le corpus communautaire a été pendant longtemps une question récurrente de l'agenda européen : avec le traité sur l'Union européenne, les acquis de la jurisprudence sont intégrés, mais c'est surtout après le traité d'Amsterdam et le refus des gouvernements des États membres de donner suite aux propositions de certains d'entre eux d'introduire une clause permettant l'adhésion à la Convention européenne que va naître l'idée, sous l'impulsion de l'Allemagne, d'élaborer un catalogue des droits fondamentaux propre à l'Union européenne. C'est chose faite avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000), qui a force juridique contraignante (article 6, alinéa 1 TUE) depuis la ratification du traité de Lisbonne (2009). Pendant ce temps, la Cour européenne de justice avait compensé l'absence de catalogue en faisant appel aux traditions constitutionnelles communes : dès 1969, elle qualifie les droits fondamentaux de « patrimoine commun aux États membres » (arrêt *Stauder* du 12 novembre 1969). Surtout, dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*, elle reconnaît que « le respect des droits fondamentaux fait partie des principes généraux du droit dont elle assure le respect » et que « la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté » (arrêt du 17 décembre 1970). La Cour de justice voulait assurer le respect des droits pour éviter de voir les juridictions nationales écarter le droit communautaire au motif qu'il serait jugé incompatible avec les libertés au mépris de la primauté du droit communautaire. Mais sur quelle base la Cour pouvait-elle assurer une telle protection ? Elle trouve une telle base en faisant appel aux « traditions constitutionnelles communes ». Dans l'arrêt *Nold* du 14 mai 1974, la Cour de Luxembourg a apporté des précisions sur le mécanisme de détermination du contenu concret des droits fondamentaux : le recours à la Convention européenne des droits de l'homme a été privilégié et, en outre, elle a indiqué qu'elle est « tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes des États membres ». La Cour de justice dispose aussi d'un instrument procédural privilégié pour faciliter la coopération et la convergence avec les juges nationaux. Il s'agit du renvoi préjudiciel. Les juridictions nationales des États membres peuvent demander à la Cour la signification d'une partie du droit communautaire. La Cour donne alors son interprétation, qui sera à la disposition de la juridiction nationale demandeuse, sans pouvoir juger l'affaire elle-même. Cette voie de recours favorise un mouvement circulaire entre les droits nationaux et le droit communautaire. Ainsi, les constitutions nationales sont une source d'inspiration pour le juge communautaire. Mais il est l'interprète exclusif et garant de l'ordre juridique communautaire et utilise donc les traditions constitutionnelles communes de manière à tisser un lien avec les ordres juridiques internes tout en se réappropriant le patrimoine constitutionnel commun conformément aux objectifs poursuivis par l'ordre juridique communautaire.

La comparaison ne sert donc pas nécessairement à mettre en lumière des convergences entre les droits nationaux des États membres. Elle permet aussi de faciliter la réception, dans le droit communautaire, de solutions nationales sûres et convaincantes, même si elles sont singulières, comme, par exemple, le principe de proportionnalité (venu du droit allemand)³⁸. Dans ce contexte, l'instrument comparatif est aussi et surtout une technique de réconciliation des systèmes juridiques et donc de légitimation du droit en formation. Sur la base de l'action conjuguée des cours européennes de Strasbourg et de Luxembourg, la doctrine en Europe, notamment française et italienne, parle de « patrimoine constitutionnel commun » et sa reconstruction repose sur deux piliers : les droits fondamentaux et les principes organisationnels des pouvoirs publics³⁹.

Cette brève reconstruction des éléments constitutifs du discours de l'europanisation du droit constitutionnel permet de formuler la question suivante : peut-on concevoir la convergence des droits constitutionnels de la même manière en dehors de l'Europe ? Avant même de traiter cette question, il faut toutefois souligner que le discours de la convergence ne va pas de soi en Europe : il appelle des nuances, voire des réserves. Face à la force de pénétration des droits communautaire et européen, les juges nationaux sont devenus les gardiens des ordres juridiques internes. Ils cherchent à préserver l'autonomie des ordres juridiques. Cela implique tout d'abord la préservation de la constitution nationale ou, du moins, de certains principes qui sont dégagés par les cours constitutionnelles comme étant en quelque sorte le noyau dur de tout le système juridique : le respect des droits fondamentaux pour le juge constitutionnel allemand ou bien les « conditions essentielles de la souveraineté » pour le Conseil constitutionnel français, qui, désormais, préfère se référer à « l'identité constitutionnelle de la France⁴⁰ ». Seuls quelques éléments fort connus sont ici rappelés pour mettre en évidence que certains domaines ne sont pas absorbés par le processus d'intégration européenne et qui, par conséquent, échappent à l'europanisation. Le cas britannique, bien avant le Brexit, et la thématique de la renationalisation des droits illustrent aussi cette résistance⁴¹. Converger

³⁸ P. PESCATORE, « Le recours dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *R.I.D.C.*, 2-1980, p. 354. Voir aussi K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *R. T. D. E.*, 2001, p. 487.

³⁹ Actes du colloque tenu à Montpellier les 22 et 23 novembre 1996, *Le patrimoine constitutionnel européen*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1997 ; A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologne, Il Mulino, 2002, p. 29.

⁴⁰ L'émergence de « l'identité constitutionnelle de la France » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel correspond à sa désormais célèbre décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006 (confirmée par les décisions n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 et n° 2010-605 DC du 12 mai 2010) laquelle a donné lieu à nombreux développements doctrinaux. Voir pour la richesse du débat en langue française : M. FATIN-ROUGE STÉFANINI *e. a.* (dir.), *L'identité à la croisée des États et de l'Europe. Quel sens, quelles fonctions ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015. Pour une discussion sur la notion dans une perspective américaine, voir G. JACOBSON, *Constitutional Identity*, Harvard, Harvard University Press, 2010.

constitutionnellement ne signifie pas uniformiser les systèmes constitutionnels.

La question mérite dès lors d'être reformulée et précisée pour progresser dans le raisonnement : peut-on voir l'Europe comme modèle d'intégration pour le reste du monde ? Il s'impose d'emblée que le discours de la convergence ne peut pas reposer exclusivement sur la justice constitutionnelle et la protection des droits et libertés. Le volet institutionnel est laissé dans l'ombre excepté, tout de même, de l'aspect juridictionnel, en raison de la place majeure des juges et de ses conséquences sur le principe de la séparation des pouvoirs. Ce volet est plus exactement traité par les internationalistes⁴² en termes de « gouvernance » dont la promotion est assurée par la Banque mondiale et les institutions onusiennes depuis la fin des années 1980. Si la question donne l'impression d'être évacuée, c'est sans doute parce qu'elle est susceptible de soulever des difficultés auxquelles la théorie constitutionnelle n'apporte que difficilement des réponses.

Comment ne pas voir que le pouvoir a migré en dehors des constitutions nationales lorsque la décision politique est prise en dehors de l'État et de ses institutions (en particulier en matière financière et même monétaire) ? La perspective adoptée pour aborder cette question peut être double. Observée de l'intérieur des démocraties, sa formulation devient d'une part la suivante : les constitutions nationales sont-elles encore en mesure d'exercer leur fonction de limitation alors que le pouvoir a migré ? Les frontières définissant le territoire national constituent l'élément de base sur lequel les individus sont admis ou exclus à la participation des décisions qui les regardent. En outre, si la loi démocratique de la majorité ne produit sa légitimité que dans le cadre national, peut-on envisager que le principe majoritaire puisse s'appliquer « hors du cadre national » ou, selon les termes du Doyen Vedel, « une démocratie non nationale peut-elle être légitime⁴³ » ? L'Europe, de toute évidence, n'a toujours pas trouvé de réponse solide à ce dilemme, comme le montre notamment le résultat du référendum britannique de juin 2016. Si le problème est, en revanche, observé de manière décentrée en se plaçant du côté des institutions européennes, se pose la question du respect des valeurs énoncées à l'article 2 du TUE que les États membres de l'Union européenne se sont précisément engagés à respecter. Actuellement, les États hongrois et polonais mettent en tension l'autonomie constitutionnelle des États membres avec les principes de coopération loyale (article 4, alinéa 2 du TUE) et de reconnaissance mutuelle (articles 81 et 82 du traité FUE). La Hongrie et, désormais, la Pologne sont à l'origine d'un conflit constitutionnel qui a pour objet la captation des moyens constitution-

⁴¹ Cette thématique repose sur la contestation de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en particulier sa jurisprudence relative aux droits de vote des détenus : *D.H. McHugh c. RU*, 10 février 2015 (1^{ère} condamnation du Royaume-Uni avec l'affaire Hirst en 2005).

⁴² P. ALSTON, « The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization », *E.J.I.L.*, 1997, p. 135 qui appelle à y réfléchir sans perdre de temps, en particulier, sur le rôle accru des acteurs privés, le besoin d'État et de nouveaux principes (transparence, participation et *accountability*).

⁴³ In « Les racines de la querelle constitutionnelle sur l'élection du Parlement européen », *Pouvoirs*, n° 2, 1977, p. 30.

nels de limitation du pouvoir par la majorité politique qui gouverne⁴⁴. Le risque pour l'Union est de voir se propager le non-respect des valeurs de l'article 2 qui constitue son fondement⁴⁵. Le danger est donc de saper de l'intérieur les pays porteurs du libéralisme politique par le déploiement des démocraties dites illibérales⁴⁶ face auquel l'Union européenne semble bien désemparée en raison de la nature politique du conflit⁴⁷. Celui-ci porte sur l'interprétation de la constitution nationale : l'identité de l'ordre constitutionnel est en jeu et, partant, le principe de légitimité politique qui fonde la constitution. L'occultation de la dimension politique de la constitution depuis l'après Première Guerre mondiale n'est sans doute pas étrangère à cette crise dans le cadre de la construction européenne, qu'on la conçoive comme conséquence d'une Europe sans histoire et sans communauté politique, ou comme conséquence d'une Europe imposée plutôt que choisie (l'élargissement de 2004 constituant probablement une étape « de trop », franchie sans le consentement formel des peuples européens). Ces explications ne sont certainement pas exclusives l'une de l'autre.

Il serait naïf de croire qu'une méthode, même rigoureuse, puisse prétendre éliminer les conflits constitutionnels, mais elle peut les prévenir en éclairant les côtés obscurs du constitutionnalisme global⁴⁸. Les réserves émises ici portent sur la sous-évaluation des différences culturelles des systèmes constitutionnels et non sur la convergence elle-même : sans douter de la convergence des droits, on peut tout aussi légitimement supposer qu'elle ne conduit pas à la suppression des différences culturelles sur lesquelles reposent les systèmes constitutionnels. C'est pourquoi les fondements méthodologiques de la thèse de la convergence méritent d'être interrogés.

⁴⁴ Sur le cas hongrois, voir M.-C. PONTHEAU, « De la constitution invisible à la constitution évanescence. La Loi fondamentale de la Hongrie à la lumière des expériences européennes », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris, Dalloz, 2014, p. 525. Dans le contexte européen, le cas turc est aussi à insérer dans cette régression qui conduit des démocraties constitutionnelles fragiles à une dégénérescence constitutionnelle : avant le coup d'État du 15 juillet 2016, voir A. ACAR, « De-constitutionalism in Turkey », *Int'l J. Const. L. Blog*, 19 mai 2016, disponible en ligne à l'adresse : <https://www.iconnectblog.com/2016/05/deconstitutionalism-in-Turkey>

⁴⁵ Sur les réponses possibles des institutions européennes face à la régression démocratique, voir L. PECH, K.L. SCHEPPELE, « Illiberalism Within : Rule of Law Blacksliding in the European Union », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2018 (à paraître), disponible en ligne à l'adresse : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009280

⁴⁶ F. ZAKARIA, « The Rise of Illiberal Democracy », *Foreign Affairs*, vol. 76, 1997, p. 22 ; A.Z. HUQ, T. GINSBURG, « How to lose a Constitutional Democracy », *UCLA Law Review*, vol. 65, 2018, disponible en ligne à l'adresse : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2901776

⁴⁷ Sur la nature politique du conflit constitutionnel, voir J. HUMMEL (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, Rennes, PUR, 2010.

⁴⁸ En ce sens, voir R. UITZ, « Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary », *I-CON*, vol. 13, 1/2015, p. 279. Néanmoins, un trop grand optimisme n'est sans doute pas de bon aloi. Il est plus raisonnable d'envisager un rôle de dénonciation de l'utilisation frauduleuse du comparatisme par les instances gouvernementales des démocraties illibérales.

II. LES SOUBASSEMENTS MÉTHODOLOGIQUES DE LA THÈSE DE LA CONVERGENCE DES DROITS CONSTITUTIONNELS

Le discours de la convergence se fonde sur une analyse de type macro-comparative qui vise le plus grand nombre de constitutions ou de décisions constitutionnelles possibles (1). Sa portée horizontale est adaptée au phénomène global, mais elle perd en profondeur ce qu'elle gagne en extension. Elle s'adosse sur deux méthodes qui renforcent cette perte : d'une part, l'approche juridique formelle et, d'autre part, l'approche quantitative (2).

2.1. La macro-comparaison constitutionnelle

Il est marquant que la macro-comparaison soit pratiquée par tous les agents de la globalisation, parmi lesquels les juges jouent indéniablement le premier rôle. La pratique de la citation des solutions étrangères par les juges constitutionnels montre bien que les décisions étrangères sont utilisées comme points de repères dans un monde juridique élargi. Autrement dit, il s'agit de donner un cadre de référence global en listant les décisions étrangères déjà rendues sur une même question – ainsi du mariage entre personnes de même sexe. Cet usage est le plus fréquent, en particulier parmi les juridictions de *common law*. Il correspond à l'inscription de la décision à rendre dans un contexte plus large que le cadre national par l'examen de ce qui a été fait ailleurs, mais sans qu'il s'agisse nécessairement de suivre ce qui a déjà été fait et, donc, sans discuter ces précédents. Ils sont plutôt présentés comme des sources d'inspiration en vue de l'interprétation de la constitution nationale. L'objectif poursuivi est de faire savoir que la cour est consciente qu'elle n'est pas la seule à devoir trancher le problème auquel elle est confrontée, en particulier s'il s'agit d'un cas difficile et/ou nouveau en matière de protection des droits. Sinon, elle préfère dresser le panorama de ses propres précédents. L'histoire de la juridiction et la tradition juridique à laquelle elle appartient déterminent en partie la fréquence de cet usage. Généralement, les précédents sont présentés de manière synthétique, voire sans référence précise. Il arrive qu'ils soient intégrés dans le raisonnement final qui conduit la cour à déterminer sa propre décision. La démarche des juges peut être dès lors plus approfondie : le précédent étranger (car alors il ne s'agit plus d'un panorama de décisions étrangères mais d'un nombre limité de précédents) est discuté aussi bien dans la décision majoritaire que dans les opinions séparées. L'intégration du cas étranger dans le raisonnement de la cour conduit alors à le resituer dans le contexte jurisprudentiel d'origine et à le confronter aux précédents internes. Par exemple, quand la Cour suprême d'Irlande prend ce chemin, elle veille à sélectionner des précédents appartenant à la même tradition, car elle peut être amenée à importer une solution étrangère⁴⁹ que, le plus souvent, elle se réappropriera. Rares sont toutefois les cours qui discutent systématiquement les précédents étrangers⁵⁰. Cette dernière démarche a été en effet détectée dans la pratique de la

⁴⁹ Ainsi, la Cour suprême d'Irlande a-t-elle importé le test de proportionnalité établi par la Cour suprême du Canada (*R v Oakes* (1986) 1 SCR 103) : *Heaney v Ireland* (1994) 3 IR 593.

⁵⁰ Certains jugent s'expliquent sur les risques que représente un « comparatisme superficiel » : voir en particulier l'opinion du Justice O'Regan de la Cour constitutionnelle

Cour constitutionnelle de l’Afrique du Sud et, dans une moindre mesure, les Cours suprêmes du Canada et de l’Inde s’y prêtent également. Le rapprochement des affaires est donc habituellement de nature purement formelle⁵¹.

La manière de procéder des juges a été en partie reprise par les universitaires, qui, par mimétisme, ont reproduit cette démarche visant tout d’abord à montrer la similitude des problèmes à traiter, mais – répétons-le – sans que cela conduise nécessairement à la similitude des solutions juridiques adoptées. La fusion des approches s’explique aisément par l’absence de séparation étanche entre ces acteurs du constitutionnalisme global et la doctrine : par exemple, Sabino Cassese, universitaire et aujourd’hui ancien juge de la Cour constitutionnelle italienne, est l’un des promoteurs du *Global (Administrative) Law*⁵².

L’approche macro-comparative est aussi l’instrument privilégié par la Commission pour la démocratie par le droit (plus connue comme « Commission de Venise ») pour mener à bien ses expertises en matière constitutionnelle. Les experts s’appuient sur des standards européens (*rule of law, human rights, democracy*) ou des catégories générales telles que le patrimoine constitutionnel commun. Créée par le Conseil de l’Europe après la Chute du Mur de Berlin pour aider les pays d’Europe centrale et orientale à réaliser la transition démocratique, la Commission de Venise a toutefois connu depuis lors une expansion géographique remarquable, qui la conduit à agir bien au-delà de l’Europe. On peut désormais faire le tour du monde en consultant la liste de ses actuels membres à part entière, puisque la Commission est passée de dix-huit pays de l’Europe occidentale en 1990 à soixante membres du monde entier, dont le Chili, devenu membre en 2005, la Corée du Sud en 2006, Israël en 2008, la Tunisie en 2010, le Kazakhstan en 2012 et les États-Unis en 2013. La Commission est appelée à donner ses conseils en ingénierie constitutionnelle en formulant des avis, qui portent le plus souvent sur les réformes constitutionnelles entreprises par ses membres. La superficialité des analyses ne tient pas uniquement à l’absence d’étude de cas et à la promotion de standards généraux, mais aussi à la prédominance de rapporteurs provenant de l’Europe occidentale, alors que les avis portent le plus souvent sur de « jeunes démocraties ». Une forme de néo-colonialisme est toujours à craindre, en particulier en l’absence de connaissance réelle du contexte sociopolitique dans lequel s’inscrivent les réformes constitutionnelles⁵³.

d’Afrique du Sud, *Fose v Minister of Safety and Security* [1997] 3 SA 786 (CC) 35 ; voir aussi l’opinion de Justice Macken de la Cour suprême d’Irlande, *Pól O Murchú v An Taoiseach* (2010) IEHC 26, ou celle de Justice Wilson de la Cour suprême du Canada, *Lavigne v Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 SCR 211.

⁵¹ Pour plus de détails sur la citation des solutions constitutionnelles étrangères : T. GROPPI, M.-C. PONTHEAU (dir.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford, Hart, 2013.

⁵² Voir notamment, S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Rome-Bari, Laterza, 2002 et S. CASSESE (dir.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, Northampton, Elgar, 2016.

⁵³ Pour une étude détaillée et critique du rôle joué par la Commission de Venise : M. DE VISSER, « A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform », *Am. J. Comp. Law*, n° 63, 2015, p. 963. Un point de

L'approche macro-comparative ne conduit pas à nier les différences, mais à les gommer. Pour prendre en compte un grand nombre de systèmes constitutionnels, les modèles ou les catégories générales telles que le patrimoine constitutionnel commun sont privilégiés. Or, ils n'ont pas une consistance suffisante : ils sont des points de repères utiles, mais une représentation simplifiée de la réalité juridique qu'ils veulent traduire. Les modèles sans les cultures constitutionnelles sont vides et formels, alors qu'accompagnés des cultures constitutionnelles, ils pourraient être pénétrants et clairvoyants. Mettre en évidence les différences et donc faire la différence n'est pas au cœur des approches formelle et quantitative qui renforcent au contraire le rapprochement superficiel des textes constitutionnels.

2.2. Les approches formelle et quantitative des constitutions et en particulier des catalogues des droits

En droit des libertés, plusieurs notions sont employées, mais deux d'entre elles sont les plus fréquentes : d'une part, les « droits de l'homme » et, d'autre part, les « droits fondamentaux ». On remarque toutefois que les anglo-américains ignorent cette dernière notion. Les Anglais utilisent les locutions « *human rights* » (dimension internationale de la matière) et « *civil liberties* » (équivalent de « libertés publiques »). L'influence du droit communautaire des droits fondamentaux (de la jurisprudence la Cour européenne de Justice à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) a toutefois conduit à l'introduction de la notion de « *fundamental rights* » dans le droit et la doctrine d'Outre-manche. Les Américains ajoutent à ces notions celle de « *constitutional rights* » (dimension constitutionnelle). Les notions sont donc en partie liées aux sources textuelles de reconnaissance des droits. En France, la notion la plus prégnante, à côté de celle de « droits de l'homme », a été néanmoins celle de « libertés publiques », et cela jusqu'à l'importation de la notion allemande de « droits fondamentaux »⁵⁴. La reconnaissance des droits est le résultat d'un processus historique différencié selon les ordres juridiques, mais la formulation en des termes généraux et le manque d'unité favorisé par la confusion sémantique entre les notions accentuent le potentiel d'universalité formelle des droits constitutionnels.

Dans le contexte global, la tentation est dès lors grande de (dé)montrer la proximité formelle des constitutions par un rapprochement des catalogues des droits. C'est la démarche adoptée par David Law et Mila Versteeg, et présentée dans l'article précité : « The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism ». Les auteurs visent à s'écarter de la voie la plus fréquentée par les universitaires américains, celle de l'interprétation constitution-

vue plus positif ressort d'une autre analyse centrée sur les avis rendus sur la Roumanie et la Hongrie : l'action de la Commission de Venise, de plus en plus citée, dépend néanmoins des décisions prises par les institutions européennes pour faire respecter les valeurs inscrites à l'article 2 du TUE : J. NERGELIUS, « The Role of the Venice Commission in Maintaining the Rule of Law in Hungary and in Romania », in A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND (dir.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford, C.H. BECK-Hart-Nomos, 2015, p. 291.

⁵⁴ P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de "droits fondamentaux" », *R.U.D.H.*, 2004, p. 40

nelle et, pour ce faire, de la question du recours aux précédents étrangers, afin de rendre compte d'une pratique globale qui ne regarde pas exclusivement le travail des juges, mais aussi l'élaboration des constitutions. C'est également, pour eux, une manière de répondre au défi formulé par Bruce Ackerman, peu confiant dans les études quantitatives en raison d'une diffusion limitée du constitutionnalisme et d'un trop grand nombre de variables à maîtriser⁵⁵. Les auteurs mettent ainsi en lumière un « constitutionnalisme global formel⁵⁶ ». Puisqu'un grand nombre de droits constitutionnels sont « génériques », certains d'entre eux ont été retrouvés dans pas moins de 97 % des constitutions en vigueur en 2006 : la liberté de religion, la liberté d'expression, le droit de propriété et le principe d'égalité⁵⁷. Les auteurs rapprochent même les catalogues des Constitutions luxembourgeoise et nord-coréenne pour en souligner les similarités formelles, lesquelles sautent aux yeux, notamment concernant les droits des travailleurs et le droit de propriété.

Toutefois, cette analyse ne repose sur aucun effort comparatif et même appauvrit la comparaison, puisque les catalogues des droits en eux-mêmes ne disent que très peu de la réalité constitutionnelle et, en particulier, de l'effectivité des garanties des droits, malgré la reconnaissance de différentes formes de contrôle de constitutionnalité (laquelle a nettement progressé depuis 1946, en passant d'une présence de 25 % à 82 % des constitutions en 2006, sans compter les développements non formels comme pour les États-Unis⁵⁸). La formulation des droits est certes un indicateur précieux sur leur degré de justiciabilité. Néanmoins, l'essentiel pour les droits n'est pas tant d'être reconnus que garantis, c'est-à-dire qu'une fois consacrés il appartient aux juges, au nom de la concrétisation de la constitution, d'assurer leur respect, notamment en évitant que, sous couvert de son pouvoir discrétionnaire, le législateur ne fasse rien et, ainsi, vide de tout sens la constitution. Plus généralement, l'approche formelle des constitutions déracine les concepts contenus dans celles-ci. On ne sait pas d'où ils viennent, on ne connaît pas leur histoire. On croit reconnaître le même droit derrière les mêmes mots, alors qu'il appartient, pourtant, au comparatiste de révéler les hiatus implicites. À titre illustratif, on peut, sans même discuter des divergences de traitement des libertés entre régime libéral et régime autoritaire, rappeler un exemple bien connu : la liberté d'expression n'est pas conçue et protégée de la même manière aux États-Unis et en Europe⁵⁹. En contrepartie d'une certaine forme de réductionnisme, l'approche formelle accompagnée d'une démarche quantitative autorise le traitement d'un grand nombre de constitutions et l'évaluation quantitative de l'exhaustivité des catalogues des droits,

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 775.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 1170.

⁵⁷ Ce sont les quatre droits les plus fréquemment formulés dans les catalogues constitutionnels : *ibid.*, p. 1200.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 1199.

⁵⁹ Voir par exemple, G. HAARSCHER, « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », in J. ALLARD *e. a.* (dir.), *Juger les droits de l'homme. Europe et États-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 139.

même si les résultats sont sans surprise : les auteurs mettent en avant la tendance à l'augmentation du nombre de droits reconnus dans les catalogues constitutionnels depuis 1946. Quantifier rend compte de la perception de la diffusion des droits, mais n'explique pas les raisons de cette prolifération.

David Law et Mila Versteeg dégagent également un critère de classification des constitutions qui leur permet de les ranger dans deux groupes idéologiques : l'un libéral et l'autre étatiste. Dans cette dernière catégorie sont néanmoins classées des constitutions qui relèvent d'un mélange de régime autoritaire, de systèmes socialo-communistes et des États providences européens. Conscients des contextes très différents dans lesquels s'appliquent les constitutions du Luxembourg et de la Corée du Nord, le rapprochement est malgré tout réaffirmé, ce qui tient à la formulation générique des droits. À la fin de leur étude, les auteurs conviennent néanmoins de la nécessité de créer des sous-groupes pour distinguer notamment les constitutions⁶⁰ et accentuer la convergence au sein d'une même famille. Les auteurs reconnaissent enfin les faiblesses et les questions restées sans réponse par leur travail, tout en défendant les études empiriques et quantitatives dans un contexte de pluralisme méthodologique.

Si le point de départ de l'article paraît tout à fait pertinent, à savoir que la thèse de la globalisation du droit constitutionnel repose sur un principal et unique argument (la citation des précédents étrangers par les juges) – dont la consistance n'a d'ailleurs pas été vérifiée à l'époque par une étude empirique⁶¹ –, la démarche proposée n'en soulève pas moins deux objections supplémentaires, qui se veulent plus générales et radicales que celles dégagées précédemment en ce qu'elles s'inscrivent dans le débat épistémologique et méthodologique qui traverse le droit comparé (constitutionnel) depuis le début des années 2000.

Les auteurs sont en quelque sorte rattrapés par le perspectivisme américain auquel ils cherchaient initialement à échapper. L'application du critère de classification des constitutions fait pleinement ressortir un biais cognitif. Aucun juriste européen n'oserait réunir dans une même catégorie les Constitutions du Luxembourg et de la Corée du Nord. Le biais cognitif est la traduction d'un nationalisme méthodologique. Les géographes parlent même de « territorialisme méthodologique⁶² ». Cette terminologie est encore plus parlante que celle de nationalisme méthodologique, puisqu'elle met l'accent sur l'excès de concentration du territoire comme unité d'analyse spatiale. Le *global lawyer* s'en est indubitablement émancipé. En revanche, cette étude montre qu'il n'échappe pas à la manière nationale d'aborder les questions juridiques, puisque, en droit, la part du construit est beaucoup plus grande que celle du donné : les concepts reposent sur des précompréhensions elles-

⁶⁰ *Op. cit.*, p.1246.

⁶¹ Voir notre étude collective précitée qui a participé à résorber cette lacune et en particulier l'introduction d'ordre méthodologique : T. GROUPI, M.-C. PONTHEAU, « The Methodology of the Research: How to Assess the Reality of Transjudicial Communication », in *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, *op. cit.*, p. 1.

⁶² J.A. SCHOLTE, *Globalization: A Critical Introduction*, 2^e édition, New York, Palgrave Macmillan, 2005.

mêmes fondées sur des valeurs, croyances et pratiques culturelles diverses. Cela s'applique sans nul doute aux notions de « constitution » et de « droits constitutionnels ». Or, parmi ces derniers, la catégorie des droits sociaux est indéniablement la plus malaisée à saisir en raison de multiples facteurs qui jouent dans leur formulation. Si ces droits ne sont pas pensés et conçus de la même manière selon les systèmes constitutionnels, cela tient toutefois, principalement et de manière profonde, aux fonctions attribuées à l'État. Or, l'existence d'un État social a été rendue difficile aussi bien aux États-Unis qu'au Royaume-Uni en raison de la tradition du libéralisme politique et économique⁶³. Au contraire, dans la théorie de l'État socialiste, les droits sociaux jouaient un rôle idéologique important. Les anciens régimes communistes prétendaient satisfaire les besoins sociaux de manière plus efficace et égalitaire que ne le faisaient les pays capitalistes. Les droits sociaux ont été conservés dans les nouvelles constitutions des pays de l'Europe centrale et orientale, mais les généreux catalogues de droits contiennent avant tout des objectifs qui exigent de l'État des mesures législatives. Ces textes expriment cependant une certaine attention aux droits de catégories spécifiques de sujets (mineurs, handicapés, personnes âgées, travailleurs étrangers) qui ne figurent pas, le plus souvent, dans d'autres constitutions européennes néanmoins marquées par les avancées sociales à partir du XIX^e siècle et le bien-être économique de l'après Seconde Guerre mondiale. En s'en tenant en revanche à un critère nominal, les droits sociaux reconnus par les constitutions européennes paraissent assimilables à ceux que l'on trouve dans la constitution d'un État totalitaire fondé sur une idéologie stalinienne. Faute d'une mise à distance des questions spécifiquement américaines, la représentation extra-large offerte perd donc de sa pertinence et même échoue à donner une vision convaincante : la catégorie « constitution étatiste » est construite sur une conception trop marquée par l'idéologie libérale et l'héritage de *common law*, qui amène ces auteurs à séparer grossièrement en distinguant, d'un côté, les États-Unis et les pays de Commonwealth et, de l'autre, le reste du monde⁶⁴.

Cette objection ne conduit néanmoins pas à disqualifier les méthodes quantitatives. Elles ont leur place dans le contexte global : puisque la globalisation est un phénomène visible et tentaculaire, notamment en raison de l'intensification et l'accélération des échanges, c'est aussi une question de quantité, voire quantifiable. Si, épistémologiquement, ce choix est justifié, cela suppose d'un point de vue méthodologique de réfléchir à l'utilisation des méthodes quantitatives et, donc, plus généralement, au pluralisme méthodologique⁶⁵. Ce dernier ne signifie pas une juxtaposition de méthodes (comme semblent le suggérer David Law et Mila Versteeg), mais une articulation de celles-ci pour une meilleure compréhension de l'objet étudié. Assurément, les méthodes quantitatives peuvent être utiles pour sélectionner les cas à étudier en vue d'une étude comparative plus approfondie. Leur utilisation appelle toutefois à la prudence, le chercheur en droit ne devant pas

⁶³ G. KATROUGALOS, « European “Social States” and the USA: An Ocean Apart? », *European Constitutional Law Review*, n° 4, 2008, p. 236.

⁶⁴ Voir les tableaux présentés aux pages 1228 et 1230 de l'article précité.

⁶⁵ M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 203.

négliger de contextualiser les données quantitatives en vue d'une analyse qualitative. Elles n'en prennent pas moins, au cours de ces dernières années, une place sans cesse grandissante au sein des études (constitutionnelles) comparatives⁶⁶, en particulier sous l'impulsion des constitutionnalistes nord-américains issus de la science politique⁶⁷, qui voient en elles « la nouvelle frontière méthodologique du droit (constitutionnel) comparé⁶⁸ » : une autre manière de pratiquer la comparaison détachée du contexte national (langue, système juridique pris dans son ensemble, culture) dans lequel les normes juridiques s'enracinent.

Au contraire, le comparatisme critique met l'accent sur le cadre des perceptions et de compréhension de chaque communauté juridique de manière à expliquer comment les différentes communautés conçoivent le droit : ce qui conduit à insister sur la nécessité de tenir compte de la langue, des institutions, des concepts, des valeurs et pratiques juridiques sur lesquels s'articule chaque norme. Dans le nouveau cadre cognitif que dessine la globalisation, le comparatisme peut jouer un rôle de contrepoids face aux tendances à l'uniformisation portées par le discours global. Plus spécifiquement, la contextualisation, qui met l'accent sur les aspects culturels du droit, se présente comme une sorte de contre-feu à l'homogénéisation de type occidental. Loin de la figure de la science auxiliaire répandue dans l'ancien monde westphalien, le droit comparé est aujourd'hui incontournable, car il offre des concepts et des instruments pour comprendre le constitutionnalisme global en évitant d'aplatir la réalité constitutionnelle et en donnant à la théorie constitutionnelle une base empirique.

III. LE COMPARATISME CRITIQUE COMME CONTREPOIDS AU CONSTITUTIONNALISME GLOBAL

La perspective globale montre, d'un côté, que des changements sont en cours. De l'autre, le droit constitutionnel reste « essentiellement national, situé dans un cadre territorial donné et axé sur les normes fondamentales d'un État concret⁶⁹ ». La résilience des systèmes juridiques nationaux n'est pas à sous-estimer, mais ce n'est pas pour autant une raison pour penser comme avant et faire comme si de rien. Rendre possible un débat et ne pas clore les échanges suppose de raisonner à partir d'une version modérée du constitutionnalisme global, en particulier celle défendue par Anne Peters :

Une lecture constitutionnelle “modérée” n'implique d'aucune manière

⁶⁶ M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 117.

⁶⁷ R. HISCHL, « On the Blurred Methodological Matrix of Comparative Constitutional Law », in *The Migration of Constitutional Ideas*, op. cit., p. 47. Voir aussi l'éditorial de Ran HIRSCHL, « From Comparative Constitutional Law to Comparative Constitutional Studies », *I-CON*, 1/2013, p. 1 et Z. ELKINS, T. GINSBURG, J. MELTON (dir.), *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁶⁸ A. MEUWESE, M. VERSTEEG, « Quantitative methods for comparative constitutional law » in M. ADAMS, J. BOMHOFF (dir.), *Practice and Theory of Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 255.

⁶⁹ A. AUER e. a., *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, *L'État*, 2^e éd., Berne, Stampfi, 2006, p. 10-11.

une constitution mondiale cohérente et uniforme, ni même — c'est certain — un État global. L'idée n'est pas de créer un gouvernement centralisé et global mais de constitutionaliser une gouvernance multi-niveaux, globale et polyarchique. Ce projet doit en effet prendre en compte plus largement les besoins et les intérêts des pays en voie de développement et leurs populations⁷⁰.

De son côté, le constitutionnaliste optera également pour une version modérée du comparatisme⁷¹ : cette voie médiane peut être tracée à partir d'une approche culturelle du droit contenue (1) qui interroge le conformisme constitutionnel porté par le discours global (2).

3.1. Ne pas exagérer l'approche culturelle du droit constitutionnel

Les enseignements de Montesquieu semblent toujours actuels et adaptés aux défis d'aujourd'hui : « ne pas regarder comme semblables des cas réellement différents ; et ne pas manquer les différences de ceux qui paraissent semblables » (*De l'esprit des lois*, préface.). Contrairement à la comparaison intégrative qui vise à démontrer la convergence des droits, la comparaison différentielle repose essentiellement sur les notions de « tradition » et de « culture ». Ces deux notions sont désormais centrales (sans être prépondérantes) dans les études comparatives. Le plus souvent, elles sont indifféremment utilisées. Aussi bien les cultures que les traditions juridiques renvoient à un ensemble complexe d'éléments enracinés, historiquement conditionnés, qui concernent la nature du droit, le rôle du droit dans la société et dans l'organisation politique, ainsi que le fonctionnement du système juridique et la manière dont le droit est ou devrait être créé, appliqué, étudié, perfectionné et enseigné. Néanmoins, lorsque l'on cherche à identifier une tradition juridique, cela « implique de dégager des traits signalant l'appartenance d'un droit à une communauté épistémologique donnée, au-delà de sa traduction nationale spécifique⁷² ». Peut-être parce que plus attentifs aux racines historiques et culturelles du droit, les publicistes n'ont pas donné à la dichotomie entre tradition de *common law* et tradition civiliste une aussi grande importance que celle qui lui est accordée en droit privé⁷³. La notion de « culture » semble plus appropriée : la culture est ce qui permet de marquer l'identité d'un système juridique et donc sa différence par rapport aux autres systèmes. Quoique souvent utilisée, la notion de « culture constitutionnelle » s'apparente généralement à une simple facilité d'exposition ou à une commodité explicative. Cette notion a été introduite

⁷⁰ A. PETERS, « The Merits of Global Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, 2/2009, p. 404.

⁷¹ Cette proposition prend partiellement appui sur celle adoptée par P. Kahn : P. KAHN, « Comparative Constitutionalism in a New Key », *Michigan Law Review*, vol. 101, 2003, p. 2679 : « L'approche culturelle [du droit] est un antidote à l'idéal libéral de gouvernance mondiale ». Une version modérée du comparatisme évite toutefois de faire de tous les systèmes juridiques, des systèmes singuliers. Plus exactement, au-delà de leurs singularités, ce comparatisme prend avec soi aussi l'idée d'un droit constitutionnel commun, ce qui permet de ne pas amplifier la dimension culturelle du droit.

⁷² D. FAIRGRIEVE, H. MUIR-WATT, *Common law et tradition civiliste*, Paris, PUF, Coll. « Les Notes » de la Mission Droit et Justice, 2006, p. 9.

⁷³ M.-C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s)*, op. cit., p. 129.

trop récemment pour être pleinement absorbée par les chercheurs en droit constitutionnel⁷⁴, mais elle connaît un succès sans cesse grandissant⁷⁵.

La notion est pourtant loin de s'imposer dans un paysage conceptuel touffu, notamment composé des notions suivantes : culture politique, tradition politique, tradition républicaine, coutume, rituel, mythe. La culture constitutionnelle a à voir avec chacune de ces notions concurrentes⁷⁶, car elle cherche à toutes les englober. La constitution écrite ou non a pour objectif de s'inscrire dans le temps. Alors que la constitution coutumière est une sorte de cimentation de traditions et de pratiques, la constitution écrite compense par plusieurs artifices (tels que le préambule ou les symboles) en mesure de créer des liens avec le passé, mais aussi capables de projeter la communauté nationale dans le futur. La constitution elle-même n'est qu'une des sources possibles. La culture constitutionnelle émerge en effet sous d'autres formes, en particulier dans les discours politique, doctrinal et jurisprudentiel, *i. e.* la manière dont les citoyens, les gouvernants, les juristes et les juges s'approprient la constitution⁷⁷.

À l'ère de la globalisation, les cultures (juridiques en général et constitutionnelles en particulier) sont moins perçues comme fermées et elles semblent plus marquées par l'hybridité que par l'uniformité. Cela n'en facilite d'ailleurs pas la compréhension. Le plus grand risque est de voir chacun y projeter ce qu'il souhaite. Pour l'éviter, il convient de préciser si l'on a recours à la culture comme instrument d'explication ou bien comme quelque chose à expliquer. Les difficultés à saisir les cultures juridiques en elles-mêmes, pour ce qu'elles sont, a notamment été soulignée par Vivian Grosswald Curran : « la lentille avec laquelle l'altérité est perçue, est elle-même culturellement contingente, plutôt qu'absolue et immuable⁷⁸ ». Les moyens pour parvenir à une connaissance en profondeur restent toutefois flous. Sauf à insister sur les différences, les auteurs se contentent d'appeler à un effort supplémentaire de contextualisation passant par une immersion à l'intérieur du système étranger étudié et une démarche interdisciplinaire⁷⁹. Les comparatistes se divisent alors. Il y a, d'un côté, ceux qui acceptent l'effet de distorsion que comporte nécessairement toute approche d'une « autre » culture.

74 On peut citer principalement les travaux de P. Häberle dont « Zeit und Verfassungskultur », in A. PEISL et A. MOHLER, *Die Zeit*, Munich, Oldenbourg, 1983, p. 289 ; P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 2^e édition, 1998 ; le colloque de l'Institute of Public Affairs, M. WYRZYKOWSKI (dir.), *Constitutional Cultures*, Varsovie, Institute of Public Affairs, 2000.

75 Voir en particulier les travaux de G. Frankenberg : G. FRANKENBERG, « Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, Ideology-toward a Layered Narrative », *I-CON*, 3/2006, p. 439.

76 M.-C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 125.

77 B. SCHLINK, « German Constitution Culture in Transition », in M. ROSENFELD (dir.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy. Theoretical Perspectives*, Durham-London, Duke University Press, 1994, p. 197.

78 V. GROSSWALD CURRAN, « Dealing in Difference: Comparative Law's Potential for Broadening Legal Perspectives », *Am. J. Comp. Law*, n° 46, 1998, p. 667.

79 V. GROSSWALD CURRAN, « Cultural Immersion, Difference and Categories in U.S. Comparative Law », *Am. J. Comp. Law*, n° 46, 1998, p. 43 ; P. LEGRAND, « Au lieu de soi », in P. LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009, p. 11.

C'est tout compte fait pour eux le prix à payer pour une comparaison et donc pour une communication entre les différentes expériences juridiques. De l'autre côté, certains refusent cet effet de distorsion et soutiennent que, la comparaison parfaite étant impossible, mieux vaut se concentrer sur un droit étranger. Dans le débat sur l'europanisation et la question des greffes juridiques, cela a pu conduire certains à soutenir leur impossibilité⁸⁰. Cependant, il n'a pas été démontré par les tenants de cette critique radicale, comme Pierre Legrand, que la convergence des droits signifie la suppression des différences, et on peut même douter de la pertinence d'une telle équation. Prendre avec soi la dimension culturelle du droit doit-il signifier l'incommunicabilité entre les systèmes juridiques en raison de leurs caractéristiques propres et de leur singularité ?

La querelle contemporaine entre comparatistes est excessive, voire obsessionnelle. L'objectif de la comparaison semble perdu de vue. En effet, celui-ci n'est-il pas d'apprendre de l'autre par les différences et non pas de saisir et de comprendre comme autre ? Mieux encore, ne s'agit-il pas de faire comprendre à l'autre ce qu'il ne perçoit pas consciemment⁸¹ ? En dépit des difficultés mentionnées, rien n'empêche de s'interroger sur les spécificités culturelles, non tant pour expliquer les différences entre les systèmes juridiques par la culture⁸², que pour comprendre, dans le cadre de la globalisation, les problèmes auxquels les constitutionnalistes sont confrontés. Mais, il faut bien reconnaître que la notion de « culture constitutionnelle » reste en partie impénétrable. L'obstacle essentiel à prendre en compte tient aux caractéristiques des cultures constitutionnelles comme, d'ailleurs, s'agissant des cultures juridiques ou politiques : elles ne sont ni univoques, ni incontestables. Toutefois, l'étude des cultures constitutionnelles ne sont intéressantes qu'en ce qu'elles sont liées, comme le propose Günter Frankenberg⁸³, à une autre manière d'étudier les constitutions. Leur intérêt tient au fait qu'elles permettent d'identifier et de structurer les problèmes auxquels les constitutionnalistes sont confrontés. Or, ces derniers doivent faire face à une perte de repère liée à la dilution des catégories traditionnelles de l'État-nation. Bien que la catégorie « culture » soit vague et indéterminée, elle ne l'est ni plus ni moins que celle de « globalisation ». Elle offre une base pour un débat certes controversé, mais qui rend possible de formuler une autre vision, voire plusieurs et donc des visions critiques du constitutionnalisme global. D'un point de vue épistémologique, l'idée d'une version alternative est en

⁸⁰ En particulier, P. LEGRAND, « The impossibility of Legal Transplants », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n° 4, 1997, p. 111.

⁸¹ J.Q. WHITMAN, « The Neo-Romantic Turn », in P. LEGRAND et R. MUNDAY (dir.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 312, en particulier p. 336.

⁸² Cette option est certes possible et d'ailleurs fréquente. Il faut toutefois prendre garde à ne pas tomber dans la facilité en expliquant toutes les différences par la culture. De manière à éviter tout risque de circularité, l'approche culturelle devrait être articulée avec une démarche historique.

⁸³ G. FRANKENBERG, « Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, Ideology-toward a Layered Narrative », *op. cit.*, p. 439.

soi importante, car elle nourrit les échanges sur la réalité et ses représentations et contribue à leur connaissance.

3.2. *Mettre en question le conformisme constitutionnel*

Parmi les facteurs d'expansion du constitutionnalisme, il y a une conformité constitutionnelle portée par les institutions internationales : parce qu'il faut donner des gages aux investisseurs internationaux, les pays en voie de transition démocratique s'y conforment. Plus précisément, le triptyque « droits de l'homme – démocratie pluraliste – État de droit » constitue le sésame pour participer à de nombreuses organisations internationales telles que le Conseil de l'Europe, pour intégrer l'Union européenne ou encore pour bénéficier des aides de la Banque mondiale. Ce fait concourt ainsi au mimétisme qui pousse les États à se rallier au modèle libéral. Toutefois, l'adoption de ces standards ne signifie pas que leur sens ne change pas dans le cadre du processus de transfert. Autrement dit, il faut se méfier de la similarité des règles issues d'un tel processus et envisager une convergence des systèmes constitutionnels de manière plus subtile en distinguant selon les domaines d'application⁸⁴ : une convergence profonde n'est pas systématiquement exclue⁸⁵, mais la convergence est en réalité bien souvent superficielle, en raison de différences d'ordre conceptuel enracinées dans une histoire nationale et, de manière plus large, à cause de spécificités culturelles.

La démonstration reposera sur deux exemples tirés des questions envisagées dans les développements précédents. Reprenons celle de la citation des décisions étrangères par les juges à travers le monde. Ce qui frappe le plus à propos de cette pratique tient à la fermeture des juridictions de *common law*. Elles restent entre elles : elles s'aventurent rarement en dehors de leur aire culturelle. Seules la Cour constitutionnelle sud-africaine et la Cour suprême canadienne semblent plus soucieuses d'offrir un large panel de citations (on observera que ce sont deux juridictions qui connaissent la mixité des droits). Depuis les travaux initiaux présentés par Anne-Marie Slaughter, la thèse de la communication trans-juridictionnelle (ou « dialogue des juges », selon la métaphore la plus répandue) repose en réalité sur un groupe de cours appartenant à la même famille et dont les réunions de famille restent fermées à ceux qui ne partagent pas les mêmes traits culturels, notamment la langue⁸⁶.

⁸⁴ Cette proposition a déjà été formulée dans M.-C. PONTTHOREAU, « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *op. cit.*, p. 25.

⁸⁵ Par exemple, à propos du principe de proportionnalité, Aharon Barak a pu avancer : « la proportionnalité a été largement reçue. Elle fait maintenant partie de nombreux systèmes juridiques. C'est une manifestation de la migration ou de la transplantation des droits. Car nous vivons aujourd'hui à l'ère de la proportionnalité » (A. BARAK, *Proportionality, Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 457).

⁸⁶ Je reprends ici la conclusion de notre ouvrage collectif précité : T. GROUPI, M.-C. PONTTHOREAU (dir.), « The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice. An Uncertain Future », in *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, *op. cit.*, p. 411.

À présent, intéressons-nous au préambule de la nouvelle Constitution tunisienne de 2014. À la lecture de ce préambule, l’alinéa 3 retient l’attention : « Nous représentants du peuple tunisien [...], exprimant notre attachement à l’Islam et aux principes universels des droits de l’homme ». Cet alinéa pose la question de la compatibilité des marques identitaires (ici religieuses) avec le constitutionnalisme libéral. La simple lecture du texte constitutionnel est ici, sans surprise, insuffisante, même si plusieurs articles de la Constitution sont relatifs notamment aux droits des femmes⁸⁷. Il faut donc regarder ailleurs dans le système juridique tunisien pour vérifier si les valeurs universalistes sont enracinées, en particulier l’égalité entre hommes et femmes. Il n’est pas inintéressant de mettre en relief que la Tunisie a ratifié la Convention de New York (1962) portant sur le consentement au mariage, l’âge minimal du mariage et l’enregistrement des mariages, sans émettre de réserves ou de déclaration particulière. Seulement, juste après l’avoir ratifiée, le gouvernement tunisien a adopté une première circulaire du ministère de l’Intérieur, le 17 mars 1962, qui interdit aux officiers d’état civil de célébrer le mariage d’une musulmane avec un non-musulman. Le 5 novembre 1973, une autre circulaire a été émise par le ministère de la Justice dans le même but. Cette dernière circulaire vient rappeler aux officiers d’état civil et aux notaires l’interdiction de célébrer de tels mariages. Autrement dit, la convention internationale est sans effet au plan national. Si une Tunisienne se marie à l’étranger avec un non-musulman, sans un certificat de conversion du futur époux, le mariage ne peut être enregistré en Tunisie. Or, jusqu’à récemment⁸⁸, les deux circulaires précitées ont été maintenues en vigueur dans l’ordre juridique tunisien, alors même que la Constitution du 1^{er} juin 1959 a été remplacée par la Constitution du 27 janvier 2014. Cette pratique administrative est un indice précieux qui autorise la formulation d’une question essentielle : jusqu’où peut-on aller dans la reconnaissance de la diversité sans perdre les fondements du constitutionnalisme ? N’y a-t-il pas un risque de dilution totale du concept ? Il convient de se mettre d’accord sur une définition minimale du constitutionnalisme pour savoir si l’on parle bien du même concept dès lors qu’il est reçu dans une culture constitutionnelle, comme ici, marquée par l’Islam. Concrètement, dans

⁸⁷ L’article 46 prévoit dans son alinéa 1^{er} : « L’État s’engage à protéger les droits acquis de la femme et veille à les consolider et les promouvoir » et dans son 2^e alinéa : « L’État garantit l’égalité des chances entre l’homme et la femme pour l’accès aux diverses responsabilités et dans tous les domaines ». L’article 21 est relatif à l’égalité entre « citoyens » et « citoyennes ».

⁸⁸ Des changements juridiques sont en cours. Plusieurs indices le montrent : l’adoption le 27 juillet 2017 de la loi pour lutter contre les violences faites aux femmes et surtout, le 13 août 2017, le président de la République, Béji Caïd Essebi, à l’occasion de la Fête de la femme (date anniversaire de la promulgation du Code du statut personnel accordant des droits élargis aux Tunisiennes) a montré sa volonté de réformer sur deux points profondément inégalitaires : l’héritage et le mariage avec des non-musulmans. Une commission a été chargée d’étudier la question de « l’égalité dans tous les domaines », non sans soulever des oppositions du côté de certaines autorités religieuses à l’intérieur et aussi à l’extérieur du pays (voir le site de france24.com consulté le 18.08.2017 : « Égalité devant l’héritage : le débat enfle en Tunisie, les religieux s’en mêlent »). Le 14 septembre 2017, la présidence a annoncé l’abrogation des circulaires administratives relatives aux mariages des Tunisiennes avec des non-musulmans : http://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/09/15/la-tunisie-met-fin-a-l-interdiction-du-mariage-avec-des-non-musulmans_5185969_3212.html

le cas tunisien, comment ne pas poser la question du respect des droits des femmes ? Le concept de constitutionnalisme ne devrait-il pas garder dans sa structure l'idée de limitation du pouvoir et de garantie de l'autonomie des individus, sans quoi il serait vain d'en parler ?

On pourrait reprocher à ce raisonnement de n'être pas démonstratif, en ce qu'il repose sur un cas particulier dont on ne peut légitimement tirer aucune thèse générale. Néanmoins, c'est une manière d'ouvrir sur une histoire différente : non seulement la focale d'observation n'est plus la même, mais c'est aussi le point de vue sur la représentation du monde global qui n'est plus la même. Il ne s'agit plus d'observer les constitutions et, en particulier, les catalogues des droits à partir d'un grand angle, mais au contraire de mettre à l'épreuve la représentation générale et quantitative produite par la macro-comparaison constitutionnelle. Ce jeu d'échelles et ses variations ont été adoptés par les sciences sociales et, notamment, à partir des années 1970, par l'historiographie française menée par Jacques Revel averti par les travaux des historiens italiens, promoteurs de la micro-histoire. C'est aussi l'approche adoptée par Günter Frankenberg, même s'il ne revendique pas cette source d'inspiration. Il désigne ainsi comme « théorie IKEA » le phénomène par lequel les agents de la globalisation puisent à un « réservoir global » et il recherche les « détails étranges⁸⁹ » qui échappent à ce réservoir pour mettre sur la voie de solutions constitutionnelles singulières. Les comparatistes apprécient tout particulièrement les métaphores pour rendre compte des emprunts juridiques, car ces derniers sont en partie énigmatiques : comment des objets juridiques empruntés à différents systèmes juridiques et réunis au sein d'un ordre juridique national parviennent-ils à s'emboîter tel un jeu de Meccano⁹⁰ ? Les notices de montage d'une entreprise mondiale d'ameublement ne sont pas sans rappeler celles des jeux de Meccano, qui conduisent parfois à construire volontairement des objets alternatifs ou fort éloignés de ce que le fabricant avait prévu, les pièces étant déformées ou mal montées.

Parmi les voies qui s'ouvrent, une semble plus prometteuse que les autres, bien que porteuse d'ambiguïtés : le « constitutionnalisme transformateur ». Les indéterminations prennent en grande partie leur source dans l'imbrication du descriptif et du perspectif⁹¹ qui caractérise, sans surprise, ce concept et ses formes concurrentes : le « nouveau constitutionnalisme⁹² », le

⁸⁹ G. FRANKENBERG, « Constitutional transfer: The IKEA theory revisited », *I-CON*, 8/2010, p. 563. Théorie approfondie dans l'ouvrage collectif suivant : G. FRANKENBERG (dir.), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham-Northampton, E. Elgar, 2013, et en particulier l'introduction « Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer », p. 1.

⁹⁰ Sur l'énigme du Meccano, M-C. PONTHEAU, *Droit(s) constitutionnels(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 144.

⁹¹ J. Fowkes le définit comme un « *aspirational concept* » : autrement dit, un concept à la fois ambitieux et politique. Voir J. FOWKES, « Transformative Constitutionalism and the Global South: The View From South Africa », in *Transformative Constitutionalism in Latine America*, *op. cit.* Cet article est disponible en ligne à l'adresse : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847579

⁹² Le nouveau constitutionnalisme est utilisé par de nombreux auteurs (au passage, comment évaluer la nouveauté ?) aussi bien dans le contexte latino-américain qu'au-delà : il re-

« néo-constitutionnalisme⁹³ ». Les fluctuations, d'abord, viennent des expériences constitutionnelles à prendre en compte : au-delà de l'Afrique du Sud et de l'Amérique du Sud. Quels pays de l'Amérique Latine ? Quels liens entre les expériences sud-africaine et latino-américaine ? Si le « *transformative constitutionalism* » évoque principalement les expériences de l'Afrique du Sud et de plusieurs pays d'Amérique Latine⁹⁴, le terme a été introduit pour la première fois en 1997 par un universitaire américain à propos de la seule expérience sud-africaine⁹⁵. Ce n'est que très récemment que les pratiques latino-américaine et sud-africaine ont été rapprochées⁹⁶. À l'ère globale, le regard se détourne du Nord où est né le constitutionnalisme pour scruter le Sud afin d'y voir comment il s'y acclimate et interroger les interactions entre les différents Sud(s). Dès lors, ne faudrait-il pas plutôt débattre d'un « constitutionnalisme du Sud » à opposer à un « constitutionnalisme du Nord » ? Ainsi se profilerait moins une catégorie épistémique que géographique. Dans tous les cas, on a affaire à des constitutions qui s'inscrivent dans un contexte similaire marqué par de fortes inégalités sociales et une large corruption – pour faire court : des institutions faibles. Même si la géographie sert à agglomérer des expériences partageant une réalité politique et sociale, les fluctuations proviennent aussi des traits saillants à reconnaître (volet perspectif) au constitutionnalisme transformateur. La catégorie s'affirme épistémique dès lors que l'on cherche à mettre à nu les critères d'identification sans prendre en compte la pratique constitutionnelle spécifique de ces pays (bien qu'elle ait le plus souvent influencé ladite catégorie) : d'un côté, la volonté d'un changement socio-politique par

pose principalement sur la place centrale occupée par les juges dans les systèmes constitutionnels et les rapports de systèmes (nationaux et supranationaux). Voir notamment T. GYORFI, *Against the New Constitutionalism*, Cheltenham, E. Elgar, 2016.

⁹³ On peut ici offrir une riche bibliographie en langue espagnole et italienne qui est le signe de la prise en compte des expériences latino-américaines. Le néo-constitutionnalisme renvoie non seulement à un renouveau du droit constitutionnel par l'action des cours constitutionnelles, mais aussi à une théorie du droit. On signalera en particulier les travaux suivants : M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modène, Mucchi, 2012 ; M. BARBERIS, « El neoconstitucionalismo. Third Theory of Law », in S. POZZOLO (dir.), *Neoconstitucionalismo. Derecho y derechos*, Lima, Palestra, 2011, p. 250.

⁹⁴ G. Bercovici offre une vision plus large : « le mouvement des constitutions transformatrices commence au début du XX^e siècle avec la Constitution de l'Inde de 1949 et s'étend sur des pays de différentes cultures, comme l'Afrique du Sud, le Brésil, le Portugal et l'Espagne, mais qui possèdent un caractère commun : la position périphérique dans l'économie mondiale » (G. BERCOVICI, « La Constitution brésilienne de 1988. Les constitutions transformatrices et le nouveau constitutionnalisme latino-américain », in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique*, op. cit., p. 117).

⁹⁵ K.E. KLARE, « Legal Culture and Transformative Constitutionalism », *South African Journal on Human Rights*, vol. 14, 1998, p. 146.

⁹⁶ D. BONILLA MALDONADO (dir.), *Constitutionalism of Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 ; O. VILHENA, U. BAXI, F. VILJOEN (dir.), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2013 ; A. VON BOGDANDY, E. FERRER, M. MORALES, F. PIOVESAN, « Ius Constitutionale Commune en America Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism », op. cit.

l'élaboration d'un riche catalogue constitutionnel de droits y compris économiques, sociaux, culturels de manière à réaliser la justice sociale et, de l'autre, la promotion de nouveaux acteurs de la démocratie, principalement le pouvoir juridictionnel, et des mécanismes de participation directe pour remettre le peuple au cœur des nouvelles institutions⁹⁷. On peut penser que ces expériences et cette catégorie ont quelque chose à nous apprendre quand on voit le constitutionnalisme en Europe miné de l'intérieur. Surtout, le vrai changement vient du décentrement du Nord vers le Sud. Le constitutionnalisme global n'apparaît plus comme un modèle dominant organisé autour de la trilogie « démocratie – État de droit – droits de l'homme » imposée par les ex-puissances coloniales aux pays décolonisés. Le caractère idéologique du constitutionnalisme s'estompe dans un contexte d'échanges qui ne sont plus perçus comme unidimensionnels.

Dans l'abondance des écrits doctrinaux et la « conversation confuse » qui en résulte, la globalisation juridique ou droit global s'impose « comme catégorie explicative et unificatrice d'une multitude de phénomènes juridiques disparates [...]. C'est bien parce que c'est une catégorie poreuse qu'elle est conquérante et expansive, et qu'il convient de prendre ses multiples usages très au sérieux⁹⁸ ». Si cette catégorie paraît plus conquérante que celle de « culture », c'est parce qu'elle offre une échappatoire à tous ceux qui ne veulent pas renoncer aux idéaux portés par les valeurs universalistes. La catégorie « culture » a, en revanche, une histoire en Occident. Si, on se contente de l'utiliser comme un terme descriptif flou, c'est alors une catégorie fourre-tout qui, en rassemblant tant d'activités et de propriétés, dans un ensemble commun, peut réellement amalgamer ou masquer des distinctions nécessaires. En examinant, toutefois, au plus près cet ensemble, la culture révèle un potentiel conflictuel, tout particulièrement, sur les questions identitaires : c'est par opposition ou/et par exclusion que l'on parvient à une définition des différences culturelles. En tant qu'instrument épistémologique, la culture conduit possiblement à une compréhension conflictuelle du monde. L'objectif des *global lawyers* est louable et aisément compréhensible, mais les comparatistes constitutionnalistes, instruits par la réalité constitutionnelle⁹⁹, ne peuvent échapper à l'approche différenciée des formes de constitutionnalisme. Certains proposent déjà de les classer¹⁰⁰, y compris les formes abusives¹⁰¹ telles que la forme illibérale : ce qui ne va

⁹⁷ K. Klare le définit de la manière suivante : « *By transformative constitutionalism I mean a long-term project of constitutional enactment, interpretation, and enforcement committed [...] to transforming a country's political and social institutions and power relationships in a democratic, participatory, and egalitarian direction* » (*op. cit.*, p. 150).

⁹⁸ M. XIFARAS, « Après les théories générales de l'État : le droit global », *Jus Politicum*, n° 8, 2012. Disponible en ligne à l'adresse : <http://juspoliticum.com/Apres-les-Theories-Generales-de-l.html>

⁹⁹ Précisément, dans ce sens, une étude collective cherche à combler le fossé entre réalité constitutionnelle et idéaux universalistes : M. ADAMS, A. MEUWESE, E. HIRSCH BALLIN (dir.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

¹⁰⁰ M. TUSHNET, « Varieties of Constitutionalism », *I-CON*, vol. 14, 1/2016, p. 5.

¹⁰¹ D. LANDAU, « Abusive Constitutionalism », *U.C. Davis Law Review*, vol. 47, 2013, p. 189.

pas de soi, puisque cette nouvelle catégorie a-t-elle encore quelque chose à voir avec le concept de constitutionnalisme ? Le risque est que chacun adosse à ce concept l'adjectif qui lui convient et qu'il devienne, dès lors, le réceptacle de significations trop éloignées de ses fondements que sont la limitation du pouvoir légitime et la garantie de l'autonomie des individus. Le concept de constitutionnalisme a une histoire qui n'est pas linéaire ou, plutôt, qui repose sur plusieurs traditions. Mais il a aussi un avenir qui permet, dans le cadre de la perspective globale, de lui donner une cohérence en articulant les analyses au carrefour des idéaux universalistes et de la réalité constitutionnelle. L'effet heuristique d'une telle démarche est de rendre visible les contours du constitutionnalisme en distinguant ses différentes formes et, en particulier, en opposant sa forme libérale à des formes autoritaires ou/et sa forme historique à de nouvelles formes. Une vue d'ensemble du constitutionnalisme et de ses catégories contemporaines fait sans doute défaut ; elle semble encore bien partielle¹⁰², quoique multiple¹⁰³. Le constitutionnalisme ressemble aujourd'hui à une sorte de géoglyphe dont on ne peut percevoir la représentation globale qu'en prenant de la hauteur. Mais cette position est quasiment inatteignable, faute d'une cartographie des concepts qui permettrait précisément de se repérer et de rendre visible ce géoglyphe dans toute son étendue et sa richesse. Néanmoins, des contours apparaissent de manière suffisamment claire pour avancer que le constitutionnalisme de type occidental et libéral n'est pas celui qui correspond à toutes les expériences constitutionnelles déployées à travers le monde, et qu'une vision différenciée du constitutionnalisme semble plus appropriée et plus à même de rendre compte des pratiques sans oublier la logique de limitation du pouvoir qui fonde la doctrine du constitutionnalisme, sous peine de tomber dans un relativisme sans fond.

Marie-Claire Ponthoreau

Professeur de droit public, Faculté de droit de l'Université de Bordeaux.

¹⁰² On partage l'idée émise par Mark Tushnet selon laquelle « une taxonomie plus riche des différentes formes de constitutionnalisme pourrait être utile » (« Varieties of Constitutionalism », *op.cit.*, p. 2), même s'il nous semble qu'il conviendrait avant tout de bien dissocier « constitution » et « constitutionnalisme » : le débat actuel sur les formes nouvelles du constitutionnalisme renvoie en partie à des catégories anciennes proposées par K. Loewenstein (la « constitution nominale » et la « constitution sémantique », voir *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, University of Chicago Press, 1957, p. 147) et G. Sartori (« constitution façade » – ou vitrine –, voir « Constitutionalism: A Preliminary Discussion », *American Political Science Review*, vol. 56, 1962, p. 861).

¹⁰³ Voir la classification des différentes formes du constitutionnalisme global, selon une perspective de droit international public, proposée par C. Schwöbel : C. SCHWÖBEL, « Situating the Debate on Global Constitutionalism », *I-CON*, vol. 8, 3/2010, p. 611.