

Les nouvelles frontières du constitutionnalisme : réflexions et perspectives depuis l'Afrique australe

Rapport Table ronde de justice constitutionnelle¹

Aix-en-Provence septembre 2024

Xavier PHILIPPE

(Introduction) – L'absence d'objet précis de cette étude autour des « nouvelles frontières du constitutionnalisme » impose une réflexion ne se limitant pas à une analyse statique et théorique de ce qu'il est aujourd'hui. Si la démarche classique impose de définir préalablement les termes du sujet, elle ne doit pas pour autant s'enfermer dans une logique réflexive monolithique qui se bornerait à approuver ou désapprouver l'évolution générale du recours à la constitution comme moyen d'organisation et de fonctionnement des sociétés étatiques.

Une remarque liminaire impose de s'interroger sur le sens des termes « nouvelles frontières » attachées aux mouvements constitutionnels. Le mot frontière évoque l'idée de délimitation d'un territoire dont les contours sont identifiés et connus. Évoquer les nouvelles frontières conduit à se demander comment ces limites ont évolué et si elles s'inscrivent dans un mouvement expansionniste ou au contraire de stagnation, voire de réduction. Formuler une analyse sur les nouvelles frontières du constitutionnalisme impose donc de s'interroger sur la perte ou le gain de territoire auxquels le constitutionnalisme est confronté sans que l'on sache précisément comment apprécier une telle évolution. Tenter de le faire impose donc de rester prudent dans cette appréciation qui ne reflète qu'une analyse souvent contextualisée et non nécessairement représentative d'idées universellement applicables. Le constitutionnaliste doit ici faire preuve de modestie et ne pas penser uniquement à partir de ses cadres de travail habituels.

(La perception du constitutionnalisme en Afrique australe) – L'histoire du constitutionnalisme en Afrique australe est évidemment différente de celle des États occidentaux et cela alors même que l'organisation et l'exercice des pouvoirs mais également la régulation du corps social ont toujours été des préoccupations des sociétés africaines. L'apparition plus tardive de constitutions formelles résulte de la colonisation de ces territoires et de l'importation de modèles préexistants dans ces États qui n'en portaient pas encore le nom. Si l'on considère le constitutionnalisme comme l'étude et l'analyse des modes de régulation sociale par l'organisation et l'exercice des pouvoirs (formule plus modeste que celle de science du droit constitutionnel), alors le constitutionnalisme en Afrique australe (comme dans d'autres régions de ce continent) a été au cœur d'une confrontation entre les modes traditionnels d'organisation et de régulation des sociétés et l'imposition de modes d'exercice du pouvoir issus des États occidentaux colonisateurs. Ceci demeure un fait et non un jugement de valeur.

(Un constitutionnalisme lié à l'histoire du continent) – Il aura fallu attendre la fin de l'époque coloniale pour que ces États, au gré de leur histoire et de leur libération, soient confrontés à une obligation de repenser le constitutionnalisme dans les nouveaux contextes propres à leur destinée. Cette histoire est récente et remonte au dernier quart du vingtième siècle, ce qui positionne le constitutionnalisme de ces États dans une perspective territorialisée et historicisée.

¹ Xavier PHILIPPE, Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École de droit de la Sorbonne, Directeur de l'ISJPS (Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne) & du centre *Sorbonne Constitutions & Libertés*, CNRS UMR 8103 ISJPS & Professeur extraordinaire à l'Université du Western Cape (Le Cap - Afrique du Sud) *Dullah Omar Institute for Constitutional Law, Governance and Human Rights* - Xavier.Philippe@univ-paris1.fr

L'Afrique reste un continent – et l'Afrique australe n'y fait pas exception – qui a essentiellement vécu ses institutions à travers ses pratiques coutumières tant que les Européens ne l'ont pas colonisée². Croire que l'exercice du pouvoir en Afrique a commencé avec la colonisation serait une erreur. Les puissances coloniales ont d'ailleurs eu à cet égard des attitudes différentes : certaines ont maintenu les institutions coutumières existantes³ et n'ont importé les leurs que pour les personnes qu'elles régissaient (essentiellement les colons) ; d'autres ont au contraire souhaité imposer une assimilation et une intégration des populations locales⁴, sans pour autant conférer à ces populations les droits qu'elles reconnaissaient aux ressortissants de la puissance colonisatrice. L'idée même d'organisation des pouvoirs a donc toujours été présente dans les relations humaines et les structures gouvernantes mais n'a pas pris les formes qu'on lui a connu en Europe. Les mêmes questions ont généré les mêmes réponses sans pour autant que les références idéologiques ou doctrinales soient issues de penseurs européens, ni nécessairement de personnes identifiées. Les relations de pouvoir sont issues de règles coutumières traditionnelles qui ont traversé les âges en se formant par sédimentation. Le constitutionnalisme tel qu'on le connaît aujourd'hui est donc un produit récent dans le contexte de l'Afrique australe même si certaines institutions ont été importées par les colonisateurs successifs.

Si l'on se place dans le contexte actuel, le constitutionnalisme, entendu ici non pas comme une science du droit constitutionnel mais plus modestement comme le recours à la constitution pour promouvoir une forme de société libre et démocratique, remonte à l'adoption de nouvelles constitutions fondées sur une séparation des pouvoirs effective et la garantie de l'égalité et de la liberté. Ce constitutionnalisme s'est inscrit dans le mouvement néo-constitutionnel, ou plus exactement s'est forgé à partir des mêmes principes tout en se focalisant sur la volonté de tourner la page du passé colonial. Croire qu'il ne s'agirait là que d'une copie ou d'un emprunt de constitutions en « prêt-à-porter » serait cependant une erreur, car chaque État possède ses spécificités et même en se limitant à l'Afrique australe, la situation est bien différente en Afrique du Sud, en Namibie, au Mozambique ou au Zimbabwe, pour ne prendre que ces quatre exemples. Il n'empêche que le contexte moderne a donné naissance à une forme de constitutionnalisme plus lisible de l'extérieur à travers les apparences prises mais qui reste profondément empreint d'une volonté de corriger les inégalités du passé. Le recours au droit constitutionnel a souvent été un moyen de mettre fin aux conflits existants dans ces États à travers des accords de paix ou politiques dont les contenus incluaient déjà les principes préconstituants repris dans les futurs textes constitutionnels.

(Rôle cardinal des contextes dans l'appréhension du constitutionnalisme) – Ces précisions sont indispensables pour comprendre le dialogue gravitant autour des nouvelles frontières du constitutionnalisme, car si l'on accorde sur la perspective historique et géographique et le poids qu'elle représente, un premier constat s'impose : la définition même du constitutionnalisme est largement dépendante du contexte d'analyse. Les auteurs des grandes idéologies souvent citées ont développé leur conception du constitutionnalisme dans un contexte donné ayant façonné leur pensée. La généralisation de ces idées dans d'autres espaces et à d'autres époques les aurait peut-être amenées à développer des idées complètement différentes. Que se serait-il passé si

² V. sur ce point l'ouvrage de T. Pakenham *The Scramble for Africa: White Man's Conquest of the Dark Continent from 1876 to 1912*, Avon Pub., London, 1992.

³ Ce fut ce que les puissances colonisatrices ont qualifié de droit Bantou. Ce choix était dicté autant par la volonté officielle de ne pas intervenir dans les affaires intérieures de ces populations (pourvu que la puissance coloniale puisse se servir économiquement) que par une forme de ségrégation et de séparation de groupes et des races qui donna naissance à l'apartheid en Afrique du Sud. Les Hollandais et les Anglais ont plutôt adhéré à cette conception de la colonisation. V. T.W. Bennett *Customary Law in South Africa*, Juta, 2004.

⁴ Ce fut le cas de la colonisation française qui a prôné (avec certaines limites, notamment de citoyenneté) la méthode de l'assimilation avec les valeurs et les cultures de de la société française : Emmanuelle Saada, « Entre "assimilation" et "décivilisation" : l'imitation et le projet colonial républicain », *Terrain*, 44, 2005, 19-38.

Kelsen, Hamilton ou Vittoria avaient vécu en Afrique au 17^e siècle ? Leurs idées auraient-elles été les mêmes ?

Les États d'Afrique australe possèdent donc à la fois une tradition ancienne de gestion du corps social par les institutions coutumières et une histoire récente du constitutionnalisme s'inscrivant dans un contexte moderne qu'il faut évidemment lire à la lumière des mouvements de décolonisation et de promotion de l'égalité entre individus tout en préservant le corps social en tant qu'entité.

1. Le contexte général

A. L'incidence du contexte « post-décolonial » : à la recherche d'un constitutionnalisme adapté

(Une prise de conscience récente) – Alors même que le recours à la constitution en tant que moyen de pacification d'une société et de fonctionnement du corps social a fait son apparition dans les sphères juridiques des États d'Afrique australe, il serait erroné de considérer que les fondements du constitutionnalisme sont identiques à ceux connus en Europe ou pour emprunter une formule plus connue des comparatistes entre les États du Nord (*Global North*) et les États du Sud (*Global South*)⁵. Il existe parmi les nouvelles puissances mondiales – on peut ici penser aux BRICS – non seulement une volonté de se démarquer des États occidentaux mais également de leurs modes de pensée et notamment du constitutionnalisme. La question ne se réduit pas ici à une réflexion sur la façon de repenser le constitutionnalisme à travers les modes d'expression qu'il a connus mais de considérer le constitutionnalisme comme différent de celui que les États occidentaux ont promu jusqu'ici. La logique du constitutionnalisme n'est pas ici la même dans la mesure où elle se situe dans une perspective en même temps politique et juridique fondée sur deux éléments : la redéfinition des cadres constitutionnels liés à la transformation de la société ou du régime politique, d'une part ; la nécessité de répondre à des défis concrets obligeant à s'écarter des schémas habituels, d'autre part.

(Le comparatisme comme méthode d'analyse du constitutionnalisme) – S'il existe de nombreuses approches possibles du constitutionnalisme, aucune en soi n'est supérieure à une autre. Tout dépend ce que l'on souhaite en faire et pourquoi cette réflexion sur le constitutionnalisme est réalisée. Le comparatisme est l'une de ces méthodes. Sans qu'il s'agisse de vouloir copier ou imiter ce qui est pratiqué ailleurs, il existe une tendance naturelle chez les juristes confrontés à une situation donnée à regarder d'autres expériences pour y puiser des sources d'inspiration. Les États d'Afrique australe, comme les États du Sud d'une façon générale n'ont pas dérogé à cette règle qui existait déjà au XVIII^e siècle⁶. Malgré des situations et contextes profondément différents, ceci explique que les doctrines du constitutionnalisme libéral aient alimenté les discussions constitutionnelles des États du Sud : malgré leur réticence, ces derniers ont puisé dans ce paradigme du constitutionnalisme libéral, ne serait-ce que pour en comprendre les ressorts. Cela ne signifie pas que ces États acceptent ou transposent ce constitutionnalisme libéral mais qu'ils cherchent à mieux le connaître pour en mesurer l'inadéquation relative ou absolue aux situations qu'ils rencontrent⁷. L'idée développée par plusieurs auteurs⁸ consiste

⁵ Rappelons ici que la distinction faite entre le Nord et le Sud dans l'acception retenue ici n'est pas géographique mais correspond au niveau de développement. Les États du Nord sont représentés par les pays développés et ceux du Sud par les pays en voie de développement. L'image est quelque peu simplificatrice mais elle se fonde sur ces niveaux différents de développement pour distinguer ces États.

⁶ V. L. Colley *The Gun, The Ship and the Pen: Warfare, Constitutions and the Making of the Modern World* (Norton Publ.), 2021, démontrant que les emprunts constitutionnels à d'autres États étaient déjà en vigueur au XVIII^e siècle.

⁷ V. D. Chakrabarty, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference* p.16, Princeton Univ. Press, 2000: *La pensée européenne est à la fois indispensable et inadéquate pour nous aider à penser les expériences de modernité politique dans les États non occidentaux.*

⁸ V. not. T. Roux *The relevance of liberal constitutionalism to the Global South*, p.1, concept paper Edinbourg 2022

précisément à réfléchir au constitutionnalisme en partant de ses racines libérales pour s'en écarter afin de relever les défis de sa propre réforme. En d'autres termes, il ne s'agit ni plus ni moins de prendre le constitutionnalisme libéral comme point de départ afin de le penser de façon critique et de bâtir un système constitutionnel adapté aux besoins rencontrés par les États et les individus. Le comparatisme est ici analysé à travers sa dimension informative et réflexive mais non à travers une forme de mimétisme imposé.

Si l'on prend l'exemple sud-africain⁹, la Constitution de 1996 reflète à la fois les idées issues de l'ordre international libéral mais également celles des luttes historiques contre l'apartheid¹⁰. L'idée a consisté à dépasser le constitutionnalisme libéral pour en faire un constitutionnalisme de transformation (ou transformatif), c'est-à-dire donnant à la constitution le rôle et la fonction de transformation de la société. Certes, ce que certains ont considéré comme une nouvelle forme du constitutionnalisme¹¹, s'est heurté aux mêmes difficultés que le constitutionnalisme libéral mais n'en reste pas moins une approche différente de la conception du constitutionnalisme libéral.

La question fondamentale consiste donc à s'interroger sur l'unicité ou la pluralité du ou des paradigmes du constitutionnalisme. Elle revient plus précisément à se demander préalablement ce que le recours au constitutionnalisme permet. Si un tel recours aboutit à la même réflexion que celle lancée par les autres mouvements – historiques ou géographiques – la question du contexte général risque de se transformer en une question sans fin à l'égard de laquelle il ne peut y avoir de réponse globale et définitive. En substance, telle est la réflexion lancée par trois auteurs sur le droit constitutionnel comparé et les États du Sud¹² qui défendent l'idée d'une autonomie de pensée du constitutionnalisme du Sud et proposent de réfléchir à l'apport que le constitutionnalisme des États du sud pourrait avoir pour eux-mêmes en termes d'autonomie de pensée mais pour les États du Nord. Ceci impliquerait de repenser non seulement les concepts eux-mêmes au sein du constitutionnalisme mais également les méthodes et le cadre épistémologique.

(De nouvelles frontières conceptuelles ?) – Si repenser implique d'inventer ou de changer de logiciel de réflexion, alors le constitutionnalisme des États du Sud mériterait d'être analysé plus largement par les États du Nord. Il n'est pas certain qu'il propose de solutions miracles mais permettrait de jeter un autre regard sur des questions que l'on considère comme inacceptables ou insolubles. Cela impose évidemment d'accepter de sortir du seul cadre juridique du constitutionnalisme et d'y inclure une dimension volontariste ou politique qui est celle que promeuvent les constituants des États du Sud dès lors qu'ils veulent promouvoir une forme de société intégrant leurs valeurs. Celles-ci ne sont pas uniquement individualistes et incluent la dimension des groupes composant les sociétés pluralistes et multiculturelles. Pour autant toute nouvelle approche n'est pas transposable et les États du Sud promeuvent le constitutionnalisme qui leur convient. Son exportation n'est pas synonyme de résolution des défis rencontrés par les États du Nord mais en connaître l'existence et les ressorts peut aider à trouver des solutions innovantes.

B. Les crises du constitutionnalisme face aux défis internes et externes

(La double nature des crises du constitutionnalisme) – Ancien ou récent, le constitutionnalisme ne vit pas dans un monde clos et statique mais au sein de sociétés mouvantes qui recherchent des

⁹ La même réflexion a été lancée sur l'Inde par un auteur: M. Khosla *India's founding Moment: The Constitution of a Most Surprising Democracy* (Harvard University Press, 2020).

¹⁰ H. Klug *Consistuting Democracy: Law, Globalism and South Africa's Political Reconstruction* Cambridge Univ. Press, 2020.

¹¹ K. Klare « Legal Culture and Transformative Constitutionalism » (1998) *South African Journal on Human Rights*, p.146; G. Frankenberg, *Comparative Constitutional Studies: Between Magic and Deceit* (Cheltenham, UK, Edward Elgar) 2018, pp. 94-107: cet auteur tente d'établir une classification des nouvelles formes de constitutionnalisme.

¹² P. Dann, M. Riegner, M. Bönneman (eds) *The Global South and Comparative Constitutional law*, (Oxford University Press, 2020).

solutions aux défis qu'elles rencontrent. Il s'agit d'un constat planétaire. Ces défis à relever peuvent provenir de facteurs endogènes ou exogènes. Ils peuvent être limités au cadre de l'État mais se révéler également beaucoup plus profonds et toucher l'ensemble d'un continent ou de la planète. Placer sa confiance dans la constitution pour résoudre des difficultés qui dépassent la seule dimension juridique est un pari qu'ont fait de nombreux États démocratiques pour rationaliser les réponses qu'ils proposent. Toutefois, il ne s'agit que d'un moyen au service d'une fin. Croire que la garantie constitutionnelle suffit à faire face à ces défis serait présomptueux. L'erreur probable commise par nombre de constitutionnalistes repose sur cette confiance aveugle placée dans le texte constitutionnel qui protège autant des excès de pouvoir que des valeurs qu'il proclame : l'origine des difficultés du constitutionnalisme provient souvent moins du texte lui-même que de celles et ceux qui sont supposés l'appliquer et le faire respecter. Dès lors les crises du constitutionnalisme sont moins dues à la constitution elle-même qu'aux facteurs extrajuridiques qui remettent en cause sa mise en œuvre. Parmi ces facteurs, certains sont endogènes et relèvent de choix politiques s'écartant volontairement de la règle du jeu constitutionnelle : la règle pourrait s'appliquer mais elle n'est pas respectée en raison d'un choix volontaire et délibéré. D'autres facteurs sont exogènes et concernent l'ensemble d'une région ou d'un continent (épidémie, catastrophe naturelle) ou toute la planète (crise climatique, évolution technique, technologique ou scientifique...). Ces crises affectant le constitutionnalisme sont de nature différente et n'appellent pas les mêmes réponses.

(Les États d'Afrique australe confrontés à la crise du constitutionnalisme) – En se concentrant sur quelques États d'Afrique australe, le constat peut paraître amer quant à la capacité du constitutionnalisme à tenir ses promesses. Une fois encore, c'est moins le constitutionnalisme qui est en cause que son respect et sa capacité à répondre à des situations de crise inédites. Si l'on prend l'exemple du Zimbabwe, les promesses d'un fonctionnement démocratique et ouvert ont été respectées dans les premières années de l'ère postcoloniale puis ont donné lieu à un fonctionnement autocratique puis à une quasi-confiscation du pouvoir par le Président Robert Mugabe, écartant toute possibilité d'alternance¹³. De même, de façon moins personnalisée, si l'on prend l'exemple de la Namibie, depuis l'indépendance, le parti au pouvoir est toujours la SWAPO¹⁴ et les élections (régulières) lui donnent toujours une confortable avance même si celle-ci diminue. Le pouvoir en lui-même n'a pas changé de mains depuis l'indépendance. En Afrique du sud, la constitution a depuis 1996 été un enjeu de taille dans l'exercice du pouvoir et a démontré une certaine résistance aux attaques dont elle a pu faire l'objet. En revanche, depuis mai 2024, l'ANC, parti historique de la lutte antiapartheid a perdu la majorité absolue lors des élections et a été contraint de former une alliance avec d'autres partis d'opposition pour continuer à gouverner à travers un gouvernement d'union nationale¹⁵. En revanche, un mouvement d'opposition grandissant est né qui s'oppose à ce constitutionnalisme qu'il considère comme antidémocratique. Emmené par l'ancien Président Jacob Zuma, ce mouvement contre le constitutionnalisme a rallié plus de 16 % de la population au nom de la « démocratie réelle du peuple », démontrant ainsi que l'État de droit (qui en Afrique du Sud se traduit par *Constitutional State*) n'est jamais un acquis permanent. Même repensé pour corriger les erreurs du passé et transformer la société, le constitutionnalisme reste fragile et se heurte très souvent à une inertie de ceux qui sont supposés mettre en place les politiques publiques prévues.

(L'apparition de facteurs extérieurs comme amplificateur de crise) – Le constat est identique en ce qui concerne les facteurs exogènes qui ne dépendent pas de choix ou d'action politiques internes. Les défis sont souvent davantage subis qu'ils ne sont gérés et affrontés en raison de difficultés politiques. À titre d'exemple, lorsqu'au tournant des années 2000, la pandémie de

¹³ V. M.A Lagrange & T. Vircoulon Zimbabwe : Réflexions sur la dictature durable, Politique Étrangère, 2008/3 p. 653-666.

¹⁴ S. El Obeid, J. Mendelsohn « SWAPO : le début d'un défi politique », Notes de l'Ifri, mai 2022.

¹⁵ N. Nyembezi « National Dialogue May Just Unite Our Nation », Cape Times, 23 juillet 2024, 6.

SIDA a fait son apparition en Afrique du sud, les autorités n'ont pas été en mesure de fournir les traitements nécessaires à la population, cédant la garantie du droit à la santé à un ballet diplomatique auprès des gouvernements et des compagnies pharmaceutiques pour faire face à ce défi. La solution est venue de l'Inde qui a accepté de fournir le traitement gratuitement pendant cinq ans. La garantie des droits n'était pas liée à son inscription constitutionnelle mais à la capacité de l'État à faire face à une telle pandémie¹⁶. De façon encore plus prégnante aujourd'hui, les nouveaux défis exogènes qui transcendent les frontières et dépendent d'éléments que le droit ne maîtrise pas, sont inquiétants pour le constitutionnalisme parce que ce dernier peut tout au plus canaliser ou organiser la réponse mais non pas décider de la solution à apporter. À titre d'illustration là encore, lorsque la pandémie de COVID-19 a surgi sur la planète, la majorité des États ont réagi en faisant appel à des mesures exceptionnelles ou d'urgence alors même que leurs institutions ou leur régime de protection des droits et libertés auraient pu permettre une gestion de ces crises dont les ressorts dépendaient des connaissances scientifiques. D'autres défis planétaires, beaucoup plus permanents, tels l'intelligence artificielle ou les défis climatiques conduiront à générer des réponses dépassant le constitutionnalisme étatique. Il n'en reste pas moins que si le cadre constitutionnel ne peut prétendre gérer l'intégralité de ces défis, il sera néanmoins mis à contribution et les réponses fournies devront intégrer une certaine cohérence. À ce stade de nombreuses interrogations demeurent, à commencer par les moyens qui pourront être affectés à cette lutte.

(Un constitutionnalisme plus grandement menacé dans les États du Sud ?) – Ces défis planétaires posent une question dépassant les seules réponses que les États peuvent vouloir mettre en œuvre. Leur échelle et les moyens qu'ils impliquent en termes de réaction imposent non seulement des décisions mais également la capacité notamment financière de mettre en œuvre ces décisions. De nombreux États du sud risquent de se trouver face à une inégalité amplifiée par le manque de moyens de tous ordres pour faire face à ces nouveaux défis. Les effets postcoloniaux se font ici sentir de nouveau et des questions telles que l'accès aux soins, aux vaccins, à la connaissance, aux communications en réseau risquent d'être des facteurs amplificateurs de discrimination qui augmenteront les frustrations déjà existantes. La question de l'inégalité risque donc d'être à nouveau exacerbée. Ces risques se traduiront par de nouveaux dangers pour les États de droit démocratiques et les constitutions qui les soutiennent : ceux-ci risquent d'être tenus pour responsables de ces situations d'inégalité ainsi que de leur accroissement et de radicaliser les régimes constitutionnels et politiques qui s'étaient engagés dans la voie démocratique. La question posée repose alors sur la capacité de la communauté internationale à prendre conscience de ce phénomène et à agir au risque, dans la négative, que de nouvelles crises et de nouveaux conflits éclatent.

C. Un ordre mondial redessiné par la recrudescence de l'ordre juridique international : d'un monde unipolaire à un monde multipolaire

(Le rejet d'une société uniquement pensée en termes de liberté) – Poursuivant la réflexion sur les transformations planétaires, l'idée même de mondialisation a refait surface mais dans un sens profondément différent de celui de globalisation du droit (et du droit constitutionnel en particulier). Les phénomènes de scissions, de ruptures, de contestation des civilisations occidentales ont régénéré la tentation de mondes civilisationnels concurrents¹⁷ ainsi que de la volonté de contester les phénomènes antérieurs au nom d'une domination des États occidentaux mais également de leur volonté de promouvoir d'autres valeurs et d'autres cultures. Ce sont des « chocs de civilisation » qui sont proposés et provoqués à travers cette contestation d'un monde

¹⁶ Ce qui n'a pas empêché ensuite la Cour constitutionnelle de critiquer et de sanctionner le pouvoir exécutif pour son absence de réactivité une fois le traitement rendu disponible : v. la décision de 2002 *Treatment Action Campaign. Minister of Health and Others v Treatment Action Campaign and Others (No 2) (CCT8/02) [2002] ZACC 15; 2002 (5) SA 721 (CC); 2002 (10) BCLR 1033 (CC) (5 July 2002)*.

¹⁷ V. infra les développements sur les droits et libertés et les valeurs sociétales.

unipolaire, perçu à tort ou à raison, comme l'idéal occidental imposé par des États anciennement colonisateurs. Ces nouveaux acteurs en recherche de rupture promeuvent leur volonté d'accéder à la protection d'autres valeurs et rejettent l'idée même de démocratie et de constitutionnalisme libéral, non pas au nom de l'autoritarisme mais de la promotion de valeurs différentes ancrées dans leurs civilisations. Et ils le font le plus souvent en se servant de la révision constitutionnelle comme d'un moyen permettant de créer un nouvel ordre. Certes, cette situation est guidée par des arguments résolument politiques mais se traduit par une remise en cause du constitutionnalisme libéral qui représente de façon emblématique la vitrine civilisationnelle que ces États veulent contester et bouleverser. Nul doute que ces situations seront génératrices de crises et de conflits. Cependant si l'on se place du point de vue du constitutionnalisme, ces États prônent un, voire des constitutionnalismes concurrents dont la raison d'être est la remise en cause du libéralisme. Ce constitutionnalisme « illibéral », quel que soit le nom dont on l'affuble, a essaimé dans le monde entier et si la résistance s'est organisée en certains endroits, nombre d'États ont été conquis par ce populisme constitutionnel promu au « nom du peuple », argument coupant souvent court à toute discussion sur la signification profonde de la démocratie.

(Le rejet d'une définition étroite du constitutionnalisme limité au seul constitutionnalisme libéral)

- La question posée demeure fondamentalement celle de savoir si le constitutionnalisme doit se limiter à l'image d'un constitutionnalisme libéral ou si l'on doit y inclure ces nouvelles formes de constitutionnalisme rejetant l'ancien monde au nom de la promotion d'autres valeurs que celle du libéralisme. Le rejet aboutirait à une forme d'enfermement dans des certitudes qui n'en sont plus. Or, précisément, les perceptions alternatives du constitutionnalisme, quoique l'on en pense, en apprennent davantage sur les tensions auxquelles il est soumis que sur la recherche de correctifs visant au rétablissement d'un monde idéal qui n'a probablement jamais existé. Tel est précisément l'enjeu majeur de cette crise du contexte général qui demeure soumise à des tensions grandissantes et à de nouveaux défis qui ne peuvent plus être gérés par la seule sphère étatique. Précisément, ce que nous apprennent ces constats issus de l'analyse du contexte général repose sur la tension croissante entre l'État et les enjeux régionaux ou internationaux. La question du constitutionnalisme hors de l'État joue un rôle grandissant dont les contours restent mal déterminés.

2. Les formes de gouvernement

L'exercice du pouvoir reste une donnée clef du constitutionnalisme. Il représente toujours le cœur du sujet quelles que soient les critiques dont il peut faire l'objet. L'idée d'un exercice du pouvoir fondé sur la séparation des fonctions et de la capacité d'un pouvoir à en empêcher un autre s'il outrepassé l'exercice de ses compétences demeure une question centrale pour toutes les formes de constitutionnalisme. Cela dépasse les frontières européennes mais reste fondé sur un constat d'inefficacité de l'organisation constitutionnelle des pouvoirs qui ne remplit pas les promesses annoncées. Les critiques majeures adressées aux institutions constitutionnelles tiennent moins à ce qu'elles font réellement qu'à la perception qu'en ont les acteurs de la société civile, au premier rang desquels les citoyens se trouvent. L'écart entre réalité et ressenti se creuse encore davantage, alimenté par des discours partant de faits établis mais dont l'interprétation est souvent spéieuse. Il n'en reste pas moins que la promesse d'une constitution démocratique impliquant un partage du pouvoir ne s'est pas souvent démontrée efficace en Afrique et que s'il existe des poches de résistance, le plus souvent, les formes de gouvernement ont tendance à se « recentrer » sur l'autocratie.

A. Le retour de l'autocratie généré par les institutions de la démocratie

(D'institutions démocratiques à des gouvernements autocratiques) - La désignation démocratique des institutions politiques, notamment du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, directement ou indirectement, a donné lieu à de nombreux glissements sur le continent africain, qui se sont matérialisés par la réélection des dirigeants ou par des révisions constitutionnelles

destinées à supprimer les verrous imposés par les textes initiaux. Ces glissements ont renforcé la volonté de rechercher des leaders dans l'ordre établi.

Plusieurs phénomènes se télescopent ici transformant les gouvernements initialement démocratiques en gouvernement autocratiques.

En Afrique australe, le constitutionnalisme a été conçu comme une réponse destinée à solutionner la crise antérieure, qu'il s'agisse de l'apartheid avec ses discriminations ou la répartition des richesses (notamment des terres), concentrées entre les mains de quelques-uns. L'élection a été perçue comme une manière de répondre à la crise démocratique : les parlements élus devaient changer le cours des choses et traduire les aspirations de la lutte antérieure en permettant de mener des réformes. Les pouvoirs exécutifs, dirigés par des dirigeants charismatiques, symbolisant le renouveau, devaient permettre d'assurer le suivi et l'exécution des engagements. Or, ces promesses de transition ont conduit à des résultats qui sont souvent restés bien en deçà des attentes. Les constitutions qui se voulaient transformatrices de la société imposaient aux pouvoirs constitués des obligations qui se sont progressivement évaporées. Même si elles demeurent, les institutions démocratiques n'ont pas joué le rôle qui leur avait été attribué. *(Des majorités parlementaires incapables de s'opposer au pouvoir exécutif)* - Le premier défi d'institutions nouvellement élues lors de périodes de transition repose sur leur capacité à exercer pleinement leurs fonctions de façon indépendante et objective. Or, s'il existe une séparation des pouvoirs, les institutions des États en transition sont souvent confrontées à un mélange entre les idéologies ayant présidé à la lutte et leur capacité d'action. Cette situation conduit souvent les institutions parlementaires à suivre et accepter les gouvernements considérés comme des symboles du changement sans pour autant exercer de façon critique leur rôle de contrôle de l'exécutif. Cette situation de préservation des luttes passées influe directement sur l'équilibre entre pouvoir législatif et exécutif qui se trouve accentué par cette forme de confiance aveugle de la majorité parlementaire envers le gouvernement.

(De dirigeant charismatique à un autoritarisme autocratique) - Dans le sillage de la reconnaissance du pouvoir exécutif comme point focal de l'exercice du pouvoir, les dirigeants élus ou désignés démocratiquement ont souvent eu tendance une fois en place à exercer le pouvoir de façon solitaire puis autoritaire. Les garanties constitutionnelles de non-renouvellement des mandats ont souvent fait l'objet de révisions pour permettre aux titulaires de pouvoirs exécutifs de rester en place et lorsque tel n'a pas été le cas, ce sont les partis politiques historiques dominants qui ont pourvu au maintien de dirigeants issus de leur mouvance. Les possibilités d'alternance ont donc été réduites. L'exemple du Zimbabwe en constitue une illustration puisque le président Robert Mugabe, héros de l'indépendance, s'est maintenu au pouvoir quasiment jusqu'à son décès en 2019 en refusant tout compromis avec l'opposition, en transformant le régime parlementaire en régime présidentiel et en tentant un véritable coup d'État pour maintenir les siens au pouvoir en 2017 avant de démissionner... à 93 ans. Si l'exemple est presque caricatural, il témoigne de cette tendance autocratique qui, lorsque la constitution réussit à résister et à bloquer les velléités de certains dirigeants, n'en évite pas moins des dérives dans le fonctionnement du mode de gouvernement comme ce fut le cas en Afrique du Sud sous la présidence de Jacob Zuma dans laquelle prit place un système de corruption d'État organisé qui mit à mal de nombreux services publics. Ce phénomène de dérive autocratique illustre les difficultés rencontrées par des constitutions prometteuses d'avenir et de changement mais ne tenant pas leurs promesses en raison de l'incapacité des autorités à exercer le pouvoir comme il était prévu qu'il fonctionne. Il faut d'ailleurs souligner que ce n'est pas tant la constitution - quel que soit le régime politique imaginé - qui pose problème en tant que telle que l'exercice du pouvoir qui n'est pas conforme à ce qu'il devrait être.

B. La résistance des institutions et des contre-pouvoirs

(Contre-pouvoirs résistants et contre-pouvoirs émergents) - Si le constat relatif aux risques de dérives des modes de gouvernement est assez largement partagé, certains contre-pouvoirs

parviennent à tirer au moins temporairement leur épingle du jeu en résistant aux dérèglements constitutionnels qu'elles observent. Les juridictions exerçant un contrôle de constitutionnalité peuvent faire partie de ces contre-pouvoirs juridiques. Elles ont souvent été conçues pour canaliser le pouvoir dans le respect de cet ordre constitutionnel et sont en quelque sorte les garantes de cette architecture sans pouvoir pour autant décider des choix à opérer. Dans les États où la garantie juridictionnelle de la Constitution ne représente pas une tradition ancienne, l'ancrage de la garantie offerte par les juges peut s'avérer fluctuante. Elle peut s'avérer efficace comme ce fut le cas en Afrique du Sud et continue à l'être, car l'indépendance de la magistrature est garantie et intègre cette idée que le juge est une autorité constitutionnelle chargée de préserver la règle du jeu. Toutefois, cet édifice reste fragile dans la mesure où l'indépendance et l'impartialité dépendent très largement du respect qu'en ont les autres autorités constituées mais également les juges eux-mêmes. Or, comme dans d'autres endroits de la planète, il existe un mouvement de contestation des juridictions constitutionnelles dès que celles-ci représentent une menace pour la transformation de l'ordre constitutionnel voulu par les autorités politiques. Si ces dernières peuvent vouloir modifier la constitution (mais encore faut-il qu'elles disposent des moyens nécessaires pour le faire), elles ne peuvent cependant pas contrôler le processus d'interprétation de la Constitution. Il peut alors se produire progressivement, en fonction de l'activisme des juridictions constitutionnelles, un phénomène graduel de défiance à leur égard lié à une perception interventionniste trop forte et donnant aux pouvoirs politiques législatif et exécutif le sentiment qu'ils ne peuvent mener les politiques publiques qu'ils désirent. Les compétences de ces juridictions doivent être exercées de façon irréprochable. Mais quand bien même est-ce le cas, le risque d'une condamnation politique n'est pas à écarter. Ainsi, pour reprendre l'exemple sud-africain, lorsque l'ancien Président Jacob Zuma avait été condamné à un an de prison pour mensonge et outrage à la Cour, lui-même et ses partisans n'avaient cessé de dénoncer une Cour constitutionnelle politisée, alors même que les éléments de preuve qui lui avaient été présentés étaient incontestables. Il est d'ailleurs remarquable que ces attaques contre la Cour constitutionnelle n'aient pas été uniquement portées sur l'institution mais plus généralement sur le constitutionnalisme dans son ensemble... qui s'opposerait à la « volonté du peuple ».

Parallèlement, la stratégie de nominations au sein de ces cours constitue également un enjeu majeur permettant d'infléchir la puissance de canalisation de ces juridictions. Comme dans d'autres parties de monde, la nomination d'un juge fait l'objet de stratégies et de calculs afin d'obtenir une juridiction constitutionnelle qui soit davantage en phase avec les pouvoirs législatif et exécutif.

(Naissance de nouveaux contre-pouvoirs) - Paradoxalement, les limites constitutionnelles ne proviennent pas nécessairement aujourd'hui des contre-pouvoirs institutionnalisés. Si certains « nouveaux pouvoirs » ont été reconnus à travers les autorités constitutionnelles indépendantes dont l'activité est souvent sectorielle (anticorruption, médias, élections...), ce sont des pouvoirs extérieurs et indépendants qui ont souvent joué ces rôles autant qu'ils ont pu obtenir le soutien d'autres pouvoirs indépendants. Qu'ils émanent de la société civile ou des médias, ces pouvoirs combinés à d'autres peuvent faire reculer les pouvoirs institutionnalisés. Il suffit de penser ici aux médias qui ont pu faire état du degré de corruption endémique dont faisait l'objet l'ensemble des sphères publiques sous la présidence de Jacob Zuma en Afrique du Sud. Ce sont les médias et le protecteur public qui ont révélé ces pratiques et violations et ont forcé les autorités publiques à agir. Si cela ne suffit pas, la conjonction de l'ensemble des acteurs favorise ce type de réactions et empêche les pouvoirs constitués de contourner les institutions et les procédures constitutionnelles.

C. La participation politique citoyenne aux affaires publiques.

(A la recherche de nouvelles formes de participation) - Au-delà mêmes des lieux communs qu'emporte le débat entre représentation et participation dans les formes d'exercice de la

démocratie, les constitutions issues du mouvement des années 1990 avaient ancré la participation dans leur texte comme un principe d'action politique impliquant l'obligation de consulter et de débattre avec le public avant de décider¹⁸. La logique participative – tout particulièrement dans la sphère nationale – s'est souvent avérée complexe à mettre en œuvre et à la vérité assez formelle. La question de la participation et des méthodes participatives, simples dans leur principe sont complexes à mettre en œuvre, car impliquant une logistique assez délicate à faire fonctionner : tirage au sort, fonctionnement en commissions, encadrement... tous ces aspects impliquent des contraintes et sont difficiles à mettre en œuvre. Le problème semble davantage déplacé qu'il ne résout l'une des critiques adressées à la démocratie représentative. En réalité, les formes de participation aux affaires publiques nécessitent de s'interroger préalablement sur le but de la participation citoyenne : s'agit-il de prendre des décisions ou de les contrôler ? De décider ou d'octroyer un droit de regard ? L'approche comparée offre ici des perspectives novatrices dépassant les seules assemblées ou conventions citoyennes ou certaines formes d'association du public aux choix des décisions politiques. L'Afrique du Sud a par exemple cherché à dépasser cette logique participative active en imaginant un système de contrôle des citoyens à travers des commissions d'enquête et l'initiation de poursuites au plus haut niveau. La participation est affaire de capacité et de compétences et elle ne peut être que superficielle si les choix à opérer impliquent une connaissance technique. En revanche, si la participation est liée au contrôle, elle peut s'avérer plus efficace dans la mesure où il s'agit d'approuver ou de rejeter une décision, voire de la condamner. L'analyse comparative des formes de participation démontre de nombreuses contradictions et le traitement homogène des citoyens peut s'avérer être un trompe-l'œil dans la mesure où tous conçoivent leur rôle de façon différente¹⁹ : entre le militant et le mécontent, entre le passionné et le rationnel, des différences substantielles existent pouvant également déboucher sur des manifestations violentes. La situation est amplifiée dans les sociétés profondément inégalitaires²⁰ dans lesquelles la participation peut constituer une forme de nouvelle domination des élites. Dans les États africains où le post-colonialisme reste un puissant ferment du discours, le traitement de cette question reste délicat.

(Vers une étanchéité renforcée des sphères publiques et privées ?) – Une autre question déjà brièvement évoquée consiste à s'interroger sur la participation des acteurs économiques privés à la prise de décision publique. La question revêt une dimension symbolique dans la mesure où les deux sphères ont de plus en plus tendance à s'autonomiser et à singulariser leurs comportements. Les sphères privées essaient de contourner la sphère étatique alors que cette dernière cherche à les encadrer. Le paradoxe aboutit alors à créer des mondes séparés, cherchant à éviter l'organisation de relations pourtant indispensables entre les sphères économiques et politiques. Les progrès technologiques favorisent encore plus cet évitement de la relation entre ces deux mondes qui ne peuvent pourtant se passer l'un de l'autre. La perspective comparatiste oblige une nouvelle fois à prendre du recul au regard de ces deux mondes, car le pouvoir économique de certains acteurs privés peut dépasser et de loin celui de certains acteurs étatiques. Les États perdent leur puissance de souveraineté au profit d'acteurs privés. Ces derniers peuvent par ailleurs trouver dans des États faibles des terrains sur lesquels ils peuvent exercer leur puissance hors de leur État d'origine et imposer leur volonté sans rencontrer de véritable résistance.

¹⁸ Venter, F. (2024). Consulting citizens: Addressing the deficits in participatory democracy. *South African Journal on Human Rights*, 1-23.

¹⁹ Walsh, C. D., & Elkins, J. A. (2021). The dissatisfied and the engaged: citizen support for citizens' assemblies and their willingness to participate. *Irish Political Studies*, 36(4), 647-666.

²⁰ Parvin, P. (2020). The Participatory Paradox: An Egalitarian Critique of Participatory Democracy. *Représentation*, 57(2), 263-285.

3. La garantie des droits et des valeurs

Davantage peut-être que les formes de gouvernement dont les déviations affectent le constitutionnalisme en général, les garanties de droit et des valeurs représentent l'un des défis majeurs pour le constitutionnalisme dans la mesure où il constitue conceptuellement un sujet de désaccord entre les États du Nord et ceux du Sud. Les questions générales affectant tous les États ne sont pas ici en cause : la multiplication des droits, leurs contradictions, l'émergence de nouveaux droits (ou de nouveaux devoirs) se retrouvent à peu près partout, sous des formes de modalités d'exercice parfois différentes mais avec la même problématique. En revanche, les États du sud revendiquent à travers leurs cultures et leurs valeurs, une autre forme de constitutionnalisme qui rejette l'idée de primauté absolue des droits fondamentaux (au sens de droits garantis par la Constitution) sur les valeurs et la culture civilisationnelle. Il s'ensuit un débat clivant méritant d'être examiné et discuté.

A. Valeurs et Droits dans l'État-nation et l'État-Civilisation

(Droits fondamentaux et contexte d'exercice) - L'idée de protection des droits fondamentaux n'a de sens que si l'on rapporte cette protection au contexte dans lequel ces droits s'exercent. Sur ce point, si un certain nombre de droits, consubstantiels à la vie humaine présentent une certaine universalité (ils sont très peu nombreux : boire, manger, dormir...), la grande majorité des autres droits ne peuvent se comprendre qu'au regard des valeurs et des cultures dans lesquels ils prennent place. Or, le débat sur les droits fondamentaux prend souvent place dans une réflexion autour de l'État-nation, typiquement occidental²¹, qui fait aujourd'hui l'objet de contestations par d'autres États qui revendiquent l'État-Civilisation comme cadre d'exercice de ces droits, c'est-à-dire un État qui en tant qu'entité politique protège une sphère de civilisation. Il vise à « assurer le maintien durable d'un mode de vie collectif autonome, par son ordre juridique et ses propres institutions recouvrant une population et un territoire suffisamment étendus »²².

(L'État-Civilisation comme alternative à l'État-nation) - La défense de l'État-Civilisation a été adoptée par de grands États contestant l'ordre mondial unipolaire²³ qui intègrent leurs valeurs dans la conception de l'État. Les fondements de l'État-Civilisation²⁴ s'appuient sur quatre grands piliers : 1) l'État est le protecteur d'une civilisation et d'une spiritualité partagée ; 2) le constitutionnalisme est fondé sur des valeurs antérieures à la démocratie et non sur des valeurs nées avec la démocratie ; 3) la légitimité découle de la correction des injustices du passé et de la capacité de l'État à répondre aux besoins et demandes existantes de la population ; 4) les pratiques et révisions constitutionnelles restent ancrées dans le respect du droit mais il existe des moyens de prendre des mesures coercitives si l'autorité de l'État est menacée en faisant appel à la notion d'État dual (au double visage). Ces caractéristiques replacent l'État dans le rôle de porteur et de défenseur des valeurs collectives de la société au premier rang desquels figurent l'histoire et la religion. Or, la question des droits est inévitablement influencée par les valeurs. Si l'État devient le protecteur des religions, il intégrera des valeurs entrant en contradiction avec les droits et libertés dans sa défense de l'ordre public et moral. L'idée même d'un collectif de droits protégés devient impossible et donne lieu à des divergences d'appréciation.

(Défense des valeurs de l'État-Civilisation face à la reconnaissance de nouveaux droits fondamentaux) Les adeptes de la défense de l'État-civilisation fondent leurs arguments sur de

²¹ Qui a donné lieu à la formule pour caractériser la division Nord-Sud : « *The West and The Rest* » de l'auteur indien Mahbubani (K.), *Can Asians Think?* New York, 2. ed. 2002.

²² Institut interuniversitaire de Genève, « La coexistence des sphères de civilisations : de l'État-nation à l'État de civilisation », disponible sur <https://www.inuge.ch/#fran>

²³ La Chine, la Russie et l'Inde figurent parmi les États défendant ce concept d'État-Civilisation.

²⁴ V. Sur ce concept d'État-Civilisation C. Coker *The rise of Civilisational State*, Polity pub. 2019, V. égal. A. Roussinos « The Irresistible Rise of the Civilisation-State » (Unherd, 5 août 2020) disponible sur <https://unherd.com/2020/08/the-irresistible-rise-of-the-civilisation-state/>

véritables éléments culturels, religieux et civilisationnels qui ne peuvent être niés. L'existence de systèmes de droit traditionnels, de coutumes, d'implantation d'une religion dominante rentre souvent en conflit avec des valeurs occidentales et par voie de conséquence avec la reconnaissance de nouveaux droits. De nombreux États-Civilisation rejettent la séparation entre l'État et la religion, ce qui conduit inévitablement à rejeter culturellement et juridiquement des droits nouveaux²⁵, tels par exemple le mariage entre personnes du même sexe ou encore les droits des personnes homosexuelles. Le fossé semble ici irréductible, car l'idée même de discussion ou d'acceptation de tels droits est impossible et aboutit à un constat de radicalisation des oppositions. Ceci entre en conflit direct avec la démocratie constitutionnelle libérale et bien que la défense de l'État-Civilisation soit mue par différentes idéologies sous-jacentes, elle reste une forme d'opposition et de contestations par les valeurs au modèle de la démocratie constitutionnelle libérale. Certes, les États se rattachant à cette conception de l'État-civilisation le font essentiellement pour marquer leur différence dans l'ordre juridique international et rejeter l'idée d'un monde unipolaire mais les arguments qu'ils développent existent et ne peuvent être considérés comme négligeables.

B. Une redéfinition des droits dans les contextes régionaux

(Une perspective africaine de la protection des droits et libertés fondamentaux) – Les États d'Afrique australe ont promu dans leurs constitutions des chartes des droits et libertés correspondant à celles que l'on retrouve dans les démocraties libérales et innovant parfois en y intégrant des droits que certaines constitutions anciennes n'intègrent que par l'interprétation issue de la jurisprudence des cours constitutionnelles. Toutefois, l'existence de ces chartes présente deux caractéristiques : d'une part, tout en étant assez précises sur les conditions de mise en œuvre, elles laissent une marge d'appréciation aux autorités publiques assez larges pour permettre une mise en œuvre adaptée et proportionnée à la situation rencontrée ; d'autre part, elles reconnaissent également les systèmes traditionnels comme des éléments de modulation de ces droits et libertés susceptibles de réduire ou en tout cas d'amenuiser la protection des droits individuels. La reconnaissance des droits collectifs et non des seuls droits individuels modifie substantiellement la perception des droits et leur façon d'être protégés. Lorsque les droits collectifs se heurtent aux droits individuels, ces derniers doivent céder le pas en raison de la supériorité de l'intérêt collectif sur les intérêts individuels. Ce n'est pas tant une question de hiérarchie qu'une question de protection de la collectivité dont l'individu fait partie sur des intérêts privés et individuels. En aucun cas, les droits ne peuvent être considérés comme purement équivalents les uns aux autres. Les systèmes de droit coutumier eux-mêmes ont été construits sur cette idée de protection de la collectivité, du groupe sur l'individu. Cette logique est peut-être prémonitoire dans la mesure où elle pense le collectif immédiat et futur avant de protéger les droits individuels. Le débat ne repose pas tant sur la multiplication des droits que sur leur agencement entre eux et leur priorisation. Les sociétés traditionnelles africaines ont toujours été contraintes de penser à leur survie et leurs priorités ont reposé autant sur le présent que sur le futur, notamment en termes de préservation des ressources. Cette problématique est peut-être en train de devenir celle des sociétés occidentales dans la mesure où le débat sur la préservation des ressources et les changements climatiques reflète ce dilemme. La multiplication de la reconnaissance de droits fondamentaux n'est guère synonyme d'augmentation de la protection de ces droits. Il existe même de fortes probabilités pour que nombre de droits se réduisent en raison de leur conflictualité avec ces nouvelles exigences qui sont à la fois des droits de la collectivité et des devoirs en termes de comportements individuels. La logique de protection-réduction des droits (fondamentaux) connue dans nombre de sociétés traditionnelles risque de faire irruption dans les démocraties constitutionnelles libérales.

²⁵ V. en ce sens C. Marsh "Eastern Orthodoxy and the Fusion of National & Spiritual Security" in C. Seiple, D.R. Hoover & P. Otis (eds) *The Routledge Handbook of Religion and Security*, p.22 (Routledge 2013).

(Le poids des religions, croyances et idéologies dans la protection des droits) – L’association systématique entre constitutionnalisme libéral et protection des droits fondamentaux ne doit pas non plus sous-estimer l’influence que les religions, les croyances et idéologies exercent dans la protection des droits. Nombre d’États incluent dans leur logique constitutionnelle de fonctionnement le respect de valeurs religieuses ou coutumières qui doivent soit se combiner avec la protection des droits, soit s’imposent comme valeur supérieure à la protection constitutionnelle des droits. Cet aspect ne doit pas être sous-estimé, car il conditionne souvent le regard porté sur le déficit de protection des droits fondamentaux alors même qu’il s’inscrit dans une perspective culturelle et religieuse incontournable pour la mise en œuvre de ces droits²⁶. L’ignorer conduit à de nombreuses erreurs d’interprétation.

4. Les devoirs

(Des devoirs intégrés dans la conception du constitutionnalisme ?) – Si l’existence des devoirs n’est généralement pas niée dans les États occidentaux mais se limite à des affirmations de principe, cette insuffisance ou carence n’est pas nécessairement absente des constitutions dans les États du Sud. On peut même y percevoir les traits d’une forme d’autoritarisme mais cela traduit également la promotion d’un attachement à l’État-Civilisation plus qu’à l’État-nation. Or, l’on a souligné préalablement comment les alternatives à la démocratie constitutionnelle libérale insistaient sur l’importance du respect des valeurs historiques et civilisationnelles qui sont assimilées à des devoirs pour tous : l’État et les individus doivent se soumettre à cette logique de protection culturelle dont ils sont les garants. Les devoirs représentent alors une partie intégrante de cette conception alternative du constitutionnalisme conçue comme le résultat d’une volonté subconsciente de la société, garante de la tradition et des valeurs qu’elle représente. Dès lors la question est moins de savoir si les devoirs sont moins développés que les droits ou s’ils entretiennent des liens avec les valeurs morales que de s’interroger sur leur capacité à s’imposer sur les droits.

(Des devoirs imposés à l’individu, aux groupes et à l’État) – Le débat engendré sur les devoirs dans les constitutions est souvent présenté en occident comme une obligation pesant sur l’individu imposée en contrepartie de ses droits. Cette image de vases communicants entre droits et devoirs reste quelque peu galvaudée dans la mesure où les constitutions imposent des devoirs non seulement aux individus mais également aux groupes ainsi qu’à l’État chargé de la mise en œuvre de la Constitution. Or, l’adhésion à l’idée de devoirs impose que chaque partie remplisse sa part des obligations ; la difficulté devient alors liée à l’effectivité de la satisfaction des devoirs imposés à l’État notamment en termes de prestations et de satisfaction à l’égard des services publics. Le défaut de l’État face à ses obligations n’engendre pas nécessairement une impression positive à l’égard des individus. La question repose donc non pas sur la seule création d’obligation mais sur celle de leur respect et de la confiance que l’État peut nourrir à leur égard. En Afrique australe, il ressort de cette logique que la perte de confiance dans les institutions de l’État dans un certain nombre de domaines, voire même dans celle des collectivités infraétatiques, conduit à une forme de défiance des individus rendant plus difficile l’adhésion à des devoirs alors même que les individus s’y monteront beaucoup plus sensibles s’il s’agit des devoirs envers leurs communautés. On retrouve ici le poids de la tradition et de la culture ainsi que cette idée d’appartenance à une communauté envers laquelle l’individu est redevable parce qu’elle sait le protéger. Cette conception des devoirs diffère de l’idée d’une obligation constitutionnelle assez générale et imprécise.

²⁶ Certains auteurs soulignent que les États occidentaux ne sont pas épargnés par ce débat et proposent certaines alternatives à la démocratie constitutionnelle libérale en se référant à un christianisme post-libéral : v. A. Pabst « *The Politics of Purpose: Christian Alternatives to Liberalism and Populism* » in M. Schlag & M. Guilio (eds.) *After Liberalism ? A Christian Confrontation on Politics and Economics*, p. 26, Springer, 2021

(Une redéfinition des rapports entre la Constitution, les gouvernants et les gouvernés ?) - Le débat sur les devoirs est emblématique d'un questionnement sur la capacité des constitutions à organiser les rapports sociaux dans une logique de construction sociétale. Chaque force souhaite que la constitution demeure une « règle du jeu » qui permette le fonctionnement de la société dans un contexte donné. S'il reste tout à fait admissible de penser à travers des cadres constitutionnels, l'erreur serait probablement de les considérer comme assimilables à une seule forme de constitutionnalisme.

5. En guise de perspective

La question posée initialement sur les frontières du constitutionnalisme impose une obligation de modestie. Les constats opérés par une perspective comparée qui s'écarte des territoires européens et occidentaux invitent à aller beaucoup plus loin dans cette réflexion et à prendre conscience du fossé qui ne cesse de se creuser entre un monde d'hier sur le point de s'évaporer et un monde nouveau qui tente de nouvelles approches et explications. Aucune d'elles n'est vraiment satisfaisante mais l'erreur consisterait à rechercher l'unité dans une diversité qui ne cesse de croître. Vouloir rétablir un monde issu de l'ordre international post-deuxième guerre mondiale semble illusoire.

Pourtant, cette analyse menée depuis la perspective du continent africain et d'États du Sud démontre que les alternatives ne sont pas illimitées. Le constitutionnalisme néo-libéral est largement critiqué mais demeure un point de référence à l'égard duquel il est possible de développer des variantes qui réduiraient les critiques qui lui sont faites. Rien ne dit par ailleurs que ce constitutionnalisme libéral soit voué à la disparition puisqu'il demeure une forme de revendication dans nombre d'États en transition. La question reste celle de son adaptation au contexte dans lequel il s'insère.

Il n'en reste pas moins qu'en dépit des crises et des défis internes lancés à l'idée même de démocratie constitutionnelle libérale, il existe une contestation assez forte du modèle lui-même reposant sur l'idée qu'une constitution n'est pas destinée à protéger une nation mais une civilisation. Cette idée, dont les fondements éminemment politiques ne doivent pas être sous-estimés, s'impose cependant de façon croissante comme une alternative favorisant un ordre international multipolaire, post-décolonial dont le but dépasse les ressorts du constitutionnalisme. Cette alternative est tout aussi critiquable mais démontre qu'il y a d'autres manières de penser et que les méconnaître revient à s'enfermer dans un monde qui risque de devenir de plus en plus irréel.

L'enjeu des frontières du constitutionnalisme est peut-être aujourd'hui en dehors de la constitution et ne pas le voir ou le comprendre représente un risque qu'il est peut-être préférable de ne pas prendre.