

# LE DROIT CONSTITUTIONNEL SERA COMPARÉ OU NE SERA PLUS

PAR

MARC VERDUSSEN

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Mieux que quiconque, Francis Delpérée a compris que l'étude du droit constitutionnel «conduit nécessairement au dépassement du droit étatique» (1). «Le comparatisme, écrit-il, cet exercice risqué qui rime avec équilibrisme – dans la mesure où il s'échine à dépasser les analyses du terroir –, nous sauve de nos provincialismes» (2).

Pourtant, le droit constitutionnel comparé souffre aujourd'hui d'un profond paradoxe.

D'un côté, dans un contexte marqué par une mondialisation galopante du droit, l'utilité de l'approche comparative en droit constitutionnel ne s'est probablement jamais affirmée avec une si grande acuité. «Une théorie constitutionnelle de l'espace devient nécessaire», écrit Peter Häberle (3). Il n'est pas jusqu'aux Etats-Unis à succomber progressivement à une tentation d'ouverture à laquelle ils ont longtemps résisté (4).

D'un autre côté, force est de reconnaître que la science constitutionnelle la plus récente n'a pas encore pu mener une réflexion approfondie sur les méthodes et les finalités actuelles d'une telle

---

(1) F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 40.

(2) F. DELPÉRÉE, «Acrostiche constitutionnel», in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 26. Voy. égal., du même auteur, «Ce que je crois ou le constitutionnalisme», in *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 219-220.

(3) P. HABERLE, *L'Etat constitutionnel*, trad., Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004, p. 56.

(4) N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJO et S. BAER, *Comparative Constitutionalism*, Thomson West, 2003, p. 6. Voy. B. ACKERMAN, «The Rise of World Constitutionalism», *Virg. L. Rev.*, 1997, vol. 83, pp. 772-773 (qui parle d'*astounding indifference* et d'*emphatic provincialism*); R.D. COOTER, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, 2000, p. 30 (qui parle d'*under-development of comparative constitutional law*).

approche. Quelles sont les particularités du droit constitutionnel comparé par rapport aux approches comparatistes menées dans d'autres disciplines juridiques? A quelles difficultés particulières se heurte-t-il? Des enjeux spécifiques doivent-ils lui être reconnus? L'insuffisance des réponses avancées jusqu'à présent – spécialement dans la doctrine francophone – est d'autant plus criante que ces questions s'inscrivent désormais au cœur même de la science constitutionnelle.

Ces quelques lignes n'ont pas l'ambition de répondre à des questions aussi fondamentales. Elles se risquent plus modestement à quelques hypothèses et, par là, tracent des pistes pour une réflexion à laquelle n'échappera pas un droit constitutionnel en pleine mutation.



## I. – LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ EST UNE DISCIPLINE SCIENTIFIQUE HÉTÉROMORPHE

Comparer, ce n'est pas juxtaposer. Comparer, c'est intégrer (5). Que ce soit pour dégager des convergences ou constater des divergences, toute comparaison doit nécessairement être articulée et raisonnée. Mais de quelle manière? Les moyens employés dépendent du but poursuivi. En effet, selon qu'il s'agit d'évaluer ou de modéliser, l'approche n'obéit pas nécessairement aux mêmes exigences et surtout ne se heurte pas exactement aux mêmes difficultés.

### A. – *Le comparatisme d'évaluation*

Le comparatisme d'évaluation consiste à apprécier et, le cas échéant, à améliorer son propre système normatif à l'aune de repères tirés d'une analyse d'un ou de plusieurs autres systèmes normatifs, jugés comparables.

Le comparatisme a ici des accents utilitaristes, voire des visées stratégiques.

Tantôt l'analyse tendra à trouver une solution déterminée, en s'inspirant étroitement des données fournies par les systèmes de

---

(5) C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995, p. 9.

référence. Si celles-ci sont récoltées, c'est afin que soit envisagée leur transposition dans l'ordre interne (6). En cela, elles orientent le contenu même de la solution. On y verra donc un *comparatisme normatif*. Selon que la comparaison aboutit au constat que les données récoltées sont ou ne sont pas transposables, le comparatisme normatif sera dit «positif» ou «négatif» (7). Précisons que ce qui est généralement envisagé, c'est la transposition, non pas de tout un système constitutionnel, mais plutôt d'une règle constitutionnelle déterminée (8).

Tantôt l'opération consistera à vérifier que la solution retenue est la plus adéquate, voire à en renforcer simplement la justification. On y verra, cette fois, un *comparatisme confortatif*. Celui-ci a des vertus rassurantes pour le comparatiste en proie à un doute sur le bien-fondé d'une solution de prime abord insolite. La vérification opérée est parfois de nature empirique. Il arrive ainsi que, peu ou prou, la constitutionnalité d'une règle se mesure à l'aune de sa pertinence – la règle est-elle ou non de nature à produire les effets escomptés? –, auquel cas il peut être utile de s'informer des impacts qu'une règle identique, ou comparable, a pu produire dans d'autres ordres juridiques.

La méthode évaluative se heurte à un écueil lié à la position particulière du comparatiste. En effet, le caractère intéressé de sa démarche génère le risque d'une absence de neutralité, qui se traduit par une instrumentalisation tendancieuse des données glanées à l'étranger. Il peut, en effet, être tenté de privilégier les données qui correspondent le plus étroitement à ses propres orientations. Le

---

(6) Voy. J. TSEN-TA LEE, «Interpreting Bill of Rights: The Value of a Comparative Approach», *Int'l J. Const. L.*, 2007, p. 152: «Imagine the judge as a herbalist who seeks a cure for a constitutional ailment. To increase the chances of finding the right treatment for the patient, the sensible herbalist will gather a selection of herbs from a variety of locations. It is only prudent to scrutinize all the plants to determine whether or not there are any noxious weeds among them. However, once he has ascertained that a plant can indeed provide an efficacious cure, he would be foolish to reject it to his patient's detriment merely because it was not found in his own garden».

(7) D. FONTANA, «Refined Comparativism in Constitutional Law», *UCLA L. Rev.*, 2001, vol. 49, p. 551. L'auteur établit une autre distinction : lorsque les données sont tirées d'un système avec lequel l'Etat «emprunteur» entretient une filiation historique, juridique ou culturelle, et le sont en raison même de cette filiation, le comparatisme est «*genealogical*»; dans les autres cas, il est «*ahistorical*» (pp. 550-551). Sur la «*genealogical interpretation*», voy. égal. S. CHOUDHRY, «Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation», *Ind. L. J.*, 1999, vol. 74, spéc. pp. 838-839.

(8) Sur cette distinction, voy. M. TUSHNET, «Returning with Interest: Observations on Some Putative Benefits of Studying Comparative Constitutional Law», *U. Pa. J. Const. L.*, 1998, vol. 1<sup>er</sup>, p. 325.

risque est sans doute plus important lorsque la comparaison est réalisée dans le cadre d'un processus d'énonciation ou d'application de normes constitutionnelles par des instances dépositaires d'une vision politique de la société. On peut supposer qu'il est moindre lorsque la comparaison s'inscrit dans le contexte d'une interprétation scientifique extérieure. Là, le comparatiste a un statut de «participant», tandis qu'ici, son statut est davantage celui d'un «observateur» (9). L'on conviendra que, dans un cas comme dans l'autre, la référence à des données étrangères permet parfois au comparatiste de masquer ou de refouler «un sentiment de nudité intellectuelle» (10).

### B. – *Le comparatisme de modélisation*

Le comparatisme de modélisation consiste à mettre en perspective son propre espace normatif, soit pour mieux en comprendre les particularités, soit à l'inverse pour tenter de transcender ces dernières et les inscrire dans un horizon plus vaste.

Par son caractère projectif, la démarche «permet de dégager des invariants et des matrices qui servent à la construction de modèles théoriques» (11). Les exemples sont légion. Ils concernent le statut du chef de l'Etat (modèle monarchique *versus* modèle républicain), l'articulation entre l'exécutif et le législatif (modèle parlementaire *versus* modèle présidentiel), la nature des collectivités infraétatiques (modèle décentralisé *versus* modèle fédéral), l'aménagement de la justice constitutionnelle (modèle déconcentré *versus* modèle concentré), la forme de la démocratie (démocratie directe *versus* démocratie indirecte), ou encore la place du droit international dans l'ordre interne (modèle moniste *versus* modèle dualiste). On le voit, certains modèles s'apparentent davantage à des idéaux-types. Dans tous les cas, le comparatisme de modélisation implique un travail de *construction*. Celui-ci vise parfois, également, à définir un patrimoine constitutionnel commun, par une agrégation de principes, de règles ou de valeurs tirés des systèmes constitutionnels nationaux.

(9) N. DORSEN et al., *op. cit.*, p. 5.

(10) J. WALDRON, «Foreign Law and the Modern Ius Gentium», *Harv. L. Rev.*, 2005, vol. 119, p. 138.

(11) E. ZOLLER, «Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé?», *Droits*, 2000, vol. 32, p. 126.

Une fois réalisée la modélisation théorique, la démarche permet, à un stade ultérieur, «de faire apparaître, dans les rapports qu'entretiennent des modèles essentiellement différents, l'existence de zones de contact souvent constituées de zones communes et, plus fréquemment encore, de pratiques et d'expériences qui obéissent à des exigences qui s'imposent au-delà, sous et, parfois, contre la pureté des modèles» (12). A la phase de construction de modèles théoriques succède alors une phase de *déconstruction*, dans un équilibre qu'il convient de préserver : «un excès dans le premier sens permet sans doute d'atteindre la pureté des concepts et des modèles mais conduit certainement, aussi, à leur confinement dans la sphère de la pure taxinomie juridique; un excès dans le second sens tend sans doute à accroître le dialogue entre des sciences juridiques appartenant à des familles d'ordonnancements différents; mais c'est alors au détriment de la clarté, de la rigueur et, en définitive, de la scientificité» (13).

La méthode modélisante comporte des embûches. De nombreuses tentations jonchent le parcours du comparatiste.

Une première difficulté est liée à l'importance de définir un échantillonnage pertinent et cohérent. En droit constitutionnel comparé, l'exhaustivité est inaccessible et, à maints égards, périlleuse.

Sur le plan empirique, le comparatiste doit résister à la *tentation encyclopédique*. Une étude complète des solutions procurées à tel ou tel problème constitutionnel dans l'ensemble des Etats de la planète est une entreprise chimérique. Elle l'est d'autant plus qu'un problème est rarement posé dans les mêmes termes sur toute la surface du globe.

Sur le plan théorique, un double danger guette celui qui s'aventure dans une telle entreprise.

Il risque de verser dans des analyses numériques, ce qui est de nature à conduire à de très impétueuses extrapolations. C'est la *tentation statistique*.

Il risque aussi de croire que la réalité et la complexité d'un mécanisme juridique peuvent être appréhendées uniquement au départ

---

(12) G. ZAGREBELSKY, «Avant-propos», in *Liber Amicorum Jean-Claude Escarras La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. XVIII.

(13) *Id.*

des textes qui l'organisent, alors que «les énoncés constitutionnels ne prennent leur véritable signification qu'à travers les usages concrets qui en sont faits» (14). Un tel formalisme génère inévitablement des rapprochements artificiels ou superficiels. C'est la *tentation nominaliste* (15).

Une deuxième difficulté gît dans la nécessité de ne pas succomber à la *tentation apologétique*. Dans le contexte d'une entreprise de modélisation, personne n'est à l'abri de réflexes ethnocentristes, par lesquels le comparatiste tend à privilégier le système constitutionnel auquel il appartient et à en faire un pôle idéal de référence.

Une troisième difficulté s'inscrit à rebours de la précédente. Elle est liée à la *tentation holistique*. Le début du troisième millénaire est marqué par une dynamique d'homogénéisation des corpus constitutionnels et, dès lors, par la formation d'un droit constitutionnel de plus en plus mondialisé. Davantage «qu'un ensemble de traits communs», ce droit constitutionnel transétatique est formé d'«un ensemble de principes juridiques, pouvant servir de fondement à des règles constitutionnelles nationales» (16). A n'en point douter, la cause principale de ce décloisonnement constitutionnel réside dans l'imprégnation croissante du droit international au sein des ordres juridiques internes. Des événements récents ont pu servir de catalyseurs, tel le renouveau démocratique opéré à partir de 1989 dans les Etats d'Europe centrale et orientale. Face à ce phénomène, une certaine prudence est de rigueur pour le comparatiste. En effet, si, à maints égards, le mouvement de globalisation de la culture constitutionnelle produit d'heureuses conséquences, il ne doit pas pour autant être hypertrophié. Négliger les spécificités constitutionnelles nationales – «ces âpres particularismes» (17) –, c'est remettre en cause l'existence d'un très vital pluralisme constitutionnel. C'est nier, au surplus, qu'une Constitution est le propre d'un Etat et doit le rester, à peine de dépouiller la notion de toute consistance. Le mimétisme constitutionnel «atténue, mais ne gomme pas le caractère profondément national du droit constitutionnel» (18).

---

(14) J. CHEVALLIER, «Pour une sociologie du droit constitutionnel», in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 284.

(15) B. ACKERMAN, *op. cit.*, p. 794.

(16) M. TROPER, «L'avenir du droit constitutionnel», *R.B.D.C.*, 2001, p. 131.

(17) A.-J. ARNAUD, «Ces âpres particularismes...», *Droits*, 1991, vol. 14, p. 17.

(18) A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I<sup>er</sup>, *L'Etat*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne, Stämpfli, 2006, p. 11.

## II. – L'ATTRAIT PROGRESSIF

### POUR LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ EST LIÉ À L'ÉMERGENCE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

En Europe, l'idée d'un constitutionnalisme effectif est restée longtemps platonique. C'est à la faveur de la Seconde Guerre mondiale que les Etats européens, forts de l'expérience autrichienne et soucieux de réagir aux dérives totalitaires, se sont décidés à faire un pas que les Américains – et d'autres – avaient franchi il y a belle lurette : permettre à des juges de contrôler le respect par le législateur des normes constitutionnelles. Ce contrôle est aujourd'hui un élément majeur du patrimoine commun des Etats constitutionnels. Il a permis au droit constitutionnel d'accéder à une pleine justiciabilité. Toutefois, l'avènement du droit constitutionnel comparé ne s'est pas produit selon le même rythme dans tous les prétoires.

#### A. – *L'évolution générale du comparatisme juridictionnel*

Devenue foisonnante, l'activité jurisprudentielle des cours constitutionnelles rend assurément possible une adaptation plus rapide et plus souple de la Constitution à l'évolution des tendances profondes et significatives de la société. Les occasions de s'engager dans une démarche comparative n'en sont que plus nombreuses. Les juges s'affirment ainsi «comme des agents de premier plan de la mondialisation du droit» (19). A la faveur des avancées des technologies de l'information et de la communication, ils se réfèrent aux sources des droits protégés par les uns et les autres (20) et, surtout, ils s'inspirent de leurs jurisprudences respectives (21). De bon ou de mauvais gré. Fréquemment ou occasionnellement. Implicitement ou explici-

---

(19) J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation*, Paris, Seuil, 2005, p. 23.

(20) Les références sont parfois très générales. Par exemple, dans l'ordonnance n° 419/2004 du 13 décembre 2004, la Cour constitutionnelle italienne souligne que la liberté d'exprimer ses opinions est considérée comme un droit fondamental dans toutes les Constitutions modernes.

(21) On en donne ici quelques exemples, tirés de continents différents. Voy. Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud, arrêt *Mohamed and another v. President of Republic of South Africa and others*, 28 mai 2001, n° CCT 17/01, spéc. §46. Voy. Cour suprême du Canada, arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] (2 R.C.S., p. 507, spéc. §43; arrêt *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] (3 R.C.S., p. 519, spéc. §35). Voy. Cour constitutionnelle italienne, sentence n° 161/1985, du 6 mai 1985; sentence n° 71/1987, du 26 février 1987. Voy. Haute Cour d'Irlande, arrêt *Enright v. Ireland*, [2003] 2 I.R., p. 321.

tement. A titre principal ou accessoire (22). Dans tous les cas, cette «*constitutional cross-fertilization*» (23) favorise l'avènement d'une «doctrin e constitutionnelle générique» (24).

Quelle que soit la portée exacte attribuée par les juges constitutionnels à l'approche comparative, elle est hautement révélatrice de la manière dont ils perçoivent leur rôle dans la communauté juridique (25). Si une source étrangère a eu une influence significative sur la décision d'une cour constitutionnelle, la sincérité et la transparence exigent qu'il en soit fait mention. Ainsi, en ne se repliant pas dans ses frontières, une cour constitutionnelle montre sa volonté et sa capacité de s'engager dans une sorte de conversation constitutionnelle. Ce faisant, elle inscrit sa mission dans un schéma dialogique (26). A notre sens, sa légitimité n'en est que plus solide (27), spécialement lorsque des droits fondamentaux sont en cause (28).

### B. – L'évolution

#### *du comparatisme juridictionnel aux Etats-Unis*

Même la Cour suprême des Etats-Unis commence à participer à ce dialogue transnational mené au sein de «la communauté mondiale des juges constitutionnels» (29). Elle s'appuie aussi parfois sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le

---

(22) Sur le rôle subsidiaire du comparatisme dans le raisonnement judiciaire, voy. le modèle qualifié de «*refined comparativist approach*» : D. FONTANA, *op. cit.*, spéc. pp. 556-562. Sur la nécessité de ne pas considérer le comparatisme comme une source contraignante, voy. le modèle qualifié de «*engagement model*» : V.C. JACKSON, «Constitutional Comparisons : Convergence, Resistance, Engagement», *Harv. L. Rev.*, 2005, vol. 119, spéc. pp. 114-115.

(23) C. L'HEUREUX-DUBE, «The Importance of Dialogue. Globalization, the Rehnquist Court, and Human Rights», in *The Rehnquist Court – A Retrospective* (ed. MARTIN H. BELSKY), Oxford University Press, 2002, p. 237 ; A.M. SLAUGHTER, «A Global Community of Courts», *Harv. Int'l L.J.*, 2003, vol. 44, p. 193.

(24) D.S. LAW, «Generic Constitutional Law», *Minn. L. Rev.*, 2005, vol. 89, p. 62. L'auteur distingue la «*generic constitutional theory*», la «*generic constitutional analysis*» et la «*generic constitutional doctrine*».

(25) S.K. HARDING, «Comparative Reasoning and Judicial Review», *Yale J. Int'l L.*, 2003, vol. 28, pp. 423-424 ; D.E. CHILDRESS, «Using Comparative Constitutional Law to Resolve Domestic Federal Questions», *Duke L. J.*, 2003, vol. 53, p. 206.

(26) Voy. L. POTVIN-SOLIS, «Le concept de dialogue entre les juges en Europe», in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2004, pp. 19-58.

(27) Voy. M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 88 ; «Un procès constitutionnel légitime», in *Mélanges à la mémoire de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007.

(28) C. MCCRUDDEN, «A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversations on Constitutional Rights», *Oxford J. Legal Studies*, 2000, vol. 20, pp. 531-532.

(29) M. TUSHNET, *A Court Divided – The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York, Norton, 2005, p. 176.



cas le plus exemplaire est, à cet égard, l'arrêt *Lawrence* par lequel la Cour se réfère à des décisions européennes pour déclarer l'inconstitutionnalité d'une loi texane prohibant les relations sexuelles entre personnes de même sexe et opérer ainsi un spectaculaire revirement de jurisprudence (30). L'on citera également l'arrêt *Roper* par lequel elle se base sur l'existence d'un consensus transnational pour considérer comme un traitement inhumain et inhabituel, donc inconstitutionnel, l'exécution d'un condamné mineur au moment des faits (31).

Malheureusement, tous les membres de la Cour suprême ne manifestent pas un égal enthousiasme à s'inspirer des solutions imaginées dans les prétoires d'autres Etats. On rencontre même une franche résistance chez les tenants d'une lecture originaliste – et très contestée – de la Constitution qui, tel le juge Antonin Scalia, considèrent que, dans l'interprétation d'une disposition constitutionnelle, ils doivent se confiner à la signification qui lui a été attribuée au moment de son adoption. Par essence, l'originalisme ne s'accommode donc pas de l'usage de la méthode comparative, à tout le moins par les interprètes de la Constitution (32). A l'occasion des séances sénatoriales visant à confirmer la nomination de John Roberts comme Chief Justice, en 2005, le sénateur Tom Coburn a même suggéré d'engager une procédure d'*impeachment* contre tout juge de la Cour suprême qui citerait des sources étrangères. Il n'est pas le premier, ni sans doute le dernier, à proférer une telle menace. Par ailleurs, des résolutions ont été adoptées par des membres du Congrès qui dénoncent la dépendance injustifiée des juges à l'égard de décisions de justice étrangères.

Les arrêts précités de la Cour suprême et les divergences de vues qu'ils ont occasionnées au sein même de celle-ci ont suscité de vives

---

(30) Arrêt *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003). Comp. avec l'arrêt *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

(31) Arrêt *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005). Voy. égal. l'arrêt *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002).

(32) Voy. l'opinion – majoritaire – du juge Scalia dans l'arrêt *Printz v. United States*, 521 US 898 (1997) : «*We think (...) comparative analysis inappropriate to the task of interpreting a Constitution, though it was of course quite relevant to the task of writing ones*». Comp. avec l'opinion minoritaire – du juge Breyer dans le même arrêt : «*Of course, we are interpreting our own Constitution, not those of other nations, and there may be relevant political and structural differences between their systems and our own (...). But their experience may nonetheless cast an empirical light on the consequences of different solutions to a common legal problem*». Voy. égal. A. SCALIA et S. BREYER, «*A Conversation between U.S. Supreme Court Justices*», *Int'l J. Const. L.*, 2005, vol. 3, pp. 519-541.

discussions doctrinales. Des positions très tranchées ont été adoptées, tantôt favorables tantôt hostiles à une approche jurisprudentielle comparée. Des opinions plus nuancées ont également été formulées. Par exemple, le professeur Mary Ann Glendon, célèbre comparatiste de la *Harvard Law School*, estime que la légitimité de l'approche comparative n'est pas la même selon que les références étrangères contribuent à justifier la constitutionnalité de la norme entreprise ou qu'elles renforcent l'inconstitutionnalité de celle-ci (33).

### III. – LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ EST TRAVERSÉ PAR UNE TENSION ENTRE DEUX FORCES OPPOSÉES

La dynamique du droit constitutionnel comparé est la résultante de forces qui à la fois interagissent et s'opposent. Deux forces antagoniques méritent une attention particulière. L'une est descendante, tandis que l'autre est ascendante. Toutes deux ont pour axe central le principe de la souveraineté étatique.

#### A. – *Une force descendante*

Une force descendante trouve son origine dans le rapport substantiel qui lie la souveraineté étatique et l'ordonnement constitutionnel. Toute Constitution est l'incarnation – juridique, symbolique et idéologique – de la création de l'Etat et un pari pour la survie de celui-ci. Elle est porteuse d'une certaine vision du pouvoir, de la société et de la vie. Elle propage les valeurs sociales fondamentales de l'Etat. Elle est ainsi la manifestation première de la souveraineté étatique.

Les adversaires de l'utilisation par les juges de la méthode comparative fourbissent leurs armes en mobilisant précisément le dogme de la souveraineté de l'Etat. Mais, en réalité, la cible de leurs attaques ne réside pas tant dans les égards que les juges manifestent envers la production jurisprudentielle de leurs homologues étrangers que dans le mode d'interprétation constitutionnelle que

---

(33) M.A. GLENDON, «Judicial Tourism», *Wall Street Journal*, 16 septembre 2005. Sur cette distinction, voy. égal. J.O. MCGINNIS, «Foreign to Our Constitution», *Nw. U. L. Rev.*, 2006, vol. 100, p. 306.

ces égards révèlent (34). Ce qui est incriminé, c'est la marge discrétionnaire d'appréciation qu'en vertu d'une interprétation vivante de la Constitution, les juges se réservent dans la spécification des normes et principes constitutionnels. La critique a donc une portée qui s'étend bien au-delà du comparatisme juridictionnel. Elle concerne les limites de l'entreprise créatrice des juges, spécialement des juges constitutionnels, et partant la légitimité de leur interprétation de la Constitution. Or, celle-ci n'étant pas seulement un instrument de régulation et de limitation des pouvoirs, mais aussi un corps de règles et de principes éthiques, le rôle d'une cour constitutionnelle est d'entreprendre une conciliation pragmatique entre ces règles et principes, ce qui lui confère une ample marge de manœuvre. Son pouvoir d'appréciation est d'autant plus grand que les règles et principes constitutionnels sont formulés en des termes vagues et abstraits (liberté, égalité, dignité, intégrité, proportionnalité, etc.), de telle sorte que chacune de leur application réclame de sa part une appréciation actualisée, qui corresponde aux tendances profondes et significatives de la société politique. Dans le cadre de cette opération, les juges intègrent les éléments qui leur paraissent les plus adéquats. C'est à cette fin précisément qu'ils peuvent s'inspirer des expériences étrangères les plus idoine.

### B. – *Une force ascendante*

Simultanément, une force ascendante est exercée par la prétention des droits fondamentaux à une certaine universalité. La manifestation la plus paradigmatique de cette prétention est sans aucun doute la Déclaration universelle des droits de l'homme, «point de départ de l'édification d'un corpus normatif extrêmement étoffé» (35). La protection de ces droits étant soumise à un processus de coproduction, et même de surproduction, dans un contexte international passablement concurrentiel, ils ne sont plus un attribut exclusif de la souveraineté étatique.

Le potentiel universalisant des droits fondamentaux doit cependant être relativisé. Même dans ce domaine, il serait illu-

(34) Voy. M. TUSHNET, «When is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law», *Minn. L. Rev.*, 2006, vol. 90, pp. 1277-1287.

(35) M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2006, p. 201.

soire de postuler l'existence à l'échelle mondiale d'une conscience juridique commune, c'est-à-dire d'une pensée juridique qui, occultant les particularismes nationaux et culturels, se détournerait de tout approche pragmatique, donc pluraliste, des réalités sociales. D'une Constitution à l'autre, les droits fondamentaux ne sont pas nécessairement libellés en termes identiques. Ils présentent, par ailleurs, «des densités normatives variables et une portée différenciée» (36). Ainsi, ils ne jouissent pas forcément du même degré d'intangibilité, ni ne possèdent le même niveau d'effectivité.

#### IV. — LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMPARÉ EST UNE BRANCHE AUTONOME DU DROIT COMPARÉ

L'autonomie du droit constitutionnel comparé se manifeste à deux niveaux différents.

##### A. — *Une autonomie matérielle*

Le caractère autonome du droit constitutionnel comparé découle d'abord des conditions particulières qui ont présidé à son développement.

N'a-t-on pas relevé que la progression de l'approche comparative en droit constitutionnel est liée à l'émergence de la justice constitutionnelle? L'on précisera que la tentation de se référer à des enseignements jurisprudentiels étrangers est d'autant plus grande qu'à maints égards, les cours constitutionnelles sont saisies des mêmes débats sociétaux. Quels juges constitutionnels n'ont pas été confrontés à des domaines aussi sensibles que l'avortement, la peine de mort, l'euthanasie, le racisme, l'homosexualité, l'environnement, le terrorisme, les minorités ou l'asile politique? Ce sont là autant de foyers de controverses constitutionnelles qui appellent des modes de résolution spécifiques et des techniques d'interprétation appropriées. En effet, on ne dira jamais assez que, plus que toute autre, l'interprétation constitutionnelle se rattache à la figure herméneutique de la «conciliation», davantage qu'à celle de la

---

(36) C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 159.

«subsumption» (37). Au demeurant, le procédé conciliatoire mobilise des valeurs et des intérêts qui transcendent les frontières étatiques.

### B. – Une autonomie formelle

Le caractère autonome du droit constitutionnel comparé résulte également de ses inévitables tribulations méthodologiques.

De manière générale, le comparatisme est en droit un mode d'approche difficile à manier. Chaque système juridique plonge ses racines dans une histoire qui lui est propre et s'inscrit dans un contexte – politique, économique, social et culturel – qui est nécessairement unique. Chaque règle et chaque principe juridique doivent donc être situés par rapport à la logique globale du système auquel cette règle et ce principe appartiennent et qui lui-même détermine un type particulier de relations entre les citoyens et l'autorité (38). La nécessité s'impose, en somme, d'une «lecture inculturée» du droit auquel on se réfère (39).

En droit constitutionnel, l'approche comparative est spécialement ardue à entreprendre. N'a-t-on pas déjà observé qu'ici plus qu'ailleurs, l'on est au cœur de la notion de souveraineté et donc d'inévitables particularismes étatiques? Ces particularismes ont un ancrage dans le passé. Toute Constitution est, en effet, le produit d'une culture politique modelée par un processus historique. Comme le rappelle François Ost, le Constituant opère au sein d'une communauté narrative, fondée sur un imaginaire historique partagé, et la Constitution, de ce point de vue, est «le récit de l'histoire de la moralité politique de cette communauté» (40).

Par ailleurs, s'il existe deux grands modèles de droit privé, on ne saurait en aucune manière se satisfaire d'une classification aussi basi-

---

(37) Selon les termes de P. BELLET : «Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle», in *La notion de justice constitutionnelle* (dir. C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN et P. WACHSMANN), Paris, Dalloz, 2005, p. 120. L'auteur considère cependant que c'est là «moins une spécificité du contrôle de constitutionnalité qu'une spécificité du droit contemporain qui, aux normes de comportement et de compétences, ajoute des normes de justification» (p. 122).

(38) O. CHASE, «Legal Processes and National Culture», *Cardozo J. Int. L. & Comp. L.*, 1997, vol. 5, pp. 1-2.

(39) N. BONBLED, «Fr. R. Van Der Mensbrugge : l'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat», *Rev. int. dr. comp.*, 2006, p. 283.

(40) F. OST, *Raconter la loi – Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, pp. 23-24.

que en droit public. En effet, les clivages entre Etats varient en fonction des critères de classification retenus. Ainsi, selon qu'on privilégie son système parlementaire, son régime monarchique, sa structure fédérale, ou encore la marque kelsénienne de sa justice constitutionnelle, la Belgique se rattache à des groupes différents d'Etats.

La transplantation constitutionnelle est donc une opération hasardeuse. Comme l'a bien écrit Elisabeth Zoller, «si la greffe d'organe qui ne prend pas est rejetée par le corps humain, la greffe constitutionnelle, elle, s'incrute et peut provoquer à terme des dysfonctionnements ou éventuellement produire des résultats totalement imprévus» (41).

Ce risque rend impérative la contextualisation des solutions rencontrées au-delà de nos frontières. La tâche est ardue. Idéalement, la compréhension exacte d'une règle ou d'un principe constitutionnels impliquerait qu'à l'analyse strictement juridique, on intègre tout à la fois des analyses historique, philosophique, sociologique, politiste, voire anthropologique. N'est-ce pas là «une grille de lecture trop exigeante» (42)? Elisabeth Zoller le pense, mais, non résignée, elle plaide pour une approche pragmatique des systèmes constitutionnels, qui permette de «comprendre le travail des idées, des pensées et des sensibilités» afin de «pouvoir restituer les principes, les concepts, les croyances et les raisonnements qui y sont à l'œuvre» (43).

#### V. – L'ENSEIGNEMENT DU DROIT CONSTITUTIONNEL DOIT NÉCESSAIREMENT S'INSCRIRE DANS UNE PERSPECTIVE COMPARATIVE

Une réflexion sur la pratique du droit constitutionnel comparé ne devrait-elle pas faire partie de la culture générale ordinaire de tout juriste (44)? Nous en avons la ferme conviction, pour deux raisons

(41) E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 131. Voy. égal. N. DORSEN et al., *op. cit.*, pp. 4-5.

(42) C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 11.

(43) E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 133. Voy. égal. G. FRANKENBERG, «Comparing Constitutions: Ideas, Ideals and Ideology. Toward a Layered Narrative», *Int'l J. Const. L.*, 2006, vol. 4, p. 440 : «When comparing constitutions the comparatist is confronted with a specific genre of texts; moreover, constitutional documents bear a close relationship to politics and ethics, closer than most other law. Therefore, they are permeated by ideas, ideals, and ideology».

(44) M. TUSHNET, «The Possibilities of Comparative Constitutional Law», *Yale L.J.*, 1999, vol. 108, p. 1309. Dans cette étude, l'auteur distingue trois manières d'utiliser le droit constitutionnel comparé pour interpréter la Constitution américaine : «functionalism», «expressivism» et «bricolage».

au moins, qui tiennent aux exigences du constitutionnalisme moderne, mais également au décloisonnement territorial des relations juridiques en général.

Tout d'abord, un cursus universitaire réalisé en vase clos favorise les réflexes autarciques et les préjugés narcissiques. Or, le constitutionnalisme du XXI<sup>e</sup> siècle est empreint d'ouverture et incline à l'humilité. Il ne s'accommode donc pas de l'introversion et de la prétention intellectuelles. Les indifférents et les vaniteux n'y ont pas leur place. Aujourd'hui moins que jamais. D'où la nécessité d'enseigner et d'étudier le droit constitutionnel national dans une perspective comparative. Celle-ci s'impose alors «comme un outil d'enrichissement intellectuel de la connaissance critique» de cette branche fondamentale du droit (45).

Ensuite, la mondialisation des marchés – des produits, du capital et du travail – contraint les professionnels du droit à se mouvoir dans un espace juridique de plus en plus globalisé. En effet, la circulation des personnes et des biens entre les États génère inévitablement des flux entre les ordres juridiques, de telle sorte que, pour le juriste contemporain, le droit national ne représente plus «la voie unique vers le salut juridique» (46). En droit, les situations comportant des éléments d'extranéité se multiplient, ce qui diversifie leurs lieux de rattachement. Les juristes sont ainsi obligés de se transporter vers d'autres ordres juridiques et de se familiariser avec d'autres règles de droit. Ils ne peuvent y parvenir efficacement que s'ils sont en mesure d'envisager ces règles dans le contexte du système constitutionnel dont elles découlent.

La Constitution n'est-elle pas le socle sur lequel repose les autres règles de droit? «Au commencement du droit est la Constitution» (47).

---

(45) J.-F. FLAUSS, «Conclusions générales», in *L'enseignement du droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 210.

(46) F. VANISTENDAEL, «A la recherche d'un modèle mondial de l'enseignement du droit : utopie... ou but à atteindre?», in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 1126.

(47) F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., p. 11.