

Mikhail Xifaras

CONCLUSIONS

Je ne vous cache pas mon embarras¹. Présenter les conclusions de nos travaux est un exercice bien difficile. Je ne vais pas essayer de vous en proposer une synthèse. Ceux qui ont suivis nos deux jours d'échanges savent que leur diversité et leur richesse rendent l'entreprise vaine. J'ajoute qu'en adoptant un point de vue synthétique, il me faudrait résister à la tentation d'entrer dans nos controverses. Je crains hélas de n'en être pas capable, nos débats ayant été trop intéressants pour ne pas vouloir prendre parti, objecter. Je ne vais donc pas chercher à les synthétiser, mais plutôt faire quelques remarques à propos de ce que j'en ai retenu.

I

Tout d'abord, je retiens que nos débats ont eu pour objet le Droit Constitutionnel Global (ci-après : DCG). Un objet d'apparence brumeuse, mal identifié. L'intervention d'Anne Peters nous en a cependant offert une définition plausible qui, me semble-t-il, permet de mieux comprendre de quoi il est question. Cet objet n'est pas un régime juridique ou un corps de droit, c'est d'abord un *projet* : à la fois un idéal, ou une idéologie (tout le monde ne s'accorde pas sur ce point), en tout cas quelque chose comme une idée régulatrice. Il s'agit en l'occurrence de celle d'une communauté politique universelle – l'idée cosmopolitique –, dont on sait qu'elle ne se confond pas forcément avec celle de l'État mondial. Cette idée engage non seulement l'idée d'une communauté, mais celle d'une communauté *constituée*, ce qui suggère qu'elle soit structurée par (ou au moins solidaire de) des dispositifs juridiques analogues à ceux qu'on associe ordinairement avec le matériau qu'on désigne comme « constitutionnel » à l'échelle des ordres juridiques nationaux.

L'intervention de Sabino Cassese permet d'ajouter quelque chose à cette définition. Ce matériau « constitutionnel » ne se confond pas, à l'échelle du monde, avec ce que l'on trouve dans à l'échelle des nations. Il est composé de manière beaucoup plus fragmentaire et disparate et revêt plutôt la forme d'un grand réservoir discursif – une grammaire ou une *langue* – qui contiendrait divers éléments comme des règles, principes, institutions, procédures, concepts, modes d'argumentation et de raisonnement (par exemple, comme le rappelait opportunément Pierre Brunet, les techniques de balance proportionnée des intérêts). Les rapports entre ces éléments, tout comme une grammaire ou une langue, seraient régis par les règles de leur association. Le DCG est donc moins un ordre juridique qu'un agrégat disparate offert à la disponibilité des acteurs, qui peuvent emprunter

¹ La forme orale de cette intervention a été conservée, seules quelques notes de bas de page ont été ajoutées.

tel ou tel élément, tel ou tel bloc d'éléments, pour les composer et les re-composer à la fois *ad libitum* et *ad infinitum*, dès lors qu'ils le font dans le respect des règles de leur association, dans le but de faire avancer tel ou tel aspect du projet cosmopolitique qu'ils poursuivent. On a pu parler de « théorie IKEA du droit constitutionnel global² ».

Les définitions qui précèdent engagent certaines prémisses. Les points de vue et les méthodes d'analyse divergent quant à la manière de définir et déterminer ce qu'il y a dans le réservoir, mais on s'accorde tout de même à reconnaître que ses éléments ont un air de famille avec le matériau juridique dont traite ordinairement la théorie constitutionnelle. On s'accorde aussi à trouver que puiser dans ce réservoir est un bon moyen d'avancer vers la réalisation de la société internationale (pour parler comme les internationalistes) et vers la « globalisation » des constitutions nationales, dans la mesure où ce réservoir est aussi disponible pour transformer ces dernières. Enfin, sans que cela soit toujours explicite, le projet cosmopolitique est souvent lié à l'expression de préférences marquées en faveur de la promotion des droits humains, de l'État de droit et de la bonne gouvernance. Résumons donc : le DCG se fonde sur trois prémisses : 1) la disponibilité d'un réservoir d'outils juridiques, 2) qui présentent des analogies avec le matériau « constitutionnel », 3) placé au service de projets cosmopolitiques d'inspiration libérale, démocratique, ou les deux.

II

À nous entendre durant deux jours, il apparaît que nous ne sommes pas tous d'accord pour accepter ces prémisses. Je vais essayer de dire quelques mots de ces désaccords, ou si l'on veut dramatiser un peu, je vais essayer de pointer les lignes de faille qui ont ordonné nos controverses. Ce faisant, je ferai parfois référence à des thèses développées ailleurs³.

Le premier désaccord porte – si j'ai bien compris – sur l'intérêt même d'une telle conversation. Certains parmi nous semblent considérer que toute cette histoire de DCG, c'est *much a do about nothing* ; ou encore que la question du DCG n'est pas théoriquement robuste, que le DCG n'a pas la consistance requise pour être vraiment un objet de la théorie du droit. Cette résistance, ou du moins cette réticence, nous a conduits à passer beaucoup de temps à nous demander si le DCG existait ou pas. Pour ma part, je trouve que la question de l'existence ou non du DCG est trop mal posée pour être pertinente. Pour qu'elle le devienne, il me semble qu'il faudrait reformuler le souci qu'elle manifeste dans les termes suivants : il y eu un *avant*, et puis il s'est passé quelque chose. Cet *avant*, on l'appellera Westphalie. En Westphalie, le monde était structuré par des États nationaux dont l'ordre juridique constitutionnel était fondé sur un *demos*. Ces États entretenaient entre eux des relations essentiellement inter-étatiques, quelque chose comme le droit international public classique. L'idée est sans doute historiquement er-

² G. FRANKENBERG, « Constitutional Transplants: The IKEA Theory Revisited », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8/3, Juillet 2010, p. 563-579.

³ M. XIFARAS, « The Global Turn in Legal Theory », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. XXIX, n° 1, February 2016, p. 215-243.

ronée : en 1648 tous les États n'étaient pas tous fondés sur des *demos*, n'étaient pas tous dotés de constitutions au sens moderne du terme et se trouvaient aussi liés entre eux par du *ius cogens*, de la coutume ou du droit diplomatique. Il est donc bien possible que l'idée de Westphalie soit en fait très postérieure au Traité du même nom. Mais il reste pratique de s'y référer, *for the sake of the discussion*, parce qu'il désigne un idéal-type assez massivement et longtemps partagé par les communautés nationales de juristes savants pour avoir assis la domination, et peut être l'hégémonie, d'un dispositif épistémique dans la science juridique. J'évoque ici des communautés nationales de juristes savants parce que je crois que ce dispositif épistémique westphalien est entièrement solidaire de l'organisation statocentrique des communautés qui l'ont produit. Pendant très longtemps, et encore aujourd'hui pour nombre de collègues, être professeur de droit voulait dire appartenir principalement à une communauté savante nationale, être un professeur de droit français, allemand, japonais, etc. Ces communautés savantes se sont données pour but de fonder, constituer et limiter par le droit l'État national auquel elles appartenaient. Qu'on songe par exemple aux Théories Générales de l'État, genre majeur de la littérature constitutionnelle pendant près d'un siècle.

Bien sûr, ces communautés n'ont jamais été des monades, elles échangeaient entre elles selon des modalités qui rappellent furieusement la diplomatie inter-étatique, chacun se concevant comme le représentant de sa communauté nationale, adoptant le style, le point de vue et les idiosyncrasies propres à celle-ci (les colloques de la Société de Législation Comparée sont à cet égard des cas d'école). Dans le dispositif épistémologique westphalien, l'histoire du droit et le droit comparé jouent un rôle très important, ce sont les savoirs auxiliaires qui garantissent que ces communautés nationales ne sont pas des isolats. Mais l'histoire et la comparaison trouvent leur signification ultime dans la fondation, la constitution et la limitation de l'ordre juridique national auquel chacune est rattachée.

Dans un tel dispositif épistémologique, ce qu'on appelle le Droit Global apparaît d'abord sous la forme de phénomènes invraisemblables ou monstrueux, voire impensables, ce que Benoit Frydman appelle judicieusement des Objets Juridiques Non Identifiés⁴. L'expérience est la suivante : tout d'un coup, on voit émerger dans un univers mental bien balisé quelque chose qu'on ne parvient pas reconnaître, voire qu'on n'est peut-être pas capable de concevoir, ou qu'on ne peut concevoir que comme confus, contradictoire, absurde : des constitutions sans *demos*, voire sans État, ou sans territoire ; des juges sans juridiction territorialisée ; des organisations ni publiques ni privées (ou à la fois publiques et privées) ; des normes sans force obligatoire, etc. On a évoqué de nombreux OJNI, et de fort belle facture, tout au long de ce colloque (la FIFA, le CIO, le dialogue transnational des juges, l'intégration horizontale des dispositions protectrices de droits humains, les constitutions sociétales, etc.). Et nombre de collègues – qu'on pense par exemple aux remarques d'Olivier Beaud dans la discussion – ont estimé que ces objets étaient mal nommés et que cela prêtait à confusion.

⁴ B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. CHÉROT et B. FRYDMAN, *La science du droit dans la globalisation*, Paris, Bruylant, 2012, p. 17-48.

Ainsi, parler de constitution sans État, de constitution sociétale, comme le fait Gunther Teubner, relèverait de l'abus de langage. Il faudrait parler plutôt de « juridification » des sphères de l'activité humaine et garder le terme « constitutionnalisation » pour désigner ce qui, en accord avec nos définitions, engage la présence d'un cadre étatique, l'existence d'un *démos*, un ordre juridique territorialisé, etc. Se manifeste là une réticence à penser les OJNI autrement que du point de vue des cadres conceptuels et des catégories en usage en Westphalie.

Cette réticence est certainement une des attitudes possibles dans la conversation relative au DCG. Elle consiste à affirmer que nous n'avons pas besoin de changer de dispositif épistémologique pour penser les OJNI, qu'il faut au contraire consacrer nos efforts et notre temps pour rapporter ces OJNI ordinairement associés au DCG aux cadres théoriques, catégories et modes de raisonnement en vigueur dans le cadre épistémique westphalien. Après tout, la FIFA n'est jamais qu'une association de droit suisse. Il faut accorder à cette réticence qu'il n'y a aucune nécessité théorique à sortir de Westphalie.

Il reste qu'un nombre grandissant de juristes, et pas toujours des moindres si j'en juge par les personnes présentes dans cette salle, estiment pour leur part qu'il convient de sortir du cadre westphalien pour adopter une perspective non plus nationale mais globale afin de mieux théoriser les OJNI. Ils ont choisi d'entrer dans le monde du *post*. Et déjà, certains parmi eux jugent vain de continuer à discuter sérieusement avec ceux qui sont restés en Westphalie⁵. Ceux-là cherchent à rendre compte des constitutions sans peuple, sans État, sans *démos* ou sans territoire autrement que du point de vue négatif de ce qu'il leur manquerait pour être de « vraies » processus de constitutionnalisation, non pas donc à partir de ce qu'elles ne sont pas, mais plutôt en cherchant à adopter un point de vue qui permettrait d'y trouver autre chose que de la confusion⁶. Un point de vue qui rendrait les OJNI non seulement pensables, mais susceptibles de rendre compte de leur effectivité. Refusant de distinguer le destin des institutions et des savoirs qui les produisent, ils adoptent le point de vue des dispositifs épistémiques qui, tout comme les règles, principes, dispositifs juridiques, procédures, modes de raisonnement et d'argumentation qui sont contenus dans le réservoir du DCG, émergent et circulent à l'échelle globale. Ceux-là ont fait le choix de prendre le *Global Turn* dans la pensée juridique⁷.

⁵ « ... most skeptics are not scholars focused on thinking hard about international law and its theoretical foundations, but constitutional scholars comfortably inhabiting the conceptual and normative domestic constitutional universe in which international law operates primarily as an irritation, perhaps alarming, but probably best ignored. » (M. KUMM, « Constitutionalism and the Cosmopolitan State », *NYU Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper*, 2013, paper n° 13-68, note 5, p. 2).

⁶ M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism. On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State », in J. DUNOFF, J. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World. Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 258-324.

⁷ M. XIFARAS, « The Global Turn in Legal Theory », art. cité, note 3.

Prendre ou pas le *Global Turn* est une affaire de choix épistémologique, mais ce choix me semble être aussi très politique. On peut vouloir rester en Westphalie, et comme je le disais, si l'on s'y prend bien, on doit pouvoir y arriver. C'est pour cela que la discussion sur l'existence ou de la non-existence du DCG est proprement indécidable. Elle est entièrement dépendante des prémisses adoptées. Si vous estimez qu'il est absurde de parler d'une constitution sans État, sans *démos*, sans territoire, vous jugerez que le DCG est une notion fumeuse, que la chose n'existe pas. Mais si vous pensez que les processus de constitutionnalisation sont désormais indépendants des États, des *démoi* et des territoires, et que vous vous dotez des définitions appropriées pour rendre compte de leur circulation à l'échelle globale, vous n'aurez alors aucune peine à considérer l'existence de constitutions sociétales, de normes sans force obligatoire, etc. La question de l'existence ou de la non-existence du droit constitutionnel global est en fait celle de savoir s'il est politiquement opportun de prendre le *Global Turn*.

Et si vous m'accordez ce qui précède, permettez-moi la métaphore suivante : la question de l'existence ou de la non-existence du DCG est mal posée parce que le DCG est quelque chose qui a l'allure de la *chose en soi* chez Kant. Il doit bien exister « quelque chose », puisque ce quelque chose se manifeste, mais seules ses manifestations sont accessibles à la connaissance. En l'espèce, le DCG se manifeste sous la forme d'une conversation savante à propos de certains OJNI, en sorte que la seule chose qui soit vraiment connaissable à leur propos, c'est précisément cette conversation savante. Je disais que nous avons défini le DCG comme un projet, un réservoir et des préférences idéologiques. J'ajouterais volontiers : c'est-à-dire comme une *conversation savante*.

C'est peu, mais c'est beaucoup, parce qu'il convient de prendre acte du fait que si prendre le *Global Turn* n'obéit à aucune nécessité scientifique, cette conversation s'impose désormais comme centrale au sein des communautés de juristes savants, y compris au sein des communautés nationales les moins enclines à sortir de Westphalie. Il y a dix ans, il n'est pas certain que nos collègues de Paris II – et je profite de cette mention pour les remercier très vivement, en notre nom à tous, pour leur initiative et leur hospitalité – aient été convaincus de l'opportunité d'organiser un colloque international sur la question du DCG. Mais il se trouve qu'entre temps, d'éminents collègues – dont beaucoup sont présents ici – ont commencé à en parler. Sabino Cassese nous rappelait que l'émergence de cette conversation est relativement récente, beaucoup plus récente par exemple que celle sur le Droit Administratif Global⁸. Il ajoutait que le droit constitutionnel ayant toujours été lié à l'entreprise de limitation du pouvoir exécutif central, son absence à l'échelle globale pouvait expliquer cette émergence tardive. Il reste que la conversation a désormais émergé, qu'elle a pris de l'ampleur, et qu'elle donne lieu à des myriades de colloques, articles et livres, certains étant beaucoup trop intéressants pour être tout à fait ignorés. Avec cette conversa-

⁸ Voir S. CASSESE, « Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation », *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2005, p. 663 et B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, 2005, p. 15.

tion émerge une nouvelle communauté académique, au carrefour du droit international et de la théorie du droit constitutionnel, qui ne se définit plus par son caractère national, mais par le choix d'adopter une perspective globale sur des objets eux-mêmes globaux. Les idées qu'elle produit circulent de plus en plus intensément. L'existence même de ce colloque nous dit qu'il est devenu difficile, sauf à s'installer dans le déni, de ne pas entrer en conversation avec cette nouvelle communauté de professeurs *globalistas*. On a certes toujours le choix de rester en Westphalie, mais il est devenu beaucoup plus compliqué de rester indifférent à la possibilité d'un basculement dans le *post*. L'existence même de ce colloque nous dit donc quelque chose de très important quant à l'existence ou la non-existence du DCG. Il nous dit que l'important n'est pas qu'il existe ou pas, c'est *qu'on en parle*.

III

Alors parlons en justement. En quoi consiste précisément le *Global Turn* ? Et jusqu'où peut-on aller dans l'adoption d'une perspective épistémologique globale ? Jusqu'où peut-on aller dans le décentrement par rapport à la perspective nationale d'où l'on vient ? J'ai utilisé ailleurs la métaphore suivante : les *global professors* sont comme des immigrants fraîchement débarqués en pays inconnu⁹. Ils découvrent tout d'un coup des audiences nouvelles, peuplées d'interlocuteurs nouveaux qui ne sont plus principalement des collègues qui se conçoivent eux-mêmes comme les représentants de leur communauté nationale d'origine mais, eux aussi, comme des immigrants récents dans la Métropole Globale. Ces nouveaux interlocuteurs ne partagent pas les mêmes préoccupations, n'ont pas lu les mêmes livres, ne se reconnaissent pas dans une bibliothèque commune, ils ne partagent d'ailleurs pas toujours de langage scientifique commun. En général, ils sont obligés de parler une autre langue que celle de leur communauté d'origine. Dans ce nouveau contexte, la question de savoir ce qui peut bien intéresser les gens auxquels on s'adresse est beaucoup moins évidente que dans le cadre des discussions au sein de la communauté nationale. Pour prendre l'exemple français, les décisions du Conseil Constitutionnel ne sont qu'un corps de droit parmi une centaine d'autres, pas forcément plus digne d'intérêt que les autres ; les querelles du positivisme et du naturalisme, du normativisme et du réaliste, de l'École de Toulouse et de l'École de Bordeaux, ne sont pas forcément les plus fécondes. Il faut donc parfois se résoudre à parler d'autre chose, ou en tout cas à en parler autrement.

C'est d'autant plus vrai que parmi les *global professors* qui peuplent ces enceintes nouvelles, le *global professor* d'ascendance française n'est pas « global » de la même manière que le *global professor* d'ascendance japonaise, ghanéenne ou australienne. On comprend pourquoi : prendre le *Global Turn* n'a pas la même signification dans le contexte des communautés de juristes savants en France, au Japon, au Ghana ou en Australie. Dans

⁹ M. XIFARAS, « The Global Turn in Legal Theory », art. cité, p. 226 ; version française : « Après les Théories Générales de l'État, le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, *Les Théories de l'État entre passé et avenir*, 2012, texte disponible à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Apres-les-Theories-Generales-de-l-Etat-le-Droit-Global-622.html> (voir p. 27 du .pdf).

chacun de ces contextes, « adopter une perspective globale » revient à puiser dans le réservoir des règles, principes, dispositifs, arguments et raisonnements du DCG, mais on n’y puise pas toujours de la même manière, et pas toujours dans le même but. La métaphore de l’immigration est décidément parlante : chacun arrive dans un monde nouveau, éprouve l’ivresse de la découverte de ce monde mais aussi le souvenir des petits plats de Grand-Mère, mais il se trouve que ce ne sont pas les mêmes enthousiasmes et pas les mêmes petits plats. Tous les immigrés connaissent les ambivalences de l’immigration, entre admiration et détestation du monde nouveau, rejet et nostalgie du monde d’où l’on vient, mais ce ne sont pas les mêmes ambivalences qui traversent chacune des communautés d’immigrés et chacun des membres de ces communautés. Si l’on suit cette métaphore, il faut accorder qu’il n’y a pas une unique « communauté savante globale », mais autant de « communautés savantes globales » que de façons de s’arracher à sa communauté savante d’origine. Et l’on peut ajouter qu’il y a mille manières de procéder à cet arrachement, une infinité de dispositions et de degrés d’intensité dans l’expérience du décentrement. Le Droit Global n’est pas une Sphère, c’est un espace discursif parcellaire et fragmenté en voie de fabrication. On peut immigrer un peu ou beaucoup, mieux ou moins bien. D’où la question : jusqu’où faut-il poursuivre l’ambition de changer de perspective épistémologique ?

IV

Sur ce terrain, la première difficulté rencontrée, qui est aussi la première objection faite au projet du DCG, est celle de la *projection*. Pour le dire brutalement, nombre de collègues reprochent à certains *globalistas* de ne pas être globaux du tout, de se contenter de projeter *worldwide* les vues qu’ils avaient dans le monde d’avant¹⁰. Les collègues issus de communautés savantes nationales à forte prétention universelle sont les premiers à être affectés par cette pathologie, elle se trouve donc mieux représentée aux États-Unis ou en France qu’au Japon, en Belgique ou au Ghana. Selon cette objection, le DCG ne serait guère que la projection à l’échelle mondiale de l’expérience de la construction d’un droit constitutionnel supra-étatique à l’échelle européenne. Il est vrai que cette expérience a été un des principaux laboratoires où s’est élaborée l’idée d’une constitution transnationale, sans *démos*, ce que Matthias Kumm, dont les travaux sont particulièrement visés par cette objection, appelle la « *constitution little c*¹¹ ». L’argument de la projection est à prendre très au sérieux : ne serait-on pas en train de se contenter de reconduire ce qui s’est fait en Europe à l’échelle du monde ? Est-ce qu’à défaut de décentrement, on ne serait pas plutôt tombés dans le panneau de l’ethnocentrisme le plus classique, pour ne pas dire le plus crasse ? Et ne

¹⁰ Par exemple, Matthias Kumm considère que la théorie de l’État Mondial n’est que la reconduction des doctrines étatistes à l’échelle globale. Voir « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism », art. cité, p. 262-263 : « *those who insist on the desirability of establishing a world state tend to be caught up in statist thinking in the same way as traditional statist* ».

¹¹ *Ibid.*

faudrait-il pas ajouter, puisqu'on parle de vision européenne du monde : *comme d'habitude* ?

À ce stade, je dois confesser avoir ressenti un manque dans nos discussions. Nous avons beaucoup discuté du DCG sans prendre en compte une de ses dimensions essentielles, qui est celle de l'inter-normativité. Il est possible que ce qui constitue la société internationale (ou l'unité de la communauté humaine) à l'échelle globale ne soit pas, ou pas seulement, la normativité juridique, entendue au sens courant d'un réservoir de règles, principes, dispositifs, procédures, modes de raisonnement et d'argumentation *juridiques*. Il est possible que ce soit aussi, et peut être même d'abord, des discours éthiques, religieux ou économiques, des normes techniques, des protocoles de management, des algorithmes et bien d'autres choses encore. Il se pourrait que la Métropole Globale soit une constellation de discours experts parfois complémentaires, plus souvent concurrents, parmi lesquels les discours des juristes internationaliste et constitutionnaliste ne seraient qu'une forme d'expertise parmi d'autres¹². Après tout, pourquoi les activités humaines à l'échelle globale seraient-elles principalement constituées par les outils qu'on trouve dans le réservoir du DCG ? Variation disciplinaire sur le thème de la projection : n'avons-nous pas, nous autres juristes, trop vite projeté nos propres objets, catégories et méthodes sur un monde en train de se constituer et peut-être en train de se constituer *autrement que par le droit* ? Et n'avons-nous pas un peu oublié de nous demander comment ces objets, catégories et méthodes s'articulent (ou pas) avec d'autres normativités, non juridiques ?

Cette objection de la projection se décline encore au versant géographique : on s'accordera à reconnaître que la globalisation – *whatever that means* – est solidaire d'un processus d'expansion planétaire du juridisme occidental. Cette expansion a duré plusieurs siècles, soit au travers des processus de colonisation (*direct* ou *indirect rule*), soit au travers de l'adoption « volontaire mais forcée » du juridisme occidental, comme dans le cas de la Turquie, du Japon ou de la Thaïlande. Cette expansion a donné lieu à des rencontres historiques singulières entre le droit occidental et les ordres normatifs hétérogènes qui se trouvaient *déjà là*. De même que le DCG est très difficile à comprendre sans prendre en considération les autres normativités (discours économiques et éthiques, management, normes techniques) et leur articulation aux discours juridiques, de même il est difficile de rendre compte de l'expansion du juridisme occidental sans prendre en charge la manière dont s'est opérée la rencontre entre le droit occidental et les ordres normatifs *déjà là*. Chacune de ces rencontres a produit des hybrides, des modes d'articulation, des conflits et des coexistences qui sont propres à l'expérience historique en cause : dans certains cas, le juridisme occidental s'est substitué aux ordres normatifs hétérogènes *déjà là*. Ailleurs, elles se sont simplement juxtaposées. Parfois, elles ont fusionné pour donner naissance à des normativités inédites. Chacune de ces rencontres a une productivité normative propre et raconte une histoire singulière de *regime collision*

¹² Pour une théorie de la gouvernance globale comme champ de lutte entre experts, voir D. KENNEDY, *A World of Struggle. How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*, Princeton University Press, 2016.

comme dirait Gunther Teubner, mais une histoire dans laquelle non seulement les régimes en cause mais encore les opérateurs de leur coordination ne sont pas tous juridiques, quand, d'ailleurs, des modes d'articulation commun sont disponibles, ce qui n'est pas toujours le cas.

J'insiste sur ce point. Dans le discours du DCG, il est très souvent question de rencontres entre le réservoir du droit constitutionnel occidental et des régimes normatifs hétérogènes. On parle alors cultures, coutumes, sociétés, traditions. Mais ce qui permet de faire tenir ensemble les éléments du réservoir (constitutions, respect des droits de l'homme, *judicial review*, etc.) et les éléments hétérogènes est toujours conçu comme *juridique*. C'est au droit et toujours au droit qu'il revient de fournir le mode de coordination entre les ordres normatifs hétérogènes. Comme si le pluralisme normatif à l'échelle global devait miraculeusement se résoudre en un pluralisme juridique. Où l'on retrouve la deuxième prémisse du DCG : la communauté humaine universelle se constitue *par le droit*. Il me semble que l'adoption de cette prémisse fait courir le risque de reconduire une forme sophistiquée de juriscentrisme et d'ethnocentrisme d'allure très westphalienne. Elle repose en effet sur l'idée selon laquelle dans la dialectique de l'universel et du particulier, le droit est toujours le véhicule de l'universel et les cultures, sociétés et traditions locales ou nationales sont toujours l'expression de la particularité. Et, bien entendu, dans le face-à-face du juridisme occidental et des contextes particuliers, le juridisme occidental est toujours vainqueur, parce qu'en tant que véhicule de l'universel, il a le sens de l'histoire pour lui. Ce que nous dit la critique de la projection, c'est que nous n'en savons rien et qu'il est fort possible que ce ne soit pas le cas. Et ce n'est pas à travers le maniement du couple de l'universel et du particulier qu'on l'apprendra, parce les deux termes de l'opposition ressortissent également du réservoir conceptuel du juridisme occidental et ne nous disent rien de l'altérité que nous devrions appréhender dans ces processus de rencontre entre ordres normatifs hétérogènes. Au fond, les catégories d'universel et de particulier se contentent d'occulter ce qui devrait précisément retenir toute notre attention, à savoir l'examen des modes d'articulation et de coordination propres à chacune des rencontres singulières produites par l'expansion du juridisme occidental. Il n'y a rien, sinon nos préjugés, qui nous interdise de penser la radicale pluralité de ces modes d'articulation et de coordination.

Non seulement nous ne savons pas si le droit est la seule et unique normativité qui véhicule l'universel, mais l'affirmer revient à poser *a priori* une prétention unilatérale qui pourrait produire le contraire de l'effet escompté. Pour le dire avec Étienne Balibar, « l'universel ne rassemble pas, il vise¹³ ». Le monde commun ne nous est pas donné, il se fabrique (ou pas) avec prudence et patience – Bruno Latour dirait avec diplomatie¹⁴. Dans ces processus éminemment politiques, les prétentions unilatérales à l'universalisme se révèlent autant d'obstacles à la recherche de modes

¹³ E. BALIBAR « L'universel ne rassemble pas, il divise » *Le Monde*, 9 février 2017. http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/02/09/etienne-balibar-l-universel-ne-rassemble-pas-il-divise_5077178_3232.html

¹⁴ B. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence, une anthropologie des modernes*, Paris, La découverte, 2012, p. 479.

d'articulation et de coordination partagés¹⁵. De nombreuses versions du projet du DCG tombent sous le coup de cet argument, comme ce fut le cas il y a quelques années pour le projet du Droit Administratif Global¹⁶.

Prendre sérieusement le *Global Turn* pourrait donc commencer par accorder que s'il n'existe pas de critère objectif pour certifier qu'une position épistémique soit « vraiment globale », il existe sans doute des protocoles théoriques qui permettent de projeter *moins*. Ainsi, s'il est vrai que le DCG est un projet de diffusion du réservoir juridique d'éléments constitutionnels à l'échelle du monde, il est de bonne méthode de ne pas se contenter d'interpréter ces processus de diffusion du seul point de vue des diffuseurs, mais il convient d'adopter aussi le point de vue de leur réception, c'est-à-dire celui des récepteurs. En l'espèce, le point de vue des diffuseurs est celui des hommes d'État, fonctionnaires internationaux, membres d'associations non gouvernementales et juristes experts en droit international et constitutionnel qui contribuent à l'élaboration du réservoir. Ils se trouvent en général au centre de la Métropole Globale, c'est-à-dire à l'Ouest. Quant aux récepteurs, ils se situent de l'autre côté du « front de la modernisation¹⁷ » et ne se confondent pas avec les « modernisateurs » locaux, au premier rang desquels on trouve souvent des experts juristes. Adopter le point de vue des récepteurs revient à se demander, par exemple, ce que peut signifier – du point de vue de l'articulation de la constitution et de son *démos* – l'expérience d'adopter d'une constitution clef en main, dont il s'avère qu'elle a été entièrement écrite par le staff du Général en Chef de l'armée qui vient de vous vaincre et occupe votre territoire (cas japonais). La réponse est à chercher du côté de l'expérience collective vécue par les Japonais (et pas seulement par les juristes modernisateurs japonais). Vous me direz que la tâche devient compliquée, parce qu'il faut se mettre à parler japonais, thaïlandais, ou colombien, élargir l'analyse bien au-delà des communautés de modernisateurs locaux, sortir des communautés de juristes savants avec lesquels nous avons coutume de discuter, pour s'intéresser à la signification historique et politique de ces phénomènes de réception jusque chez les citoyens ordinaires. Et vous ajouterez que tout cela requiert des protocoles théoriques difficiles à mettre en œuvre *quand on se situe au centre (c'est-à-dire à l'Ouest)*. Cette difficulté est peut-être le signe que les périphéries de la Westphalie sont désormais les observatoires privilégiés de la globalisation.

Non seulement on ne peut pas présumer que le réservoir constitutionnel est le mode de coordination et d'articulation universel qui permet d'organiser les collisions entre régimes normatifs hétérogènes, mais il n'est pas certain que les éléments issus de ce réservoir restent identiques à eux-mêmes lorsqu'ils se trouvent intégrés dans un de ces régimes. Il est même bien possible qu'une fois plongés dans un autre bain (Gunther Teubner dirait un autre système), ces divers éléments ne ressemblent plus du tout à ce qu'ils étaient au départ, aussi bien quant à leur effectivité qu'à leur signifi-

¹⁵ M. XIFARAS et K. OHJI, *Éprouver l'universel*, Paris, Kimé, 1999.

¹⁶ B. S. CHIMNEY, « Global Administrative Law: Winners and Losers », <https://www.researchgate.net/publication/265196956>

¹⁷ L'expression est de B. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence*, *op. cit.*, p. 20.

cation. Prenons un nouvel exemple, toujours au Japon : voici une constitution dont l'article 9 interdit explicitement que soient maintenues « des forces terrestres, navales et aériennes ». Cette constitution est à n'en pas douter de la même facture que nos constitutions nationales ordinaires. Pourtant, il semble bien que l'État japonais soit doté d'une armée robuste au budget conséquent. Est-ce à dire que la constitution japonaise ne « constitue » pas l'État japonais au sens que l'on donne ordinairement à ce terme ? Faudrait-il alors chercher sa « constitution » ailleurs que dans sa constitution ? Par exemple dans le triangle qui unit le *Big Business*, la haute administration et le Parti Libéral Démocrate ? Ou encore ailleurs ? Et si c'est le cas, à quoi sert la constitution de 1945, quelle est la signification historique et politique de son adoption ? L'exemple japonais est d'autant plus intéressant que ce pays a la réputation d'être le bon élève de l'Asie, le meilleur importateur de modernité occidentale de la région, la preuve empirique d'un triomphe universel possible des idéaux libéraux et démocratique par le droit, *même en Asie*. Il se pourrait que cette vue soit beaucoup plus superficielle qu'il y paraît. En tout cas, il ne suffit pas de puiser à pleine main dans le réservoir du DCG pour être certain d'avoir fait avancer la cause du DCG. Pour le savoir, il faudrait adopter le point de vue de ceux qui se trouvent de l'autre côté du « front de modernisation », non pas les modernisateurs (même locaux) mais les *modernisés*. Et si l'on n'opère pas ce *décentrement*, on court fort le risque de se « raconter des histoires », pour reprendre l'expression que Denis Baranger a versée à la discussion.

De même qu'on n'est pas obligé de prendre le *Global Turn* si l'on veut rester en Westphalie, on n'est pas obligé non plus de décentrer sérieusement la perspective globale qu'on adopte. On peut toujours décider d'être un *Global Professor* bien installé au centre de la Métropole Globale d'où l'on se contentera d'interpréter la globalisation des phénomènes juridiques du seul point de vue de la diffusion de ses propres projets. Mais peut-être alors sera-t-on alors parfois hanté par l'inquiétude sourde de se raconter des histoires, sans avoir jamais les moyens de le savoir. Une inquiétude qui, d'après Martti Koskeniemi, est le destin des *Gentle Civilizers*¹⁸.

V

Je voudrais conclure en disant un dernier mot à propos de la troisième prémisse du DCG : y a-t-il un rapport entre la diffusion mondiale des outils du DCG et les progrès du libéralisme ou de la démocratie ? Les partisans du projet nous l'assurent et voient dans la diffusion du DCG l'indice du progrès des libertés et de la démocratie. Comme le disait fort justement Sabino Cassese, le constitutionnalisme s'est forgé en Westphalie dans la lutte contre l'arbitraire de la monarchie absolue. Il en a gardé une affinité élective avec la protection des droits humains et le partage du pouvoir. Est-ce toujours vrai à l'échelle globale ? La question est difficile, douloureuse peut-être. Il est vrai que les éléments juridiques contenus dans le réservoir ont diffusés à peu près partout : l'immense majorité des États sont désormais

¹⁸ M. KOSKENIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

dotés de constitutions et de cours constitutionnelles, la protection des droits humains a diffusé par voie d'intégration horizontale dans tous les ordres juridiques, au moins formellement. Cela rend-il les régimes en question plus libéraux ou plus démocratiques ? On peut fortement en douter, pour une raison simple : la valence politique des éléments juridiques contenus dans le réservoir est *réversible* : l'adoption d'une constitution, la mise en place de mécanismes de justice constitutionnelle ou le recours à des dispositifs de protection des droits humains peuvent servir des projets libéraux, mais aussi des projets autoritaires. En Égypte, au sortir du Printemps arabe, ce sont les tanks qui ont gagné, au moment où le pays s'est doté d'une nouvelle constitution, que je vous invite à relire pour constater à quel point elle est libérale. Pour dire les choses de manière abrupte, rien n'indique que le recours aux outils juridiques du droit constitutionnel soit une condition suffisante pour l'établissement de régimes libéraux et/ou démocratiques. Et ce n'est pas seulement un problème d'effectivité ou de « forme qui précède le fond », parce qu'on peut fort bien imaginer des constitutions qui seraient en tout point des constitutions au sens technique du terme, sans pour autant promouvoir la liberté ou l'autonomie politique. Il est d'ailleurs possible que le destin historique du DCG soit précisément, par son succès, de hâter et d'approfondir cette déconnexion : plus les outils constitutionnels contenus dans le réservoir seront diffusés largement, moins ils seront liés aux idéologies politiques qui leur ont donné naissance. Plus le projet s'impose, moins il triomphe. Et il se pourrait qu'on assiste désormais, de la Hongrie à la Turquie, des États-Unis à la Russie ou à la Chine, à l'émergence de doctrines constitutionnalistes autoritaires très enclines à faire usage de la technique juridique à des fins qui n'ont rien à voir avec la liberté et la démocratie. L'examen d'une telle évolution mériterait sans doute un nouveau colloque. Je conclus celui-ci en adressant, une fois encore, aux intervenants, au public, aux organisateurs, particulièrement Manon Altwegg-Boussac et Denis Baranger, de très chaleureux remerciements.

Mikhail Xifaras

Professeur des Universités, École de droit de Sciences Po.