

VIII. Constitutionnalisme national et global

1. Deux débats (américain et transatlantique)

Un européen, s'adressant à un américain, lui demande : « Penses-tu que, si le reste du monde considérait que la peine de mort était une violation des droits de l'homme et si une cour internationale en décidait ainsi, les États-Unis pourraient ignorer cette norme et juger qu'elle ne leur est pas applicable ? ». L'américain répond : « Penses-tu que, si le reste du monde était contre la peine de mort, et que celle-ci était condamnée par une cour internationale, une telle décision pourrait nous lier, nous les américains, alors que notre Constitution et notre Parlement n'ont pas déclaré illégale la peine de mort ? »¹.

Ces questions reflètent des points de vue différents et historiquement consolidés. La première illustre l'internationalisme diffus provoqué en Europe par les périls de la démocratie (Mussolini et Hitler étaient arrivés au pouvoir de manière démocratique), auxquels l'on espère remédier par l'application de principes universels, obligatoires dans le monde entier. La seconde reflète la tradition démocratique américaine, selon laquelle une constitution ne peut être établie que par les représentants du peuple et un traité international, une fois ratifié, sort du processus démocratique car il ne peut pas être amendé par un seul Pays. Aux États-Unis le premier point de vue est résumé par l'expression *international constitutionalism*, le second par le terme *democratic constitutionalism*.

Ainsi, tout comme l'*international constitutionalism* s'oppose au *democratic constitutionalism*, le «*comparative constitutionalism*» s'oppose à l'«*originalism*».

Par le terme *comparative constitutionalism* on désigne la renaissance des études comparatives relatives aux constitutions². Ce courant considère que le constitutionnalisme s'étend au-delà de l'État ; qu'il existe des idéaux constitutionnels universels ; que les droits constitutionnels nationaux sont influencés par ceux d'autres Pays ; que dans l'interprétation de la constitution l'on peut avoir recours à l'autorité de droits étrangers, pour la même raison qu'il serait idiot de ne pas utiliser la quinine parce qu'elle ne pousse pas dans notre jardin (selon la célèbre expression de Rudolf Jhering³).

L'*originalism* nie que l'analyse comparative soit adaptée à l'interprétation constitutionnelle et critique l'usage du droit étranger car de nouveaux droits ne peuvent être introduits que par une modification de la Constitution. Les juges devraient respecter le texte et les intentions originelles des constituants et éviter la «*meretricious practice*»⁴ de faire référence à des droits étrangers⁵.

Je voudrais profiter de ce double débat, américain et transatlantique⁶, qui oppose les constitutionnalismes international et démocratique d'une part, le constitutionnalisme comparatif et l'originalisme d'autre part, pour me poser la question suivante : alors que toutes les branches du droit sont sujettes à un processus de globalisation, peut-on dire que le droit constitutionnel n'est pas atteint par ce processus et conserve une dimension nationale, comme produit de la seule souveraineté nationale ?

Mon analyse partira d'un bref résumé des traits saillants du constitutionnalisme. Je passerai ensuite à une évaluation des limites du constitutionnalisme national et des motifs de la crise du droit international entendu comme droit *seulement* international. J'examinerai, enfin, la difficulté d'identifier une constitution au-delà de l'État⁷.

2. Le constitutionnalisme national et ses limites

Le constitutionnalisme naît et se développe dans les États lorsque trois conditions sont réunies. Lorsque de la législation se détache un corps de normes supérieures, appelées constitutionnelles, destinées à soustraire certaines matières à la domination de la majorité et aux vicissitudes de la politique. Lorsque, par conséquent, une légalité constitutionnelle se détache de la légalité ordinaire, avec pour corollaire une justice constitutionnelle. Lorsque certains droits se détachent de la masse des droits protégés par les normes, entrent dans les constitutions et deviennent des critères de jugement des autres droits.

Contrairement au point de vue répandu dans la première moitié du vingtième siècle et exprimé par Charles Howard McIlwain en 1940⁸, selon lequel il aurait une très longue existence et remonterait à Platon, à la Rome Antique et au moyen-âge, le constitutionnalisme voit le jour et se développe dans une phase historique moderne, reflet des mouvements libéraux, puis des mouvements démocratiques, après les années 1688-1689 en Angleterre, 1776-1787 aux États-Unis, 1789 en France⁹.

Le constitutionnalisme est donc l'enfant du contractualisme, selon lequel les citoyens ont des droits naturels relatifs à la vie, à la liberté et à la propriété et transfèrent certains de ces droits (ou les facultés qui en font partie), par contrat, à une autorité souveraine dotée de pouvoirs limités, assurant des fonctions instrumentales à l'égard des droits des citoyens.

Le constitutionnalisme national subit des limitations ou des déviations lorsque certaines des conditions évoquées viennent à changer.

C'est le cas en premier lieu lorsque s'affirme un droit plus élevé que le droit constitutionnel, qui sanctionne des garanties générales plus vastes. Il s'agit des chartes ou des conventions à caractère universel (comme la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, datant toutes deux de 1948) ou à caractère régional (comme la *Convention européenne des droits de l'homme* de 1950, la *Charte sociale européenne* de 1965, le *Convention américaine relative aux droits de l'homme* de 1969-1978, la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* de 1981-1986). Mais il peut s'agir aussi de la reconnaissance, dans les décisions des juges supranationaux ou nationaux, de « traditions constitutionnelles communes aux États membres » (expression utilisée pour la première fois par la Cour de justice des Communautés européennes, introduite ensuite à l'article 62 du Traité sur l'Union européenne) ou d'un « patrimoine constitutionnel commun aux Pays européens » (expression utilisée par la Cour constitutionnelle italienne, décision n° 104/2006).

Une deuxième limite au constitutionnalisme national provient des constitutions nationales elles-mêmes, lorsqu'elles contiennent des normes prévoyant l'introduction automatique du droit international dans l'ordre interne (par exemple, l'article 11 de la constitution italienne et l'article 25 de la *Grundgesetz* allemande)¹⁰. Ces normes font pénétrer dans le droit interne des États membres non seulement des normes primaires mais aussi des normes constitutionnelles. Ainsi le droit international peut devenir directement obligatoire pour le système juridique national.

Une troisième limite au constitutionnalisme national découle de la diffusion d'instruments de garantie, comme ceux que prévoient les constitutions nationales, dans l'aire supranationale. Il existe dans l'aire internationale environ quinze tribunaux administratifs et civils, et au moins trois juridictions pénales. Mais les organismes de résolution des litiges, en général, sont

beaucoup plus nombreux : leur nombre a été estimé à cent onze ¹¹, mais c'est une approximation par défaut. De cette manière les tribunaux internationaux, au nom d'une légalité supérieure, jugent la légalité nationale. Par exemple la Cour de Strasbourg évalue le respect des droits de la défense par les juges nationaux. Aux organes juridictionnels s'ajoutent plusieurs dizaines d'organes quasi-juridictionnels, appelés le plus souvent « *compliance committees* », dotés d'indépendance, qui exercent leur activité sous une forme contentieuse, et dont les décisions sont contraignantes et assorties de sanctions.

Une quatrième limite au constitutionnalisme national provient de l'extension du droit international au-delà des rapports entre États, pour lesquels il était né, en direction des individus ou des personnes morales, qui deviennent des sujets de droit et bénéficient de garanties juridiques dans une sphère plus large que celle de l'État.

Enfin, le constitutionnalisme national est conditionné par ses propres ambitions. Par exemple lorsqu'il attribue une portée universelle à une juridiction nationale concernant la connaissance et le jugement de certains crimes comme le génocide ou le terrorisme (le tribunal constitutionnel espagnol, par une décision STC 237/2005 du 26 septembre 2005, a admis la compétence des tribunaux espagnols sur les assassinats, les tortures, les détentions illégales et les disparitions, survenus au Guatemala de 1978 à 1986). Ou lorsque les juges nationaux font usage du droit étranger ou du droit global (c'est le cas de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, qui s'est prononcée sur l'importance des décisions de tribunaux étrangers pour l'interprétation de normes communautaires et sur les règles générales du droit international ¹²).

Les ordres juridiques nationaux acquièrent ainsi, avec ces réseaux de règles constitutionnelles, une complexité similaire à celle des ordres juridiques des pouvoirs composés du passé, comme les empires : en Autriche-Hongrie existaient des compétences « impériales », « royales-impériales », et « royales et impériales » (« *kaiserlich* », « *königlich-kaiserlich* » et « *königlich und kaiserlich* »).

C'est pourquoi on peut se demander si : « le constitutionnalisme, construit pour *limiter* le pouvoir de l'État au service des droits de l'homme, peut donc être utilisé pour *construire* un pouvoir supranational, au service des droits de l'homme ? » ¹³.

3. « *Konstitutionalisierung des Völkerrechts* » ? ¹⁴

Ce n'est pas uniquement le constitutionnalisme comme phénomène purement national qui est en crise. Le droit international comme phénomène exclusivement international l'est également. Les motifs de cette crise sont les suivants.

En premier lieu, les États voient diminuer leur propre rôle. De figures dominantes des relations internationales, ils deviennent des agents de la communauté internationale, les instruments d'une fonction supérieure au service des citoyens, par l'application des droits de l'homme ¹⁵. Corrélativement, les règles d'unanimité et de « *consensus* », propres au droit international dominé par les États subissent une érosion face à la règle de la majorité qualifiée ou de la majorité, en application de laquelle certains États doivent se soumettre à la volonté issue de la majorité des autres États. Parallèlement l'interdiction de l'ingérence dans les affaires internes des États est dépassée. Dans la mesure où les États s'impliquent à l'égard d'autres sociétés (que l'on pense au cas Usa-Iraq), ils ne peuvent éviter un contrôle externe de l'opinion publique.

En second lieu l'importance de la composante négociée du droit international diminue, au profit de corps normatifs produits par les organisations globales. Dans le même temps,

certaines normes de droit international assurent une fonction constitutionnelle et certains traités deviennent «*völkerrechtliche Nebenverfassungen*». Cela vaut spécialement pour les traités à vocation générale, comme ceux de l'ONU, de la *Wto*¹⁶, du droit de la mer.

En troisième lieu les systèmes de régulation mondiale sont de plus en plus souvent dotés – comme nous l'avons vu – de *compliance committees*, destinés à vérifier la conformité de la conduite d'États et de personnes privées aux normes globales, et d'organes juridictionnels et quasi-juridictionnels auxquels est confiée la tâche de résoudre les litiges soit entre États, soit entre personnes privées et États, soit enfin entre personnes privées et organismes globaux.

En quatrième lieu, la force expansive de l'imbrication des intérêts due à l'ordre juridique global, au sein duquel ne s'affrontent pas des États ou des intérêts nationaux, fragmente ces intérêts, et l'ordre supérieur peut y pénétrer. Par exemple dans le conflit ayant surgi dans l'aire européenne à propos des importations de produits textiles, de chaussures et de meubles chinois, les entreprises productrices européennes sont en litige avec la grande distribution et les importateurs européens bien plus qu'avec les produits chinois. On observe la même situation aux États-Unis, qui favorisent la légalité globale tout en la menaçant: ils sont intéressés par la globalisation des marchés financiers, la suppression des barrières au commerce des produits et des services, à l'introduction de régimes démocratiques dans d'autres Pays ; mais dans le même temps ils refusent de ratifier le protocole de Kyoto et le traité institutif du Tribunal pénal international, et ils exercent de manière exorbitante la juridiction extraterritoriale.

Le dernier motif de crise du droit international comme ensemble de règles relatives aux rapports entre États est la formation, en cours, d'une opinion publique mondiale. La participation croissante de très nombreux organismes non gouvernementaux à la vie des organisations globales et l'espace qui leur est laissé dans les processus décisionnels correspondants permet une intégration de la société civile dans l'ordre juridique global. Cette situation pose à son tour un problème d'*accountability* des organisations globales car les espaces laissés à la participation ne sont pas également répartis et certains intérêts – en particulier ceux des consommateurs – sont sous-représentés.

Pour toutes ces raisons l'idée, née après la première guerre mondiale, d'une constitution internationale¹⁷, dont certains veulent voir l'incarnation dans la Charte des Nations Unies, reprend du crédit, même s'il faut abandonner la conception unitaire de constitution pour prendre en compte la fragmentation des régimes internationaux¹⁸.

4. *Mais existe-t-il une constitution au-delà de l'État ?*

Toutefois il est difficile d'identifier une constitution au-delà de l'État. Il n'existe pas de pouvoir constituant car les développements sont le fait d'une évolution, non pas de révolutions. Il n'existe pas de communauté à même de légitimer une constitution globale (même si certains intérêts sont communs, tels que la prévention et le contrôle du terrorisme, la préservation des ressources ichtyques, le contrôle du réchauffement climatique, qui produisent une demande agrégée à laquelle ne peut être apportée qu'une réponse unitaire). Il n'existe pas de contrat entre les citoyens et les pouvoirs publics parce qu'il n'y a pas de démocratie cosmopolite. Il n'existe aucun document qui puisse être qualifié de constitutionnel (encore que ce genre de document puisse aussi faire défaut dans les ordres internes). Seule est esquissée une hiérarchie des sources, selon laquelle le *ius cogens* prévaut sur le droit des traités et sur le droit coutumier, à son tour obligatoire pour les ordres internes (mais selon le paradigme dualiste).

Mais même dans l'ordre juridique global existe une « substance constitutionnelle » : la consécration de certains droits fondamentaux, la définition d'une séparation de pouvoirs ou de fonctions, l'institution d'un système de garanties. Les premiers sont les droits humains dont nous sommes partis.

La séparation des pouvoirs normatif, exécutif et judiciaire est assurée par la spécialisation des organes auxquels ils sont confiés. L'établissement des normes est confiée à certains organes (dénommés assemblées, conseils, réunions ou conférences des parties). L'exécution en est confiée à d'autres organes (secrétariat, comités), qui collaborent avec les administrations nationales. La fonction juridictionnelle, enfin, est assurée par des organes, permanents ou temporaires, souvent appelés *panels*.

Les garanties sont assurées par des tribunaux, par des organes quasi-juridictionnels et par des organes de contrôle de la conformité (*compliance committees*).

Si l'on doit accepter les termes de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (26 août 1789, art. 16) selon lesquels « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution », et si cette déclaration peut être lue *a contrario*, l'on doit reconnaître que la communauté internationale, en ce qu'elle garantit certains droits et assure la séparation des pouvoirs, est dotée d'une constitution.

Il a été observé que « nous vivons en des temps constitutionnellement déconcertants »¹⁹. Il est difficile de considérer que le droit international soit un droit a-constitutionnel. Mais il est également difficile de reconnaître un plein développement au constitutionnalisme global. L'on connaît les raisons de la crise, mais on n'en voit pas l'issue. Nous devons nous demander si le constitutionnalisme ne serait pas en train d'adopter de nouvelles formes, qui nous échappent parce que notre œil n'est pas habitué à les voir.

Notes :

¹ La conversation est une référence à J. Rubinfeld in : Council on Foreign Relations, *Debate: Is International Law a Threat to Democracy?*, 27 février 2004 (www.cfr.org/publication/6829/debate.html).

² Sur le « *comparative constitutionalism* » et la bibliographie correspondante, R. Teitel, *Comparative Constitutional Law in a Global Age*, in « *Harvard Law Review* », 117, 2004, 8, p. 2570-97. En outre S. Choudhry, *The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*, in « *I.CON* », 2, 2004, 1, p. 1-55.

³ Citée dans K. Zweigert, H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato, I. Principi fondamentali*, traduction italienne, Milan, Giuffrè, 1998, p. 19.

⁴ R.A. Posner, *The Supreme Court 2004 Term – A Political Court*, in « *Harvard Law Review* », 119, 2005, p. 99.

⁵ Sur l'*originalism*, par opposition avec le *living constitutionalism*, R. Bork, *Coercing Virtue*, trad. it. sous le titre *Il giudice sovrano*, Rome, Liberilibri, 2006. On peut considérer comme un « manifeste » de l'*originalism* l'article de A. Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in Id., *A Matter of Interpretation - Federal Courts and the Law*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1997, p. 3-47. La pensée de Scalia est, en particulier, résumée dans deux phrases, aux pages 22 et 47: « It is simply not compatible with democratic theory that laws mean whatever they ought to mean, and that unelected judges decide what that is »; « If the courts are free to write the Constitution anew, they will, by God, write it the way the majority wants; the appointment and confirmation process will see to that. This, of course, is the end of

the Bill of Rights, whose meaning will be committed to the very body it was meant to protect against: the majority. By trying to make the Constitution do everything that needs doing from age to age, we shall have caused it to do nothing at all» (« Il est tout simplement incompatible avec la théorie démocratique que des lois aient le sens qu'on veut leur donner et que des juges non élus en décident »; «Si les Tribunaux sont libres de réécrire la Constitution, ils le feront dans le sens voulu par la majorité ; la procédure de désignation et de confirmation des juges assurera cette domination. C'est clairement la fin du *Bill of Rights*, qui sera aux mains du corps contre lequel il devait assurer une protection : la majorité. En cherchant à faire dire à la constitution tout ce dont a besoin chaque époque historique, nous l'aurons privée de tout contenu ». Sur les variantes du «*textualism*», opposé au «*purposivism*», v. J.T. Molat, *The Rise and Fall of Textualism*, et J.F. Manning, *What Divides Textualists from Purposivists*, tous les deux in «*Columbia Law Review*», 106, janvier 2006, 1, p. 1 s. et p. 70 s., respectivement. V. en outre American Enterprise Institute for Public Policy Research, *Outsourcing of American Law*, 21 février 2006 (http://www.aei.org/events/eventID.1256,filter.all/event_detail.asp). Ce courant de pensée est allé jusqu'à proposer, en 2004, une loi (*Constitution Restoration Act*) qui interdirait aux juges de prendre en considération des documents juridiques qui ne seraient pas nationaux. V. pour une critique acérée de l'originalisme, dans les deux variantes du textualisme et de l'intentionnalisme, G. Zagrebelsky, *Cinquanta anni di attività della Corte costituzionale*, discours prononcé le 22 avril 2006 à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Cour constitutionnelle italienne, publié sous le titre *Corti costituzionali e diritti universali*, in «*Rivista trimestrale di diritto pubblico*», 2006, 2, p. 297.

⁶ Laissant de côté le débat intéressant mais suffisamment connu sur le constitutionnalisme européen, sur lequel on peut consulter J.H.H. Weiler, M. Wind (dir.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 et récemment A. Pace, *Costituzione europea e autonomie contrattuali. Indicazioni e appunti*, in «*Rivista di diritto civile*», 1, partie II, 2006, p. 1-10.

⁷ Une utile synthèse des points de vue sur la question in A. Peters, *Global Constitutionalism Revisited*, University of Baltimore School of Law, Center for International and Comparative Law, *ASIL Centennial Discussion on a Just World under Law: Why Obey International Law?* (<http://law.ubalt.edu/asil/peters.html>).

⁸ C.H. McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaque et Londres, Cornell University Press, 1947; trad. it., Bologne, Il Mulino, 1990.

⁹ A. Barbera (dir.), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Rome, Laterza, 1997, p. 3. Sur les aspects de garantie des droits du constitutionnalisme v. A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in «*Diritto pubblico*», 3, 2003, p. 887-905.

¹⁰ T. Ginsburg, *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment and International Law*, University of Illinois College of Law, Law and Economics Working Papers, 2006, Paper 55.

¹¹ Les données sont calculées par le «Center for International Cooperation and the Foundation for International Environmental Law and Development», qui a engagé en 1997 le *Project on International Courts and Tribunals* (<http://www.pict-pcti.org/>). Les Cours sont identifiées sur la base de cinq critères : stabilité, indépendance des membres ; compétence pour juger les litiges entre au moins deux parties, dont l'une doit être un État; prédétermination des règles procédurales; caractère contraignant des décisions.

¹² V. les décisions BVerfG, 1 BvR 1542/04 du 27 juillet 2004 et BVerfG, 2 BvR 1243/03 du 5 novembre 2003; je remercie le docteur Thomas Roth pour m'avoir signalé les deux décisions. Sur l'utilisation des décisions étrangères P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, communication au séminaire sur «Il giudice e l'uso delle sentenze straniere.

Modalità e tecniche della comparazione giuridica», Rome, 21 octobre 2005 [publié sous le même titre, Milan, Giuffrè (coll. « Rassegna forense ») 2006, 114 pp. NDT]

¹³ Barbera, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, cit., p. 41.

¹⁴ J. Habermas, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, in J. Habermas, *Der Gespaltene Westen - Kleine politische Schriften*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2004, p. 113, 182, 187. V. C. Hillgruber, *Dispositives Verfassungsrecht, zwingendes Völkerrecht: Verkehrte juristische Welt?*, in «Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart», 2005, 54, en particulier p. 90.

¹⁵ C. Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law*, in «Recueil des Cours», 281, 1999, p. 9-438. Sur cette contribution v. A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in «Harvard International Law Journal», 47, hiver 2006, 1, p. 223.

¹⁶ D. Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

¹⁷ von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law*, cit., p. 223, note 2; note 4 sur la dimension constitutionnelle de la Charte des Nations Unies. V. en particulier l'œuvre de A. Verdross, *Die Verfassung des Völkerrechtsgemeinschaft*, Springer, Vienne-Berlin, 1926.

¹⁸ Je n'aborde pas ici la question du destin du droit global: si celui-ci est destiné à faire corps avec le droit international, ou s'il s'y juxtaposera, en créant un réseau de normes plus serré qui augmentera l'efficacité du droit international.

¹⁹ «We live in constitutionally perplexing times», E. Meidinger, *Law and Constitutionalism in the Mirror of Non-Governmental Standards: Comments on Harm Schepel*, in *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart, Oxford et Portland, 2005, p. 189.