

Rapport provisoire

Deux illustrations du déplacement des frontières contemporaines du constitutionnalisme : le « constitutionnalisme abusif » et le « constitutionnalisme total »
Rapport français à la XL^e Table internationale de justice constitutionnelle sur *Les nouvelles frontières du constitutionnalisme*

Ariane Vidal-Naquet & Xavier Magnon

Comme le souligne le rapport introductif établi par Massimo Luciani, « On ne découvre les “frontières” que si l’on connaît son point de départ et la position dans laquelle on se trouve ». Pour prolonger la formule, l’on pourrait soutenir que découvrir les frontières invite à délimiter ce qui se trouve dedans et ce qui se trouve dehors. Sans doute peut-on dire que le dedans est le monde connu, le point de départ, et le dehors, le monde plus incertain voire dangereux – *Hic sunt dracones* pour reprendre la formule de cartographie médiévale.

Le « constitutionnalisme abusif » et le « constitutionnalisme total » seront les deux déclinaisons contemporaines du « constitutionnalisme » sur lesquels se concentreront les propos du rapport français. L’on peut y voir une seule et même extrémité du constitutionnalisme et, plus particulièrement la frontière extrême de celui-ci. Le constitutionnalisme *total*, qui entendrait pousser à l’extrême toute la logique du constitutionnalisme, révélerait un constitutionnalisme *abusif*, à savoir un excès de constitutionnalisme. Ce sont pourtant deux frontières distinctes du constitutionnalisme contemporain que ces deux formes dessinent. Là où le constitutionnalisme *abusif* entend mettre en évidence le recours aux valeurs du constitutionnalisme pour en détourner la substance, le constitutionnalisme *total* défend une extension générale des exigences qu’il porte pour étendre la limitation du pouvoir à tous ceux qui sont susceptibles d’en abuser, pouvoirs publics et personnes privées, pour protéger l’ensemble du vivant et plus seulement l’homme et mobiliser tous les instruments, nationaux et internationaux, de limitation et de contrôle du pouvoir législatif. Le constitutionnalisme abusif révèle un détournement du constitutionnalisme quand le constitutionnalisme total défend une extension de son domaine d’intervention. Dans les deux cas, ces deux concepts entendent décrire une idéologie prescrivant une certaine manière d’organiser le droit, dans sa structure comme dans son contenu.

Un minimum de précisions préalables s’impose encore pour situer de manière préliminaire ces deux constitutionnalismes. Le « constitutionnalisme abusif » témoigne de la situation dans laquelle les valeurs défendues par le constitutionnalisme et, plus particulièrement, la défense du respect de la Constitution par le pouvoir politique, sont invoquées de manière détournée au point de dénaturer ses valeurs. Au nom du constitutionnalisme, il s’agit d’en pervertir la logique : invoquer le respect du droit pour faire triompher le politique. Le « constitutionnalisme total », et il faut souligner ici le lien de cette dénomination avec le concept développé dans un autre domaine par Johan Cruijff, désigne la situation dans laquelle les valeurs du constitutionnalisme sont poussées à l’extrême, la limitation du pouvoir par le droit intégrant non seulement le politique, mais aussi les puissances privées. Le constitutionnalisme *abusif* entend dénoncer le détournement du constitutionnalisme, l’usage détourné du droit au profit du pouvoir politique ; celui, *total*, défendre la limitation par la Constitution du pouvoir, dans toutes ses manifestations et redéployer ainsi les perspectives classiques du constitutionnalisme.

La notion de constitutionnalisme abusif a été popularisée par David Landau qui y a consacré, avec d’autres, plusieurs de ses travaux. Dans son article inaugural, cette expression désigne l’utilisation de la Constitution, plus exactement des mécanismes de révision constitutionnelle, afin de saper la

Rapport provisoire

démocratie¹. Autrement dit, le constitutionnalisme abusif consiste en l'utilisation de procédés de révision constitutionnelle réguliers dans la procédure suivie, mais irréguliers – plus exactement illégitimes – dans leur contenu parce qu'ils ont pour effet d'affaiblir la démocratie. Le constitutionnalisme est donc « abusé » parce qu'il est détourné de sa finalité ou, ce qui n'est pas tout à fait la même chose, des valeurs sur lesquelles il est censé reposer.

Cette notion de « constitutionnalisme abusif » s'inscrit dans une réflexion plus large portant sur les « emprunts constitutionnels abusifs », entendus comme l'appropriation de conceptions, de concepts et de doctrines constitutionnelles démocratiques libérales pour faire avancer des projets autoritaires². Ici, il s'agit d'apprécier comment les caractéristiques structurantes du constitutionnalisme démocratique et libéral – les droits constitutionnels, le contrôle juridictionnel, la théorie du pouvoir constituant – peuvent être instrumentalisés et se transformer en instruments destinés à démolir, précisément, l'ordre démocratique et libéral.

L'expression de « constitutionnalisme total » n'est pas originale. Il est possible d'en identifier des usages dans la doctrine. Toutefois, le sens que nous en retiendrons s'éloigne de cet usage, même s'il est possible de considérer qu'il le rejoint dans une certaine mesure. L'appréhension du « constitutionnalisme total » qui sera retenue oblige également à le dissocier d'autres formulations du constitutionnalisme qui pourraient en être rapprochées, qu'il s'agisse du « constitutionnalisme global » ou des différentes formes du constitutionnalisme qui renvoient à la protection de l'environnement dans un sens large.

Le terme de « Constitution totale » a pu être défendu à partir du concept de « l'État total » proposé par C. Schmitt³. L'État total désigne « un État dans lequel les frontières traditionnelles entre la sphère dans laquelle la société de droit privé se gouverne elle-même et la sphère d'intervention de l'État, ou le domaine public, ont été compromises »⁴. Adaptant cette perspective, M. Kumm identifie un « constitutionnalisme total » à partir de trois caractéristiques distinctes : l'obligation d'intervention des autorités publiques pour protéger les droits fondamentaux des atteintes des tiers, ces droits sont ainsi protégés des atteintes des personnes privées (effet horizontal indirect), la

¹ D. Landau, « *Abusive Constitutionalism* », *University of California Davis Law Review*, 2013, p. 189-260, not. p. 191 : « Abusive constitutionalism involves the use of the mechanisms of constitutional change — constitutional amendment and constitutional replacement — to undermine democracy ». Dans leur ouvrage, R. Dixon and D. Landau retiennent une définition plus large du constitutionnalisme abusif, les abus constitutionnels incluant amendement et remplacement formels de la Constitution, changement infraconstitutionnel par l'adoption de nouvelles lois et méthodes informelles de changement telles que la réinterprétation judiciaire (p. 25-31) ; pour une vision plus large du constitutionnalisme abusif, intégrant non seulement la révision constitutionnelle, mais aussi les changements législatifs subconstitutionnels, les interprétations juridictionnelles et les pratiques politiques, voir J. Petrov, « How to detect abusive constitutional practices », *European Constitutional Law Review*, 2024, p. 1-31, not. p. 6 – voir également et dans une perspective un peu différente S. Levinson, « Assessing “Abusive Constitutionalism” in a Complex Political Universe », *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol 7, 2021, p. 14-21.

² Voir R. Dixon and D. Landau, *Abusive Constitutional Borrowing : Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, Oxford Press University, 2021 ; R. Hirschl, « Abusive Constitutional Borrowing as a Form of Politics by Other Means », *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol 7, 2021, p. 6-13 ; R. Dixon and D. Landau, « Abusive Constitutional Borrowing: A Reply to Commentators », *op. cit.*, p. 49-80. L'ouvrage présente notamment une typologie de quatre sous-types d'emprunt abusif : l'emprunt factice, qui prend la forme d'une norme sans sa substance ; l'emprunt sélectif, où les emprunteurs n'utilisent qu'une partie d'une norme ou d'un ensemble de normes ; l'emprunt acontextuel, où une norme est intentionnellement transplantée dans un contexte avec des conditions de fond différentes ; et l'emprunt anti-intentionnel, où une norme antidémocratique est réorientée pour atteindre l'opposé de son objectif prévu.

³ C. Schmitt, « *Die Wendung zum Totalen Staat* », in *Positionen und begriffe im Kampf mit Weimar*, Genf, Versailles 1923-1939, at 166-78 (3^d ed. 1994), cite en ce sens par M. Kumm, « Who is afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law », *German Law Journal*, Vol. 07, n° 4, p. 341.

⁴ M. Kumm, « Who is afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law », *précit.*, p. 344.

Rapport provisoire

Constitution fournit les normes générales pour la résolution de tous les conflits juridiques et politiques et confie à une cour constitutionnelle la compétence de se prononcer sur la régularité constitutionnelle et il existe des clauses d'éternité dans la Constitution mettant à l'abri de toute révision constitutionnelle les valeurs essentielles de la société⁵. Dans la pratique constitutionnelle, le constitutionnalisme total « ne remet pas en cause la distinction entre sphère privée et sphère publique, mais introduit simplement les cours constitutionnelles en tant qu'acteurs ayant un rôle subsidiaire à jouer pour déterminer où les lignes respectives entre le public et le privé doivent être tracées »⁶.

L'expression de constitutionnalisme total a pu encore être utilisée pour désigner le constitutionnalisme juridique, et donc comme synonyme de celui-ci, en intégrant la sanction juridictionnelle du respect de la Constitution. Sous cet angle, la suprématie judiciaire est un critère permettant d'identifier un spectre large de constitutionnalisme « qui va des systèmes de suprématie parlementaire ou législative (constitutionnalisme politique) aux systèmes fondés sur la suprématie constitutionnelle ou judiciaire (constitutionnalisme juridique ou total) »⁷. Ce constitutionnalisme total devient alors la doctrine défendant la Constitution totale telle qu'appréhendée par M. Kumm⁸.

Le constitutionnalisme total a enfin pu être décrit comme la « promesse utopique d'un ordre mondial global »⁹. Le constitutionnalisme total est alors un constitutionnalisme envisagé au sein de l'ordre juridique international dans son ensemble. Il se rapproche ici du « constitutionnalisme global » que l'on dissociera du constitutionnalisme total qui sera défendu ici. L'on peut définir, avec A. Peters, le constitutionnalisme global comme « un projet académique et politique qui identifie et défend l'application des principes constitutionnels dans la sphère juridique internationale afin d'améliorer l'efficacité et l'équité de l'ordre juridique international »¹⁰. Le constitutionnalisme global entend ainsi transférer au niveau international les principes du constitutionnalisme, en créant, par exemple, une cour constitutionnelle internationale¹¹.

Le constitutionnalisme total doit encore être rapproché d'autres types de constitutionnalismes intégrant une dimension environnementale qui, sous des dénominations différentes, renvoient en partie aux valeurs qu'il entend défendre, qu'il s'agisse du « constitutionnalisme du vivant »¹², du

⁵ *Loc. cit.*, p. 344-345.

⁶ *Loc. cit.*, p. 368.

⁷ M. Mate, « Judicial supremacy in Comparative Constitutional Law », *Tulane Law Review*, Vol. 92, n° 2, 2017, p. 398

⁸ Voir, reprenant en ce sens la conception de la Constitution totale de M. Kumm : M.-S. Kuo, « (Em)Powering the Constitution: Constitutionalism in a New Key », *Global Jurist*, Vol. 9, n° 2, 2009, p. 4.

Voir également : S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2013, 275 p., special. p. 12-14.

⁹ A. L. Paulus, J. R. Leiss, « Constitutionalism and the Mechanics of Global Law Transfers », *Goettingen Journal of International Law* 9, n° 1, 2018, p. 40.

¹⁰ A. Peters, « The Merits of Global Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Summer 2009, Vol. 16, n° 2, p. 397.

¹¹ Voir en particulier les actes du colloque *Une cour constitutionnelle internationale au service du droit démocratique et du droit constitutionnel*, sous la direction d'A. Ghacem et H. Pallard, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, 312 p.

¹² « Vers un constitutionnalisme anthropocentré : le constitutionnalisme du vivant ? », *Recueil Dalloz*, 9 juin 2022, n° 21, p. 1033.

Rapport provisoire

« constitutionnalisme vert »¹³, du « constitutionnalisme écologique »¹⁴, du « constitutionnalisme écocentrique »¹⁵, du « constitutionnalisme environnemental »¹⁶ ou encore du « républicanisme vert »¹⁷ ou « éco-républicanisme »¹⁸.

Le premier est anthropodécentré en ce qu'il défend une protection large du vivant dans son ensemble et entend faire peser des contraintes particulières aux personnes privées pour garantir cette protection¹⁹.

Le « constitutionnalisme vert » entend promouvoir « une nouvelle organisation constitutionnelle qui peut contribuer à la protection des besoins vitaux des générations futures »²⁰. Il est lié à une nouvelle manière de protéger les droits et libertés de manière prospective à travers le bénéfice de ces droits et libertés au profit de générations futures.

La « Constitution écologique », reflet d'un constitutionnalisme écologique, « est surplombée par la loi du “concernement maximal” qui reflète bien les ambitions démesurées d'un nouveau pacte social. Tout le monde est à la fois bénéficiaire et débiteur, et les devoirs et obligations qui sont au centre de ces constitutions remodelées, à vocation extensive, vont jusqu'à brouiller ou estomper les distinctions classiques entre gouvernés et gouvernants, entre la société civile et l'État »²¹.

Le « constitutionnalisme écocentrique » a pu être construit autour d'un arrêt du 5 avril 2018 de la Cour suprême de Colombie dans lequel celle-ci défend la protection des générations futures, reconnaît un ordre public écologique mondial et national et prône la défense de « droits bioculturels » permettant de « passer d'une logique libérale-égocentrique-lucrative (l'individu) à une logique valorisant la notion de communauté (et des biens communs à préserver) »²².

L'expression de « constitutionnalisme environnemental » est le plus souvent mobilisée « pour décrire l'inclusion des droits environnementaux dans les constitutions nationales [...] ou l'engagement judiciaire à l'égard de ces droits »²³. Il présente à la fois une dimension descriptive, il vise ainsi à décrire « simplement l'interaction entre le droit constitutionnel, la théorie et la conception, et les questions environnementales », et prescriptive, « l'expression implique une

¹³ V. Bernaud, F. Caldéron-Valencia, « Un exemple de constitutionnalisme vert : la Colombie », *RFDC*, 2020/2, n° 122, p. 321-343.

P. Bacic, M. Basic, V. Zlatic, « Constitutionalism and Environmental Protection - On Green Constitutionalism as an Offshoot of Post Modern Societal Constitutionalism, *Zb. Radova*, vol. 53, n° 4, 2016, p. 947-972 ; K. S. Ekeli, « Green constitutionalism: the constitutional protection of future generations », *Ratio Juris*, Vol. 20, n° 3, 2007, p. 378-401.

¹⁴ L. Fonbaustier, « L'environnement chuchote à l'oreille des systèmes juridiques. Considérations provisoires sur les enjeux, les conditions et les limites d'une « Constitution écologique », *RFDC*, 2020/2, n° 122, p. 369-389.

¹⁵ F. Lafaille, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour suprême de Colombie », *RJE*, 2018/3, vol. 43, p. 549-563.

¹⁶ S. Bookman, « Demystifying environmental constitutionalism », *Environmental Law*, 2024, vol. 54, n° 1, p. 1-77. Voir en particulier les références de la note 11 sur le « constitutionnalisme environnemental ».

¹⁷ J. Barry, « Towards a Green Republicanism: Constitutionalism, Political Economy, and the Green State », *The Good Society*, Vol. 17, n° 2, 2008, p. 4-11 ; J. Pinto, « Green Republicanism and the Shift to Post-Productivism : A Defence of an Unconditional Basic Income », *Res Publica*, vol. 26, n° 2, 2020, p. 257-274

¹⁸ S. Audier, *La Cité écologique. Pour un écorépublicanisme*, La découverte, Sciences humaines, 2020, 752 p.

¹⁹ « Vers un constitutionnalisme anthropodécentré : le constitutionnalisme du vivant ? », *précit.*, p. 1033.

²⁰ K. S. Ekeli, « Green constitutionalism : the constitutional protection of future generations », *précit.*, p. 379.

²¹ L. Fonbaustier, « L'environnement chuchote à l'oreille des systèmes juridiques. Considérations provisoires sur les enjeux, les conditions et les limites d'une « Constitution écologique », *précit.*, p. 375.

²² F. Lafaille, « Le juge, l'humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme écocentrique de la Cour suprême de Colombie », *précit.*, p. 551.

²³ S. Bookman, « Demystifying environmental constitutionalism », *précit.*, p. 17.

affirmation normative selon laquelle au moins certaines questions environnementales nécessitent une réglementation spéciale, séparée de la politique ordinaire »²⁴.

La dernière expression, celle de « républicanisme vert », désigne une certaine organisation socio-économique « qui combine des régimes de propriété, des modes de production et d'échanges différents » et défend la « transformation sociale-écologique » de la « démocratie représentative et de l'État »²⁵. Il peut être « décrit comme un sous-ensemble de la théorie politique républicaine qui vise à promouvoir l'épanouissement humain en garantissant une république non dominatrice et écologiquement durable. Un aspect essentiel du républicanisme vert est la promotion du post-productivisme tout en préservant ou en élargissant la liberté républicaine en tant que non-domination »²⁶. Il intègre ainsi une dimension substantielle et sociale quant au contenu que le droit doit avoir.

Le sens que nous retiendrons du constitutionnalisme total s'inscrit dans certaines des orientations décrites, tout en recevant une signification spécifique. Il désigne alors la volonté d'une limitation générale du pouvoir, quelles qu'en soient ses expressions, publique ou privées, quels que soient les niveaux normatifs susceptibles d'être mobilisés pour le faire, national et supranational, en vue de protéger le vivant dans son ensemble et plus seulement, en son sein, l'homme. Le constitutionnalisme total est anthropocentré et anétatique.

§ I – Dénoncer la manipulation du constitutionnalisme : le constitutionnalisme abusif

Le rapport introductif débute par une brève histoire du constitutionnalisme, faisant état de plusieurs générations du constitutionnalisme qui vont du « proto constitutionnalisme » et « pré-constitutionnalisme », qui apparaissent comme des terrains – si ce n'est pas comme des conditions – d'émergence du constitutionnalisme, jusqu'à un « constitutionnalisme reconstructif », que Massimo Luciani appelle de ses vœux et qui sonne comme un retour au « vrai » constitutionnalisme. Cette généalogie du constitutionnalisme est intéressante à plusieurs titres²⁷. Elle souligne, d'abord, que le concept même de constitutionnalisme est étroitement lié à un certain contexte économique, politique, culturel et social. En ce sens, l'on peut soutenir que le « vrai » constitutionnalisme identifié par Massimo Luciani comme étant la 3^e génération du

²⁴ *Loc. cit.*, p. 18.

²⁵ S. Audier, *La Cité écologique. Pour un écorépublicanisme*, *op. cit.*, p. 555.

²⁶ J. Pinto, « Green Republicanism and the Shift to Post-Productivism : A Defence of an Unconditional Basic Income », *précit.*, P. 257.

²⁷ Soulignant également l'existence de plusieurs générations du constitutionnalisme, voir O. Beaud, « Constitutionnalisme », in *Dictionnaire des droits de l'homme*, sous la direction de J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Margénaud, S. Rials et F. Sudre, PUF, Quadrige Dicos Poche, 2008, p. 193 qui distingue le constitutionnalisme ancien, visant la « limitation du pouvoir de la Cité », le constitutionnalisme médiéval, qui est celle « du pouvoir de la royauté par un droit coutumier et « dans son acception plus restreinte (*stricto sensu*), le constitutionnalisme désigne certes l'idée de limitation du pouvoir politique, mais ce pouvoir politique est uniquement l'État moderne » – Voir également, dans le même sens : Ph. Raynaud, « Constitutionnalisme », *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. Alland et S. Rials, PUF-Lamy, Quadrige Dicos Poche, 2003, p. 266 ; M. Barberis, « Idéologies de la Constitution. Histoire du constitutionnalisme », in M. Troper (s.d.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, 2012, t. 1, p. 113 et s. le « constitutionnalisme ancien » qui, paradoxalement, ne repose pas sur une Constitution, mais sur le gouvernement des lois ; le constitutionnalisme « moderne » qui envisage la Constitution comme une machine et valorise la mécanique constitutionnelle ; le constitutionnalisme « contemporain » qui appréhende la Constitution comme norme, dont le non-respect peut être sanctionné notamment par un juge constitutionnel ; le constitutionnalisme d'aujourd'hui, qui considère la Constitution comme une valeur et relève du « néo constitutionnalisme »

constitutionnalisme, celui qui débute à la fin du XVIII^e siècle avec les révolutions françaises et américaine pour s'étendre ensuite – n'est qu'un phénomène conjoncturel qui n'a rien d'inéluctable ; c'est un phénomène susceptible d'être daté historiquement ; il a donc un début et – potentiellement – une fin, ce qui marque la fragilité, la vulnérabilité même du constitutionnalisme²⁸.

Elle invite également à s'interroger sur la linéarité de la chronologie et, plus précisément, sur la question de savoir si les différentes générations sont autant d'étapes qui doivent être respectées et franchies afin d'atteindre le « vrai » constitutionnalisme²⁹. Autrement dit, par exemple, la reconnaissance de la « condition naturelle commune des êtres humains », qui s'inscrit dans la première phase du constitutionnalisme selon le rapport introductif, est-elle ou non un préalable indispensable à l'avènement des phases ultérieures ?

Elle suggère, encore, qu'il existe un « bon » ou un « vrai » constitutionnalisme, celui relevant de la 3^e génération, qui a été perverti ou, à tout le moins malmené par les générations suivantes. Le rapport est, à cet égard, très critique vis-à-vis de la génération n° 4, celle du néo-constitutionnalisme, « hégémonique », « tentative de revanche aristocratique », qui apparaît, selon le rapport, comme une catégorie assez hétérogène, qui aurait dévoyé le « vrai » constitutionnalisme. Le rapport est plutôt sceptique vis-à-vis du « constitutionnalisme global » bien que celui-ci ne soit pas identifié comme une génération en tant que telle. Il envisage, néanmoins, la possibilité, à venir, d'un « *constitutionnalisme reconstructif* » et prône, dans cette optique, un retour aux « *vénérables catégories du constitutionnalisme classique* ». Ce projet de « restauration » du « vrai » constitutionnalisme supposerait par exemple, pour reprendre certaines des pistes suggérées dans le rapport introductif, une meilleure représentation politique, un encadrement du pouvoir des juges constitutionnels ou encore la réhabilitation des devoirs constitutionnels.

Ces réflexions méritent d'être replacées dans une réflexion plus générale sur la possibilité d'une perversion du constitutionnalisme voire d'une disparition du « vrai » voire du « bon » constitutionnalisme. Mais encore faut-il savoir ce que l'on entend par « constitutionnalisme » pour déterminer comment ce dernier peut être perverti et, éventuellement, comment il peut être restauré. Plus encore, la thématique retenue pour cette XLe Table ronde, portant sur *Les frontières du constitutionnalisme*, impose d'affiner l'intension du concept de constitutionnalisme pour permettre d'en préciser l'extension, c'est-à-dire l'ensemble des objets – ici des régimes politiques – qu'il permet de désigner et qu'il regroupe donc. Quel concept de constitutionnalisme pour paraphraser un auteur célèbre ? Autrement dit, et tel sera l'objet des quelques développements suivants, penser la perversion du constitutionnalisme invite, à rebours, à éprouver le concept même de « constitutionnalisme » dont le contenu – et donc les frontières – méritent d'être précisés.

A- Penser la perversion du constitutionnalisme

Plusieurs travaux, relativement récents, envisagent les transformations du constitutionnalisme sous l'angle d'une altération progressive, évoquant la corruption des formes de gouvernement chez Aristote, Platon ou, plus tard, Montesquieu.

Tel est notamment le cas du constitutionnalisme abusif décrit par David Landau. Ce dernier ne serait qu'un faux constitutionnalisme, un constitutionnalisme de façade. Dans son fameux article « Abusive Constitutionalism », David Landau emprunte une démarche qui est d'abord casuistique, présentant plusieurs exemples de régimes pratiquant ou ayant pratiqué ce

²⁸ À rapprocher de la formule de A. Z. Huq, T. Ginsburg, M. Versteeg, « The coming demise of liberal constitutionalism ? », *University of Chicago Law Review*, n° 239, 2018, p. 239-255, not. p. 253 évoquant l'« invulnérabilité » constitutionnelle

²⁹ Sur cette question, voir notamment D. Grimm, « Constitutionalism. Past – Present – Future » *Nomos*, en ligne ; Constitutionalism. Past – Present – Futur, *Oxford University Press*, 2016 qui évoque des « pré-conditions » au constitutionnalisme moderne

« constitutionnalisme abusif », notamment la Colombie, la Hongrie ou le Venezuela. Elle est ensuite plus prospective, s'interrogeant sur les mécanismes susceptibles de limiter l'abus du constitutionnalisme, voire prescriptive notamment lorsqu'il envisage notamment la possibilité de réhabiliter les outils de la démocratie militante afin d'éviter ce constitutionnalisme abusif. Elle n'est, en revanche, que faiblement théorique, la dernière partie de l'article se contentant de poser la question des liens entre démocratie et constitutionnalisme, alors même que ce lien est le présupposé implicite sur lequel repose l'ensemble de la démonstration. Ces idées sont développées dans un ouvrage sur *Les emprunts constitutionnels abusifs*, paru en 2001, qui part du constant que le triomphe de la rhétorique de la démocratie libérale s'est accompagné, en réalité, d'une stagnation voire d'un recul des idées démocratiques et libérales. L'ouvrage, après avoir défini la notion et la portée de ces « emprunts constitutionnels abusifs » s'intéresse aux « abus de droits constitutionnels », montrant par exemple comment est-ce que le discours sur les quotas ou sur la mémoire ont pu être utilisé au service de fins antidémocratiques, aux abus du contrôle juridictionnel, notamment la manipulation des tribunaux par les régimes et l'activisme de ces derniers au service de fins antidémocratiques, ou encore aux abus du pouvoir constituant, par la voie de la révision ou de la modification constitutionnelle. L'ouvrage s'interroge, en dernier lieu, sur la façon de mettre un terme à ces procédés de constitutionnalisme abusif.

D'autres travaux s'inscrivent dans cette même logique de détournement ou de perversion constitutionnels. C'est, notamment le cas du « constitutionnalisme autoritaire »³⁰ développé par M. Tushnet. À partir de nombreuses illustrations, l'auteur propose de rendre compte d'une diversification des formes de constitutionnalisme. Se fondant sur une combinatoire à deux entrées, le respect des droits et libertés et le déroulement des élections, l'auteur propose une subtile classification permettant de distinguer entre constitutionnalisme libéral, constitutionnalisme absolutiste, constitutionnalisme du « simple État de droit » et constitutionnalisme autoritaire. Si l'auteur est moins sévère vis-à-vis de ces nouvelles formes de constitutionnalisme, qui sont présentées comme autant de variations du constitutionnalisme et illustrent un « pluralisme du constitutionnalisme », il suggère, néanmoins, la possibilité d'un détournement des valeurs sur lesquelles repose traditionnellement ce dernier. D'autres travaux ont également été consacrés au « constitutionnalisme non libéral »³¹, « semi libéral »³² ou « illibéral »³³ : présenté comme une « détérioration du constitutionnalisme libéral », ce dernier serait une transition vers l'autoritarisme, fondé sur une « identité constitutionnelle » illibérale. Méritant d'être rapprochés des notions de « démocraties illibérales »³⁴, de régimes ou de démocratie hybrides³⁵, ces travaux incitent à revenir sur les liens entre constitutionnalisme, démocratie et libéralisme et à affiner l'idée d'un détournement, d'une perversion même du constitutionnalisme.

Ce terme de perversion du constitutionnalisme paraît d'autant plus approprié qu'il suggère l'idée d'un retournement, d'une inversion : la perversion – la subversion même selon le terme utilisé par certains auteurs – n'est pas seulement la dégradation, elle est une manipulation. Car ces nouvelles

³⁰ Sur cette notion, voir notamment M. Tushnet, « Authoritarian Constitutionalism », *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015, p. 391-461.

³¹ Voir par exemple Michael W. Dowdle, Michael A. Wilkinson, (s.d.), *Constitutionalism Beyond Liberalism*. Cambridge University Press, 2017 – G. Walker, « The idea of nonliberal constitutionalism, Ethnicity and Group Rights », vol. 39, 1997, p. 154-184.

³² G. Stopler, Gila, « Semi-Liberal Constitutionalism », *Global Constitutionalism*, Volume 8, 2019, p. 1-25.

³³ T. Drinóczi et A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary: The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law*, Routledge 2021.

³⁴ F. Zakaria, « De la démocratie illibérale », *Le Débat*, n° 99, 1998, trad. P.– E. Dauzat, p. 17 ; F. Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York–London 2007 ; V. Barbé, B.L. Combrade, C.-E. Senac, *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruylant, 2023.

³⁵ L. Diamond, « Thinking about Hybrid Regimes », *Journal of Democracy*, n°13, 2002, p. 21–35.

Rapport provisoire

formes de constitutionnalisme marquent à la fois le succès du constitutionnalisme et sa vulnérabilité.

Son succès puisque la Constitution, le contrôle de constitutionnalité, le respect des droits et libertés semblent s'être imposés dans tous les pays. Des études empiriques célèbres ont permis de recenser la croissance continue du nombre de pays s'étant dotés d'une Constitution et d'un juge constitutionnel chargé de veiller à son respect³⁶ ainsi que de catalogues étoffés de droits et libertés. S'inscrivant dans la logique de la fin de l'histoire décrite par Fukuyama³⁷, une partie de la doctrine a pu se féliciter de cette expansion mondiale du constitutionnalisme. Le succès du constitutionnalisme est tel que le respect des formes constitutionnelles s'impose désormais dans la plupart des pays, qu'il s'agisse de la prise du pouvoir ou de l'exercice du pouvoir. La prise du pouvoir respecte désormais les formes constitutionnelles : les coups d'État sont remplacés par des « coups d'État constitutionnels »³⁸ ; les révolutions juridiques sont de moins en moins nombreuses. L'exercice du pouvoir tend, de plus en plus également, à respecter les formes constitutionnelles, permettant à une partie de la doctrine de distinguer, par exemple, le constitutionnalisme autoritaire ou abusif du « pur autoritarisme » qui se moque du respect des formes légales³⁹.

Pourtant, et c'est là la perversion, le respect des apparences constitutionnelles est utilisé, précisément, pour affaiblir les principes démocratiques et libéraux. Les emprunts faits au constitutionnalisme, et notamment les marqueurs principaux du constitutionnalisme, par exemple les droits et libertés, le contrôle de constitutionnalité, la théorie du pouvoir constituant, se sont révélés autant d'instruments permettant, en réalité, de déconstruire le constitutionnalisme, plus exactement la démocratie et le libéralisme, révélant ainsi la « face obscure » du constitutionnalisme⁴⁰. Ce processus est d'autant plus pernicieux que le « constitutionnalisme abusif » présente deux caractéristiques qui rendent sa détection difficile⁴¹. Le « légalisme », entendu comme le respect des procédures constitutionnelles, qui permet d'amender la Constitution voire de remplacer la Constitution comme l'illustre, par exemple, la Hongrie pour la première hypothèse et le Venezuela pour la seconde avec le recours à une assemblée constituante et l'instauration d'un régime présidentiel en 1999. Le second, l'incrémentalisme, consiste en une série de modifications qui peuvent apparaître mineures, mais qui, enchaînées les unes aux autres, conduisent à une évolution profonde du régime. Comme le souligne D. Landau, le constitutionnalisme abusif est, en ce sens, bien plus pernicieux qu'une révolution juridique, qui vise à abolir purement et simplement l'ordre juridique existant, puisqu'il instrumentalise la Constitution, c'est-à-dire la forme constitutionnelle pour parvenir à ses fins, l'érosion démocratique. Les apparences sont sauvées, la Constitution est préservée, mais l'ordre démocratique a changé.

Ces réflexions invitent à revenir sur le concept même de constitutionnalisme. Si l'expression de « constitutionnalisme abusif » est censée décrire – ou mieux décrire – l'évolution de certains régimes constitutionnels, encore faut-il s'entendre sur ce que le concept de « constitutionnalisme » signifie, ce qui permettra de savoir en quoi il est ou peut être abusif.

³⁶ D. S. Law, M. Versteeg, « The evolution and ideology of global constitutionalism », *California Law Review*, n°99, 2011, p. 1163-1258.

³⁷ F. Fukuyama, « La fin de l'histoire ? », *Commentaire*, n° 47, 1989, trad. P. Alexandre, p. 458 ; *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Flammarion, 1992.

³⁸ Kim Lane Scheppele, « Constitutional Coups in EU Law », in M. Adams, A. Meuwese, E.H. Ballin (s.d.) *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge, 2017.

³⁹ En ce sens, voir par exemple M. Tushnet, « Authoritarian Constitutionalism », *préc.*, p. 452.

⁴⁰ Voir notamment R. Dixon and D. Landau, *Abusive Constitutional Borrowing : Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, *préc.*

⁴¹ J. Petrov, « How to detect abusive constitutional practices », *préc.*, p. 5.

B- Éprouver le concept de constitutionnalisme

À lire le rapport introductif⁴², le constitutionnalisme renvoie tantôt à un certain nombre de valeurs liées au libéralisme, à la démocratie ou encore à l'État de droit (les 3 éléments pouvant être combinés entre eux), conception que l'on pourrait qualifier d'axiologique ; tantôt à l'existence et à la défense d'une norme, la Constitution, vision que l'on pourrait appeler de normative ; tantôt à la présence d'un certain nombre de mécanismes, incluant notamment par exemple le principe de la séparation des pouvoirs ou de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué, qui constitueraient une vision plutôt mécanique du constitutionnalisme.

À lire plus largement un certain nombre de travaux sur la perversion du constitutionnalisme, il semble que l'on puisse distinguer entre deux conceptions du constitutionnalisme, une version faible et une version forte, pour reprendre une distinction célèbre, ou encore une vision formelle et une vision substantielle du constitutionnalisme, qui sont elles-mêmes susceptibles de nombreuses déclinaisons, suggérant une large palette – et autant de nuances – de constitutionnalismes.

Au sens faible, le constitutionnalisme renvoie à l'existence voire à la défense de la Constitution. Cette dernière est entendue comme un moyen d'organisation du pouvoir politique, indépendamment de son contenu, des mécanismes sur lesquels elle repose et des valeurs qu'elle entend protéger.

Dans cette conception du constitutionnalisme, la Constitution peut être entendue dans son sens à la fois politique et juridique, autrement dit entendue comme soit matérielle soit formelle, renvoyant à deux formes du constitutionnalisme : un constitutionnalisme politique et un constitutionnalisme juridique⁴³. Le constitutionnalisme politique se réclame de l'existence d'une Constitution matérielle, qui ne suppose pas de distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif ordinaire et qui est même fondamentalement marqué par un « scepticisme constitutionnel »⁴⁴. Ce constitutionnalisme politique peut s'accommoder de l'existence d'un juge constitutionnel, permettant à la doctrine de distinguer entre un constitutionnalisme politique « faible » dans lequel le législateur a le dernier mot face aux décisions juridictionnelles et un constitutionnalisme politique « fort » ou « dialogique », dans lequel le dernier mot n'est que le résultat d'équilibres entre le juge et le législateur⁴⁵. Reste que, dans les pays de constitutionnalisme politique dans lesquels existe un juge constitutionnel, par exemple au Royaume-Uni, l'on pourrait s'interroger sur la pertinence de cette qualification. S'il n'existe pas de normes constitutionnelles précisément identifiables, leurs contours variant en fonction de la doctrine et de la jurisprudence, s'il n'existe pas, non plus, de décisions juridictionnelles constitutionnelles identifiables⁴⁶, et si le juge n'est pas chargé de veiller à leur respect si besoin en neutralisant la norme qui leur serait contraire, doit-on parler de justice

⁴² Selon le rapport introductif, « Le constitutionnalisme étant entendu comme une doctrine qui défend l'existence et la protection de la Constitution, mais qui est indissociable de certaines valeurs, le libéralisme et la démocratie, et de certains instruments : la théorie du pouvoir constituant, la séparation des pouvoirs, la Constitution en tant qu'instrument juridique et politique permettant de formaliser les acquis ».

⁴³ Parmi une littérature abondante, voir M. Tushnet, « Varieties of Constitutionalism », *Harvard Public Law Working Paper*, n° 23-31, p. 1-29.

⁴⁴ Pour emprunter la formule de A. Cannilla, « Political constitutionalism in the age of populism », *Revus* [En ligne], n° 46, 2022, mis en ligne le 21 mars 2022, consulté le 17 juillet 2024

⁴⁵ X. Magnon ci-après.

⁴⁶ En ce sens, voir A. Duffy-Meunier, *La protection des droits et libertés au Royaume-Uni. Recherche sur le Human Rights Act 1998 et les mutations du droit constitutionnel britannique face aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Collection Fondation Varenne, Paris, 2007, 636 p., notamment le dernier chapitre, section 2 et conclusion ; « La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9 [https://juspoliticum.com/articles/La-Cour-supreme-au-Royaume-Uni-apres-le-Constitutional-Reform-Act-2005-une-juridiction-hors-norme]

Rapport provisoire

constitutionnelle⁴⁷ ? Cette question n'est pas anodine et interroge, en creux, l'idée même d'un 3^e modèle de justice constitutionnelle défendu notamment par S. Gardbaum⁴⁸.

Le constitutionnalisme juridique, de son côté, repose sur une Constitution formelle, qui suppose une distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif et peut s'accompagner, ou non, de l'existence d'un juge constitutionnel selon des modalités d'ailleurs variables, permettant de caractériser plusieurs modèles de justice constitutionnelle, selon qu'existe un contrôle de constitutionnalité concentré, qualifié le plus souvent de « modèle européen » de justice constitutionnelle, ou un contrôle de constitutionnalité diffus, modèle américain. Là encore, des subdivisions peuvent être faites entre un constitutionnalisme juridique « fort », qui repose sur l'existence d'un juge constitutionnel chargé de veiller au respect de la Constitution, y compris éventuellement à l'encontre des lois de révision constitutionnelle (qui serait donc un constitutionnalisme juridique « fort » « fort »), et un constitutionnalisme juridique « faible », sans juge constitutionnel.

Ainsi appréhendé au sens faible, le concept de constitutionnalisme peut sembler à une coquille quasi vide. Il peut s'accommoder de n'importe quel type de régime politique, y compris ceux qui ne respectent pas la séparation des pouvoirs, le pouvoir constituant, les droits et libertés, la démocratie, etc. Le constitutionnalisme, en ce sens, n'est rien d'autre que l'interdiction d'un exercice arbitraire du pouvoir ; il garantit seulement l'exercice d'un pouvoir conformément à certaines règles, indépendamment de leur contenu. Entendu en ce sens, le constitutionnalisme est moins un instrument de limitation que de *régulation du pouvoir* et, au-delà, de *légitimation du pouvoir politique* comme le souligne le rapport introductif. Il peut alors parfaitement permettre de désigner un système politique dont la Constitution, entendue au sens formel ou matériel, organise, par exemple, la concentration des compétences entre les mains de certains organes, notamment l'exécutif, comme l'illustre le « constitutionnalisme autoritaire » popularisé par M. Tushnet.

Dans ces conditions, il peut être difficile de détecter ce que serait un constitutionnalisme abusif à partir du moment où ce dernier, par définition, respecte la procédure de révision constitutionnelle et, plus largement, respecte les modalités de production des différentes normes du système juridique. Par définition, le constitutionnalisme abusif est « légal », plus largement régulier. Dans ces conditions, il est également difficile de savoir comment prévenir l'abus du constitutionnalisme. Les clauses d'éternité, par exemple, visent à mettre hors de portée du pouvoir de révision constitutionnelle certaines dispositions constitutionnelles : l'on pourrait envisager que soient ainsi protégés la forme démocratique du régime (suffrage universel, pluralisme politique, termes des mandats électoraux, recours à des élections libres et honnêtes, sphère de compétence du Parlement par exemple) ou encore le respect des droits et libertés. Mais il ne s'agit là que de barrières fragiles qui, pour être efficaces, doivent être suffisamment claires et précises dans les comportements qu'elles interdisent, permettent ou obligent et doivent être garanties par l'existence d'un juge constitutionnel. Surtout, ces clauses d'éternité n'empêchent pas une éventuelle révision totale de la Constitution prévue par l'ordre juridique en vigueur, voire un changement de Constitution, c'est-à-dire une révolution juridique. Autrement dit, le constitutionnalisme, ainsi entendu au sens faible, ne peut pas être abusif puisque, par définition, il respecte la Constitution.

Entendu au sens fort, le concept de constitutionnalisme est doté d'un contenu substantiel. C'est d'ailleurs en ce sens qu'il est entendu dans le rapport introductif. Il est appréhendé comme une

⁴⁷ Retenant, par exemple, une conception extrêmement large de la justice constitutionnelle, entendue comme les juges de la responsabilité constitutionnelle, voir O. Butavand, *La justice constitutionnelle au Royaume-Uni : contribution à une théorie générale de la justice constitutionnelle*, thèse dact., Nanterre, 2021.

⁴⁸ S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2013, 275 p.

doctrine de limitation du pouvoir politique⁴⁹ – voire comme une doctrine de limitation du pouvoir afin de garantir les droits et libertés⁵⁰ – et/ou comme un instrument d’accomplissement de la démocratie. Ainsi entendu, le constitutionnalisme repose sur des valeurs qui sont simplement mises en forme par la Constitution, celle-ci n’étant donc qu’un instrument au service d’un certain nombre de fins. Deux variantes semblent pouvoir être distinguées, qui sont souvent, même implicitement, associées alors même qu’elles ne sont pas nécessairement compatibles l’une avec l’autre.

Le constitutionnalisme démocratique met en avant, en tant que valeur, la forme démocratique du régime, qui peut être entendue comme la possibilité pour le peuple de se donner ses propres normes, sans nécessairement s’intéresser aux limites que ce pouvoir démocratique peut rencontrer. Une partie de la doctrine a même souligné que, d’un point de vue historique comme conceptuel, la démocratie s’oppose presque par nature à la limitation du pouvoir et donc au constitutionnalisme⁵¹, de sorte que l’expression même de démocratie libérale pourrait sonner comme un oxymore, tandis que celle de démocratie illibérale apparaît comme un pléonasm⁵². L’on pourrait ainsi soutenir que les régimes populistes revendiquent ce constitutionnalisme démocratique, que certains ont pu théoriser sous le nom de « nouveau constitutionnalisme » voire de « contre-constitutionnalisme », formule qui, en elle-même, est lourde de sens⁵³. Au sens de ce nouveau constitutionnalisme, la Constitution vise, avant tout, à garantir la distribution du pouvoir au « vrai peuple ». Dans cette optique, il s’agit de réhabiliter le pouvoir du Parlement en ce qu’il représente le « vrai peuple », d’affaiblir la norme constitutionnelle considérée comme un frein à la volonté du peuple actuel et de marginaliser le pouvoir juridictionnel, à la fois au nom de l’argument contre majoritaire et parce qu’on le suppose confié à une élite antidémocratique.

Le constitutionnalisme libéral vise, pour sa part, la limitation du pouvoir par l’instauration de checks and balances, qu’il s’agisse contre-pouvoirs juridictionnels, locaux voire populaires et/ou par le respect d’un certain nombre de droits et libertés qui peuvent être considérés tantôt comme le fondement de la limitation du pouvoir, tantôt comme sa conséquence ainsi que le souligne le rapport introductif de Massimo Luciani. Dans cette logique libérale, le rôle du juge constitutionnel est valorisé à la fois parce qu’il apparaît comme l’un des principaux contre-pouvoirs, mais aussi parce qu’il est l’artisan du respect des droits et libertés.

Même entendu au sens fort, il demeure toutefois difficile de détecter un noyau dur de ce constitutionnalisme, dont l’érosion progressive serait le signe du constitutionnalisme abusif. La doctrine est, de ce point de vue, hésitante, d’autant qu’elle souligne, dans sa grande majorité, la progressivité des réformes, leur « incrémentalisme » de sorte que le point de bascule n’est guère facile à identifier. Une partie d’entre elles souligne l’importance de l’esprit de la révision constitutionnelle, qui devrait permettre de détecter l’abus du constitutionnalisme, ce qui suppose de s’interroger sur l’esprit dans lequel les Constitutions sont révisées et sur les objectifs poursuivis

⁴⁹ En ce sens, voir M. Barberis, « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », in M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Théorie de la Constitution*, Tome I, Paris, Dalloz, coll. Traité Dalloz, 2012, p. 113.

⁵⁰ Le constitutionnalisme, dans sa version substantielle ou normative (ce qui ne semble pas être la même chose) renvoie à un « courant de la pensée politique qui, remontant à Locke et passant par Constant jusqu’à Rawls, envisage la Constitution comme une technique de pouvoir destinée à garantir la liberté de l’individu » ce qui, par extension, en fait une « technique consistant à établir et à maintenir des freins effectifs à l’action politique et étatique selon O. Beaud, « Constitution et constitutionnalisme », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Puf, coll. Quadrige, 3^e éd., 2003, p. 134.

⁵¹ M. Troper, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », in *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris, Puf, coll. Léviathan, 2015, 2^e éd., p. 206-207 – Pour un ouvrage récent sur la question, voir *Démocratie et constitutionnalisme. Retours critiques*, s.d. V. Champeil-Desplats, J.-M. Denquin, Mare Martin, 2019, 368 p.

⁵² Pour reprendre la formule de A. Manouguian, « La “démocratie illibérale” : un concept révélateur des tensions du constitutionnalisme », *Civitas Europa* 2021/2, n° 47, p. 71-85, not. p. 77.

⁵³ A. Czarnota, « Populist constitutionnalism or new constitutionnalism ? », vol. 11, 2019, *Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem* proposant un « contre constitutionnalisme » vu comme un nouveau constitutionnalisme destiné à corriger les excès du constitutionnalisme démocratique libéral.

Rapport provisoire

par les auteurs de la réforme. Si ce critère demeure très subjectif, sans doute peut-on soutenir que le constitutionnalisme est abusif dès lors que les outils constitutionnels sont utilisés aux fins du maintien au pouvoir de ses auteurs. Pour une autre partie de la doctrine, toutefois, le recours à l'esprit des révisions constitutionnelles est insuffisant et doit être complété, si ce n'est remplacé, par un certain nombre d'indices qui apparaissent comme autant de marqueurs du constitutionnalisme abusif. Dans son ouvrage, David Landau évoque certaines réformes qui, considérées en tant que telles, ne sont pas abusives, mais qui, combinées les unes aux autres, le deviennent. Ainsi définit-il les abus constitutionnels comme une « atteinte intentionnelle du noyau dur démocratique minimum, qu'il présente comme étant « une définition minimaliste et électorale »⁵⁴. De leur côté, T. Ginsburg et Z. Huq mettent en évidence 5 mécanismes du constitutionnalisme abusif, à savoir les réformes qui ont pour objet le pouvoir exécutif, législatif, judiciaire, la société civile et les médias⁵⁵. Pour d'autres, il existe un noyau dur démocratique minimum qui consiste dans des élections libres et honnêtes et un certain nombre d'institutions, procédures et droits nécessaires pour maintenir une démocratie concurrentielle⁵⁶. Pour d'autres auteurs, l'indice réside dans l'affaiblissement de la responsabilité politique dans l'ensemble du système constitutionnel⁵⁷.

Les marqueurs du passage à un constitutionnalisme illibéral sont tout autant nombreux et imprécis. Pour certains, il s'agit du « démantèlement des élections équitables, de l'indépendance des médias, de la diminution de la protection des droits de l'homme, de la disparition de l'indépendance du pouvoir judiciaire, etc. »⁵⁸. Pour d'autres, le contenu minimum du constitutionnalisme libéral comprend les droits d'association et d'expression, la compétition politique et le contrôle du processus démocratique⁵⁹. La diversité des « indices » susceptibles d'être retenus est bien le signe d'un malaise, d'une difficulté à identifier le constitutionnalisme abusif. La tâche est encore plus complexe en ce que la plupart des auteurs soulignent que le constitutionnalisme abusif n'est pas clair, mais est une question de degré. Autrement dit, l'abus du constitutionnalisme semble partout et nulle part.

Ce très – trop rapide – détour par le constitutionnalisme abusif pour alimenter la réflexion sur les frontières du constitutionnalisme appelle, finalement, à un retour au concept de constitutionnalisme.

D'un point de vue cognitif, ce détour par le constitutionnalisme abusif permet de mieux appréhender la pluralité des formes de constitutionnalisme, des « variétés » de constitutionnalismes pour reprendre la formule de M. Tushnet⁶⁰ : ces variétés de constitutionnalismes sont elles-mêmes susceptibles d'un certain nombre de classifications voire de sous-classifications plus ou moins sophistiquées, qui sont autant d'instruments permettant d'affiner la description du réel. Il permet également de « resituer » et de « recontextualiser »⁶¹ le constitutionnalisme libéral et de le positionner vis-à-vis du constitutionnalisme démocratique : le premier fait prévaloir la limitation du pouvoir sur le fondement démocratique de ce dernier, promu, à l'inverse, par le constitutionnalisme démocratique voire populiste. Il permet également de resituer et de recontextualiser le constitutionnalisme juridique, qui s'articule entièrement autour du respect et de

⁵⁴ D. Landau, R. Dixon « Abusive constitutional borrowing », p. 23-35.

⁵⁵ Aziz Z. Huq et Tom Ginsburg, « The Comparative Constitutional of Democratic Backsliding: A Report on the State of the Field », *Droit Public Comparé* [En ligne], 1 | 2023, mis en ligne le 15 décembre 2023, consulté le 13 août 2024. URL : <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=88>.

⁵⁶ En ce sens, voir J. Petrov, « How to detect abusive constitutional practices » *préc.* not. p. 14 et s.

⁵⁷ En ce sens M. Laebens et A. Lührmann, « What Halts Democratic Erosion? The Changing Role of Accountability », *Democratization*, 2021 p. 908-922.

⁵⁸ T. Drinóczi, « L'émergence d'un constitutionnalisme illibéral et d'une légalité illibérale en Europe : que se passe-t-il et que peut faire l'UE ? », *RED*, 2021, p. 164-169, not. p. 165.

⁵⁹ A. Z. Huq, T. Ginsburg, M. Versteeg, « The coming demise of liberal constitutionalism ? », *University of Chicago Law Review*, n°239, 2018, p. 239-255, not. p. 242.

⁶⁰ M. Tushnet, « Varieties of Constitutionalism », *préc.*

⁶¹ Pour reprendre l'expression de X. Magnon ci-après.

la défense de la Constitution, faisant ainsi prévaloir le droit sur la politique, à l'inverse du constitutionnalisme politique. Il n'est pas anodin de relever que, tant dans le constitutionnalisme libéral que dans le constitutionnalisme juridique, le juge et, tout particulièrement, le juge constitutionnel, est un pivot du système, qu'il s'agisse de garantir voire de créer les droits et libertés au nom desquels le pouvoir est limité ou de préserver la suprématie constitutionnelle. Et il n'est pas anodin non plus de relever que, dans de nombreux travaux sur le constitutionnalisme illibéral, populiste ou autoritaire, tout comme d'ailleurs dans le rapport introductif et dans un certain nombre de rapports nationaux, c'est sur le juge constitutionnel et ses excès que se focalisent les critiques.

D'un point de vue pratique, il pose la question de la transposabilité des différentes formes de constitutionnalismes et de leur éventuelle rivalité, incluant leur prétention à être le « meilleur » des constitutionnalismes possibles. Ainsi, l'on pourrait soutenir que le constitutionnalisme libéral est à la fois « territorialisé » et « historicisé » pour reprendre la formule de X. Philippe. Et l'on pourrait soutenir qu'il n'est que le reflet d'un ethnocentrisme occidental – plus exactement euroaméricain – qui a cherché à s'imposer dans d'autres pays et d'autres systèmes alors même qu'il ne correspondait pas aux valeurs et aux aspirations de ces sociétés. De ce point de vue, il est clair que les nouvelles formes de constitutionnalisme invitent à un décentrement/recentrement du regard. L'on pourrait également soutenir que ces nouvelles formes de constitutionnalisme aspirent à être « meilleures » en ce qu'elles réagissent, mais surtout corrigent les excès du constitutionnalisme libéral. Ainsi le constitutionnalisme dit « populiste » se présente comme le « vrai constitutionnalisme », celui démocratique qui ôte le pouvoir aux élites, notamment juridictionnelles, pour le redonner au peuple⁶².

D'un point de vue épistémologique, il invite à s'interroger sur la possibilité d'utiliser le même mot pour désigner des réalités fort différentes alors même que le concept a été forgé et s'est généralisé dans un certain contexte non seulement politique, économique, social et culturel, mais aussi et surtout idéologique. Autrement dit, peut-on parler de « constitutionnalisme non libéral » alors même que, dans sa construction historique, ce dernier est intrinsèquement associé au libéralisme ? Ne faut-il pas, au contraire, soit renoncer à associer les deux termes dans cette expression, qui sonne comme oxymore, soit reconstruire un concept de constitutionnalisme qui permette d'y intégrer d'autres formes de gouvernement, par exemple non libérales⁶³ ? Ces questions s'inscrivent dans les réflexions actuelles, essentiellement d'origine anglo-saxonne, sur le « constitutionnalisme critique »⁶⁴, qui s'interrogeant sur les fondements et les présupposés du constitutionnalisme libéral. Sans doute ce mouvement réflexif est-il nécessaire avant d'envisager le constitutionnalisme « reconstitutif » que Massimo Luciani appelle de ses vœux.

§ II – Adapter le constitutionnalisme aux nouveaux contextes : un constitutionnalisme total

Le constitutionnalisme total qui sera défendu ici s'appuie sur les principes même du constitutionnalisme, sur ses finalités même, pour les adapter aux nouveaux contextes dans lesquels

⁶² En ce sens, voir A. Czarnota, « Populist constitutionalism or new constitutionalism ? », *préc.*

⁶³ Proposant un concept analytique de « constitutionnalisme » destiné à remplacer le concept « idéologique », voir A. Bachert, « Analyser la démocratie illibérale grâce au concept de constitutionnalisme : essai de reconceptualisation du constitutionnalisme » in *Les démocraties illibérales en droit constitutionnel*, p. 59-70.

⁶⁴ Soulignant la nécessité d'un constitutionnalisme critique pour répondre aux crises traversées par cette doctrine, à ses imperfections et aux risques que la notion comporte, voir D. Valades, « Critical constitutionalism », *Biblioteca juridica virtual*, UNAM, en ligne ; C. Turgut, « Critical constitutionalism: An inquiry into the past, present, and future », *Jindal Global Law Review*, n° 14, 2023, p. 29-48, soutenant qu'il existe un « constitutionnalisme-centrisme » euro-américain et interrogeant les présupposés du constitutionnalisme libéral, sa prétendue neutralité, objectivité et rationalité

Rapport provisoire

il est censé se développer et aux nouvelles contraintes qui font obstacle à sa réalisation. Il impose en conséquence d'étendre et de resituer le constitutionnalisme classique (A), avant d'imaginer les concrétisations normatives du constitutionnalisme total (B).

A – Étendre et resituer le constitutionnalisme classique

Sans entrer dans des distinctions entre les différentes formes du constitutionnalisme les plus connues, que ce dernier soit antique, médiéval, politique, juridique ou moderne, il est possible de retenir deux éléments caractéristiques du constitutionnalisme, quelles qu'en soient ses déclinaisons : la protection du citoyen contre les pouvoirs publics et la reconnaissance de droits et libertés au profit de celui-là. La Constitution apparaît alors comme le texte juridique qui vient consacrer à la fois la limitation du pouvoir et la reconnaissance de droit et libertés. Que la Constitution soit formelle (constitutionnalisme juridique) ou seulement matérielle (constitutionnalisme politique), elle contient les limites à l'action des pouvoirs publics dans les modalités de production des normes, s'appuyant sur le modèle de séparation des pouvoirs et dans la substance des normes adoptées, à savoir le respect des droits et libertés du citoyen. En tout état de cause, cette limitation ne concerne que les pouvoirs publics, c'est-à-dire les organes de production de normes générales et abstraites applicables à tous les citoyens, et ne vise qu'à protéger ces derniers. Tels sont les deux axes autour desquels le constitutionnalisme total entend adapter le constitutionnalisme classique : d'une part, en étendant le respect du pouvoir au-delà des seuls pouvoirs publics, d'autre part, en ne protégeant plus seulement le citoyen, mais le vivant dans son ensemble.

Il faut contextualiser le constitutionnalisme au regard de la logique libérale qui l'a accompagnée. Au moment de la Révolution française, la Constitution apparaît comme un instrument d'émancipation de la classe bourgeoise, titulaire d'un pouvoir économique, mais dépourvue de pouvoir politique, visant en dernière analyse à protéger ses propres intérêts. Cette perspective libérale exclut en son essence la limitation du pouvoir privé puisque, précisément, elle le protège, elle n'est pas là pour le contraindre. D'où la reconnaissance de droits et de libertés au profit des citoyens et la marginalisation et même l'exclusion des devoirs, si l'on regarde, en particulier, les déclarations de droit dans l'histoire constitutionnelle française. Les devoirs des citoyens ne s'inscrivent pas dans une perspective libérale, elles en sont même la négation. Ils n'ont pas leur place dans une déclaration de droits et de libertés.

Envisager une extension de la limitation du pouvoir aux personnes privées, du moins celles qui sont en mesure d'adopter des comportements préjudiciables aux autres citoyens dans une ampleur comparable aux comportements des personnes publiques, ne saurait pourtant trahir totalement la perspective (libérale) du constitutionnalisme. Il s'agit seulement de prendre acte de la nécessaire limitation du pouvoir dans toutes ses expressions qu'elles soient publiques ou privées. Le constitutionnalisme total défend la prise en compte de ce que tous les pouvoirs, quelle que soit leur origine, doivent être limités. Il faut ici suivre N. Bobbio lorsqu'il affirme que l'une des difficultés majeures du « droit constitutionnel contemporain » est que « le pouvoir sur les hommes, quel qu'il soit, et quel que soit le groupe ou la personne qui l'exerce, doit avoir des limites juridiquement établies ». Rappeler encore ces lignes de J. Rivero : « si l'on se dégage du dogme de l'égalité juridique des volontés privées pour s'attacher aux réalités, la fréquence des situations de dépendance qui permettent à celui qui se trouve en position de supériorité d'imposer sa volonté à l'inférieur apparaît évidente ». Le danger des restrictions aux libertés ne se concentre plus, si seulement il l'a été un jour, du côté de l'action des pouvoirs publics, mais de celle de tous ceux qui sont en capacité de restreindre les droits et libertés du citoyen. Les devoirs devant peser sur les puissances privées ne sont pas des restrictions aux droits et libertés pesant sur tous les citoyens, mais seulement de ceux qui peuvent les mettre en danger pour, précisément, protéger l'ensemble des droits et libertés des

Rapport provisoire

citoyens de toutes les atteintes possibles. Le constitutionnalisme total n'est pas seulement vertical, ascendant, mais il est aussi horizontal.

De plus, il s'agit moins de limiter le pouvoir de tous les citoyens, mais avant de tous ceux qui, individuellement ou collectivement, disposent d'un pouvoir sur les autres citoyens, c'est-à-dire d'une capacité de déterminer leur destinée de manière unilatérale. Il ne s'agit donc pas de restreindre la capacité d'action de chaque citoyen, mais de restreindre celle de ceux qui ont le pouvoir d'agir sur le comportement des autres. Reste à déterminer un concept qui pourrait désigner ces citoyens-là et les termes de « puissances privées » semblent particulièrement adaptés pour les désigner. Elles seront identifiées à partir de leur capacité « à exercer une contrainte propre à limiter les atteintes portées aux droits et libertés par d'autres acteurs – privés comme publics –, ou à orienter favorablement leurs comportements », ce qui renvoie à la disposition d'un pouvoir d'action sur autrui. L'on pourrait en avoir une définition plus restrictive, visant en substance les seules entreprises multinationales qui peuvent être identifiées à partir de 3 critères : le caractère transnational de l'activité, la production de biens ou de services dominants sur le marché mondial et le montant du chiffre d'affaires. La production de normes générales et abstraites unilatérales s'imposant à un grand nombre de destinataires, y compris au-delà même des nationaux d'un seul État, peut également permettre de saisir les puissances privées sous un angle normatif. Lorsqu'Apple décide de changer son système d'exploitation ainsi que les règles d'usage de ses appareils, la portée de ce choix et les contraintes qu'elle fait peser concernent des millions d'utilisateurs dans le monde. Cette production de normes générales et abstraites fait précisément écho aux caractéristiques des normes législatives et justifie en ce sens la même limitation constitutionnelle.

Le constitutionnalisme est encore total parce qu'il n'entend plus seulement protéger l'homme, mais bien l'ensemble du vivant, quel qu'il soit, la nature et les mondes animal et végétal. Il s'agit ici de dépasser le constitutionnalisme anthropocentré pour prendre en compte toutes les formes de vie qui participent, en définitive, directement ou indirectement de l'humanité. Le respect de toutes les formes de vie, au-delà de la seule vie humaine, n'est-il pas, en tout état de cause, l'expression même de l'humanité ?

Le constitutionnalisme total présente également une dimension substantielle qui découle des exigences précédemment énoncées. Il conduit à un rééquilibrage des droits, libertés et devoirs entre les citoyens, entre ceux qui dominent et ceux qui sont dominés, dans le sens d'une meilleure répartition de ce qui pèse et de ce qui revient à chacun. Limiter l'activité des puissances privées revient à diminuer leur liberté et, sans doute également, leur profit, mais au profit de l'utilité commune. Le constitutionnalisme total défend une égalité distributive susceptible de mobiliser trois critères : « l'égalité absolue, l'équité qui, en tant qu'elle vise à récompenser proportionnellement des mérites individuels inégaux, introduit une égalité relative, et la satisfaction des besoins – au moins ceux de base ». Selon J Rawls, « la tâche réservée aux principes du juste [...] consiste à arbitrer les revendications vis-à-vis des institutions et entre les personnes elles-mêmes », ces principes doivent « fixer les droits et les devoirs de base et déterminer leur rôle ». Ces principes doivent revêtir cinq qualités. Ils doivent être généraux, universels, faire l'objet d'une publicité, « imposer une relation d'ordre à des revendications en conflit » et être irrévocables. De manière synthétique, « une conception du juste est un ensemble de principes, généraux quant à leur forme et universels dans leur application, qui doit être publiquement reconnue comme l'instance finale pour hiérarchiser les revendications conflictuelles des personnes morales ».

Tout dépend ensuite des critères de hiérarchisation qui permettent d'« imposer une relation d'ordre à des revendications en conflit » et à partir desquels il conviendra d'établir ce qui a été qualifié plus haut d'équité. Sans entrer dans une discussion qui dépasse le cadre de cette étude, l'on peut penser

Rapport provisoire

que dans un monde où les écarts de revenus entre les plus riches et les plus pauvres ont toujours tendance à croître, un minimum de redistribution s'impose et qu'il faille sans doute faire peser de manière plus significative le poids des charges publiques sur les grandes entreprises qui ne contribuent pas à l'impôt de manière proportionnelle à leurs ressources et à leur patrimoine. Il ne s'agit pas de nier ici l'apport du développement de l'activité des puissances privées au bien-être des citoyens, par la création d'emplois et l'activité économique, en particulier, mais seulement de rappeler que ce bien-être ne saurait se faire au détriment de l'utilité commune, pour reprendre l'expression de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 24 août 1789. Il convient ici de rééquilibrer l'intérêt privé et l'utilité commune.

Dans le prolongement d'un écorépublicanisme, l'on peut voir, au-delà, mais toujours sous un angle substantiel, se dégager un nouveau mode d'échanges économiques, une approche sociale de l'économie et, en particulier, une logique de décroissance ou, du moins, de croissance raisonnée. Cette dernière dimension est présente dans le préambule de la Charte de l'environnement de 2004, en France, qui rappelle que « la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles » et « qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ».

Le constitutionnalisme total implique enfin une production normative supralégislative aussi bien au niveau national qu'au niveau international, sanctionnée par les juges en général et, plus particulièrement, par des juges spécifiques. Cette double dimension révèle la nécessaire dimension transnationale de la protection du vivant et le double niveau de protection. Les contraintes pesant ainsi sur le législateur national n'en sont que plus renforcées.

B – Imaginer les concrétisations normatives du constitutionnalisme total

Imaginer des concrétisations normatives des principes précédemment identifiés ouvre une infinité de possibles. Plusieurs catégories de contraintes générales n'en peuvent pas moins être retenues : la soumission formellement constitutionnelle des personnes privées au respect des droits et libertés fondamentaux et, plus spécifiquement, des puissances privées au respect de l'utilité commune, l'obligation du législateur de concrétiser ces différentes contraintes et la création de juridictions spécialisées chargées de sanctionner le respect de cette utilité commune.

Contraindre constitutionnellement les personnes privées au respect des droits et libertés peut emprunter plusieurs voies suffisamment balisées et connues pour ne pas apparaître comme totalement révolutionnaires. Il est ainsi possible de le faire par l'intermédiaire de ce que l'on appelle l'effet horizontal indirect, à savoir la reconnaissance des droits fondamentaux par la Constitution qui impose une concrétisation législative pour obliger les personnes privées à leur respect. Ce schéma peut évidemment être renforcé par une clause d'obligation à destination du législateur de concrétiser des droits fondamentaux entre personnes privées (implicitement l'article 9 b) de la Constitution portugaise) et par l'institution d'un recours en carence en cas de prise à défaut du législateur du respect de cette obligation (le recours devant le Tribunal constitutionnel en cas d'inconstitutionnalité par omission prévu par les articles 134 g) et 283 de la Constitution portugaise).

Un effet horizontal direct impose de quitter la logique des droits fondamentaux et, surtout, des permissions d'agir, pour intégrer dans la Constitution directement des contraintes de respect de certaines règles à destination des personnes privées. Une clause générale d'obligation de respect des droits fondamentaux à la charge des personnes privées est envisageable (exemple de l'article 18

Rapport provisoire

§ 1 de la Constitution portugaise). L'on peut voir ici une obligation pour les personnes privées de respecter les permissions d'agir constitutives des libertés et d'agir afin de concrétiser les obligations de comportement vis-à-vis de tiers disposant d'une habilitation leur permettant d'exiger d'eux ce comportement pour les droits. De manière plus spécifique, il va de soi que le respect de l'environnement passe par la mise en place de devoirs à la charge des citoyens qu'il s'agisse du respect du principe de précaution, de celui de responsabilité environnementale ou du devoir de préservation de l'environnement. Cet éventail large permettant de contraindre les personnes privées participe d'un constitutionnalisme total, limitant l'action aussi bien des personnes publiques que des personnes privées au nom du respect des droits fondamentaux.

Dans une perspective de constitutionnalisme total, il semble que la concrétisation en droit positif des exigences qu'il contient impose des contraintes substantielles particulières en matière économique, fiscale et environnementale, à la charge des puissances privées.

Les domaines économique et fiscal sont en effet décisifs dans la limitation de la domination des puissances privées : celles-ci doivent contribuer à hauteur de leurs bénéfices et de leur patrimoine aux charges publiques et doivent demeurer subordonnées au pouvoir politique. L'on retrouve dans cette perspective la logique d'égalité en tant que moyen de rééquilibrer les disparités sociales économiques entre les citoyens. La Constitution portugaise est ici encore exemplaire. Son article 81 impose à l'État « de promouvoir le bien-être social et économique ainsi que la qualité de la vie des personnes, en particulier des plus défavorisées, dans le cadre d'une stratégie de développement durable » et « de promouvoir la justice sociale, de garantir l'égalité des chances et de corriger l'inégale répartition des richesses et des revenus, notamment par le biais de la politique fiscale ». « Bien-être social », « qualité de vies [...] des plus défavorisés », « justice sociale », « égalité des chances », « corriger l'inégale répartition des richesses et des revenus », autant d'expression à l'appui d'un rééquilibrage, d'une plus grande égalité entre les citoyens, pour imposer de plus lourdes charges ou, du moins, de manière plus neutre, une participation des personnes privées à l'utilité commune en proportion des bénéfices qu'elles retirent du seul fait de l'inscription de leurs activités dans une société déterminée sur un territoire donné. L'activité économique n'est pas hors sol. Elle s'exerce sur un territoire donné et sur une population déterminée, sans lesquels elle ne serait pas possible. Il faut déterminer une contrepartie juste à l'inscription de l'activité économique dans une société déterminée.

En matière fiscale, il paraît en effet nécessaire de consacrer à la fois le principe du paiement de l'impôt pour tous, le principe de paiement d'un proportionnel au revenu, au bénéfice ou au patrimoine et le principe de justice fiscale. La politique fiscale doit être un instrument de rééquilibrage et de compensation des disparités de revenus. Sous cet angle, il convient d'interroger toutes les politiques fiscales, certes, incitatives, mais qui n'en contribuent pas moins à permettre à échapper au paiement de l'impôt par l'octroi d'avantages fiscaux. Ne pourrait-on pas instituer un paiement forfaitaire minimum de l'impôt en proportion des revenus pour les personnes privées ou des bénéfices pour les personnes morales ou, dans les deux cas, en fonction de leur patrimoine ? Ou le paiement d'un impôt proportionnel aux bénéfices ou au montant des ventes de produits et de services sur le territoire national ? L'article 104 de la Constitution portugaise, toujours remarquable dans une perspective de constitutionnalisme total, prévoit que « l'imposition sur le revenu des personnes physiques vise à atténuer les inégalités. Il est unique et progressif, en tenant compte des besoins et des revenus des ménages », « l'imposition des entreprises porte essentiellement sur leurs bénéfices réels », « l'imposition du patrimoine doit contribuer à l'égalité entre les citoyens » et « l'imposition de la consommation vise à adapter la structure de la consommation à l'évolution des besoins du développement économique et de la justice sociale. Elle doit imposer les produits de luxe ».

Rapport provisoire

Sous l'angle économique, plusieurs pistes peuvent être entreprises afin de limiter le pouvoir des puissances privées. La Constitution portugaise est exemplaire à plusieurs égards. Déjà, son article 80 énonce le principe de « la subordination du pouvoir économique au pouvoir politique démocratique ». La formule est forte. Elle révèle en creux la tendance à la domination du pouvoir économique sur le pouvoir politique, pour la rejeter et même la renverser. Même largement indéterminée, comme peut l'être l'affirmation en France du caractère social de la République, cette disposition n'en pose pas moins un principe susceptible d'être mobilisé concrètement à chaque fois que l'action publique paraît se soumettre aux puissances économiques privées. Elle peut servir de fondement à une appréciation de l'équilibre éventuel entre utilité commune et intérêts privés dans la mise en œuvre des politiques publiques. Dans quelle mesure et, surtout, jusqu'à quel point la création d'emplois, par exemple, peut-elle justifier l'octroi de subventions ou d'exonérations fiscales ? Le rapport de force se joue précisément là et les questions d'équilibre se posent alors. Une proportionnalité économique s'imposerait alors entre le respect de la liberté d'entreprendre et celui de l'utilité commune.

D'un point de vue plus détaillé, plusieurs exigences paraissent pouvoir être retenues en matière économique comme s'imposant aux puissances privées : le principe de non-concentration et d'interdiction des monopoles, l'interdiction des ententes et l'encadrement des aides publiques. Vue de la France, ces dimensions présentent une dimension forte davantage en l'Union qu'en droit constitutionnel national. Ailleurs, elles sont intégrées directement dans la Constitution.

Selon l'article 81 de la Constitution, l'État doit « assurer le fonctionnement efficace des marchés pour permettre une concurrence saine entre les entreprises, pour contrarier les différentes formes de monopoles et réprimer les abus de position dominante et les autres pratiques qui portent atteinte à l'intérêt général » ou encore « d'assurer la défense des intérêts et des droits des consommateurs ». L'article 99, relatif aux objectifs de la politique commerciale, pose, parmi ceux-ci, d'« établir une concurrence saine entre les différents agents commerciaux », de « combattre les activités spéculatives et les pratiques commerciales restrictives » ou d'« assurer la protection des consommateurs ». Autant de contraintes qui, pesant sur l'État, n'en sont pas moins des limites potentielles à l'action des puissances privées. L'article 113 de la Constitution vénézuélienne interdit ainsi les monopoles et les abus de position dominante et subordonne l'exploitation des ressources naturelles à l'existence de contreparties adéquates à l'intérêt public ; l'article 114 encadre « l'activité économique illicite ».

Sous l'angle environnemental, il ne s'agit pas ici de revenir sur les différentes dimensions de la protection de l'environnement que l'on retrouve, en particulier en France, dans la Charte de l'environnement de 2004, et dont certaines ont déjà été invoquées (précaution, obligation de protection de l'environnement et principe de responsabilité environnementale). Il convient toutefois d'ajouter qu'une obligation générale de protéger la vie pourrait être ajoutée, de même que la protection des êtres vivants et la reconnaissance de la personnalité morale aux animaux et à la nature ou à certaines de ses déclinaisons.

Ces exigences ne sauraient avoir de portée significative que s'il existe des recours et des juridictions spéciales chargées d'en garantir le respect. Si l'intervention des juridictions constitutionnelles, notamment par un recours en carence, et celle des juridictions de droit commun, avec l'effet horizontal direct et indirect, ont un rôle essentiel à jouer, la création de juridictions spécialisées paraît décisive. Alors que le constitutionnalisme juridique a imposé la création d'une juridiction spéciale chargée de veiller à la sanction du respect par le législateur de la Constitution, les personnes privées concernées par les exigences nouvelles du constitutionnalisme total, en matière économique, fiscale et environnementale, doivent pouvoir être jugées par une juridiction spéciale, adaptée aux contextes particuliers du respect de ces exigences. Le constitutionnalisme total impose

Rapport provisoire

la multiplication des juridictions spéciales dans le prolongement de la création d'un juge constitutionnel.

Plusieurs arguments militent en faveur de ces juridictions spéciales, dont l'existence comme les modalités générales d'organisation pourraient être posées par la Constitution. La consécration constitutionnelle de telles juridictions met en évidence l'importance sociétale du respect des exigences économique, fiscale et environnementale comme instrument du bien vivre ensemble. La création d'une juridiction spéciale a encore l'avantage de pouvoir disposer et de concentrer des compétences plus significatives des membres de cette juridiction dans les domaines concernés. L'existence même d'une juridiction doit encore être soulignée. Confier le soin de résoudre les conflits entre deux parties sur l'application du droit dans des domaines particuliers à un organe indépendant, d'un point de vue organique, statutaire et substantiel, de ces parties, légitime les décisions rendues tout comme elle garantit l'impartialité des jugements. Surtout, l'existence de telles juridictions permet d'adapter les procédures et les sanctions à la spécificité des domaines concernés. Pouvoir d'auto-saisine, rapidité des procédures, pouvoir d'injonction et d'astreinte, sévérité des sanctions sont autant d'éléments à l'appui d'une efficacité du contrôle du respect des contraintes spécifiques pesant dans le domaine économique, fiscal et environnemental.

Il reste que la mise en place de telles exigences comme de procédures spéciales de sanction de leur respect dans le texte constitutionnel ne saurait dépendre que d'une volonté particulière en ce sens et nous quittons là la question de la science pour embrasser celle de la politique.