

LE CONSTITUTIONNALISME GLOBAL, QUELS ESPACES POUR LA DISCUSSION ?

Quiconque se plonge dans le constitutionnalisme global risque d'en revenir quelque peu décontenancé. Les termes de « constitution » et de « constitutionnalisme » sont mobilisés à l'appui d'une gamme complexe de concepts, de discours, de « théories » du constitutionnalisme global. Et l'on se surprend parfois à perdre certains repères. Il faut dire que les auteurs ne se situent pas toujours sur le même terrain de discussion, soit parce que les niveaux de discours ne sont pas les mêmes, soit parce que les disciplines impriment leurs propres terminologies, concepts et habitudes. À cette « myopie conceptuelle<sup>1</sup> », s'ajoute une tension palpable qui imprègne un champ lexical parfois inquiétant. Par exemple, le fait de présenter une alternative triviale entre sombrer dans l'utopie, pour les kantien et néokantien, et basculer dans un discours apologétique, pour les réalistes qui ne verraient que désordre et rapports de forces<sup>2</sup>. Les uns et les autres s'attribuent réciproquement des « angoisses<sup>3</sup> » : elles s'exprimeraient à la fois dans la « nostalgie des nations » – on craindrait l'abandon des notions de peuple et de l'État<sup>4</sup> – et également dans un « triomphalisme idéaliste<sup>5</sup> » – on se tournerait vers l'horizon rassurant du constitutionnalisme pour couvrir une réalité opaque<sup>6</sup>. En outre, une forme

---

<sup>1</sup> N. WALKER, « Beyond the Holistic Constitution? », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 291-292.

<sup>2</sup> M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 ; M. KOSKENNIEMI, « Constitutionalism as a Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization », *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 8, 2007, p. 9-13.

<sup>3</sup> Le vocabulaire de l'angoisse est fréquemment utilisé, quelle que soit la position considérée. Voir S. BENHABIB, « The New Sovereignism and Transnational Law: Legal Utopianism, Democratic Scepticism and Statist Realism », *Global Constitutionalism*, vol. 5, 2016, p. 109 (« angoisse souverainiste »). En un autre sens, voir G. TUSSEAU, « Un chaos constitutionnel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in B. FRYDMAN (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 179, 224.

<sup>4</sup> Selon Matthias Kumm, une incompréhension « étatico-centrée » cache des choix politiques (M. KUMM, « The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism?*, *op. cit.*, p. 205 *sqq.*). Voir aussi sur cette question N. WALKER, « Beyond the Holistic Constitution ? », *op. cit.*, p. 292.

<sup>5</sup> M. KUMM, « The Best of Times and the Worst of Times. Between Constitutional Triumphalism and Nostalgia », *op. cit.*, p. 201-219.

<sup>6</sup> Jean-Marc Sorel évoque l'effet « rassurant » du mot « constitutionnalisation » qui « semble ressortir de la catégorie des concepts dont se saisit périodiquement le droit international comme justification de sa juridicité toujours mis en doute. Le mot rassure et juridicise un domaine qui doute toujours de lui-même » (J.-M. SOREL, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (2) : le côté obscur de la force », in S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 232).

d'incompréhension se dessine parfois entre ceux qui déplorent une simplification à l'extrême des arguments du constitutionnalisme global<sup>7</sup> et ceux qui rejettent de vaines entreprises d'importation conceptuelle. Pour couronner le tout, le projet d'une société mondiale semble pris au piège du relativisme : géographiquement situé à l'Ouest, il serait teinté de penchants post-coloniaux. En somme, cette immersion dans le « global » est à première vue peu engageante, et *de ce voyage obscur souvent on revient pâle !* Non seulement la notion de constitution semble se perdre dans les méandres du discours (tout comme, ailleurs, celle de démocratie...), mais on s'aperçoit parfois qu'il faut se positionner : être « pour » ou être « contre<sup>8</sup> » le « constitutionnalisme global ». Et la tentation est forte de refermer ces portes, de retrouver ses classiques et son confort disciplinaire. Pour dépassionner ces questions et ne pas faire du constitutionnalisme global une expression de clivages indépassables (entre internistes et internationalistes, publicistes et privatistes, utopistes et réalistes, entre l'Ouest et le reste du monde, etc.), il fallait bien réunir les points de vue, et prendre au sérieux ce qui se présente çà et là comme un « projet ».

Peut-on donc penser la constitution et/ou le constitutionnalisme au-delà de l'État ? Cette question n'est pas nouvelle. Et il n'est pas futile de se demander si, compte tenu de la densité de la production scientifique, il y a encore quelque chose à en dire. Pourtant, ce débat n'est pas de ceux que l'on relate pour mentionner une controverse passée. Sa persistance tient à deux raisons. La première réside dans sa dimension contextuelle : le discours du constitutionnalisme global contient une charge historique et politique. Il apparaît dans l'entre-deux guerres, quand émergent les formes institutionnelles des organisations internationales, et connaît son apogée après la Seconde Guerre mondiale, surtout dans les années 1990, à la fin de la guerre froide<sup>9</sup>. Il y eut ainsi certains moments ponctuels de cristallisation de la thèse constitutionnaliste autour de thématiques particulières : la Charte des Nations Unies s'apparente-t-elle à une « constitution mondiale<sup>10</sup> » ? Peut-on parler d'une « constitution européenne<sup>11</sup> » ? De même à propos de l'Organisation

---

<sup>7</sup> « *Scholars who criticize constitutionalist approaches frequently simplify and overstate the constitutionalist argument, thus alienating the concept* » (Th. KLEINLEIN, « Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 81, 2012, p. 80-81). Voir aussi O. DIGGELMAN et T. ALTWICKER, « Is there Something Like a Constitution of International law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 68, 2008, p. 624.

<sup>8</sup> On remarque ainsi une forme de « prise en otage émotionnelle car être contre la constitutionnalisation reviendrait à être contre les droits de l'homme » (J.-M. SOREL, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international (2) : le côté obscur de la force », *op. cit.*, p. 218).

<sup>9</sup> Pour retracer l'évolution de la « thèse constitutionnaliste », voir A.-Ch. MARTINEAU, *Le débat sur la fragmentation du droit international, Une analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

<sup>10</sup> Notamment, B. FASSBENDER, « The United Nations Charter As Constitution of The International Community », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, 1998, p. 529.

<sup>11</sup> J. WEILER et M. WIND (dir.), *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

mondiale du commerce<sup>12</sup>, ainsi que d'autres organisations supra- mais aussi transnationales (*Lex mercatoria*, *Lex Sportiva*, etc.). Au-delà de ces pics d'acuité, ces vingt dernières années auraient plutôt été celles d'une banalisation du discours, le global ayant traversé différents champs de la connaissance (sociologie, histoire, économie, anthropologie, etc.), mais aussi celles de son enlisement : la littérature a été foisonnante, les formules et labels se sont perfectionnés (multiniveaux, pluralisme ordonné, constitutionnalisme « doux », différencialisme, etc.), dessinant en même temps des écoles de pensées (comme celle de l'institut Max Planck ou l'école libre de Bruxelles). Le dernier éditorial de la revue de Cambridge, spécifiquement consacrée au « Global Constitutionalism », évoquait avec une certaine gravité le contexte actuel de repli (« *the collapse of the West* ») du fait des nouveaux nationalismes, des formes usées de l'unilatéralisme et des menaces idéologiques<sup>13</sup>. Il insistait sur l'absence d'autre option que celle du constitutionnalisme global. Poser à nouveau cette question informe donc sur un certain moment du discours<sup>14</sup> – un contexte particulier qui n'a rien d'anodin.

La seconde raison de la persistance de ce débat tient à sa nature essentiellement doctrinale. Le mot « doctrinal » est ici volontairement employé en un sens très large, c'est-à-dire susceptible d'engager une réflexion d'ordres philosophique, théorique ou dogmatique. Que l'on songe au cosmopolitisme kantien adapté par Habermas, que l'on invoque le monisme de Kelsen au nom d'une théorie « pure » du droit, ou encore que l'on se tourne vers la sociologie teintée d'institutionnalisme de Scelle, la réflexion a été largement balisée par des « théories » ou des « systèmes de pensée ». Les auteurs contemporains tendent soit à s'y rattacher, soit à s'en détacher, parfois au profit d'une dogmatique élaborée et assumée. Ainsi, ce qui se joue dans ces débats tient principalement au choix d'un discours : comme cela a été relevé, les « désaccords ne sont pas empiriques<sup>15</sup> ». Certes, il n'est pas impossible que des données juridiques soient instrumentalisées à l'excès quand d'autres seraient volontairement tues, et cela dans l'unique but de légitimer des structures de pouvoir nationales, internationales, ou transnationales. Mais si l'on met de côté ces stratégies plus ou moins conscientes qui

---

<sup>12</sup> J.L. DUNOFF, « Constitutional Conceits: The WTO's "Constitution" and the Discipline of International Law », *European Journal of International Law*, vol. 17, 2006, p. 647-675.

<sup>13</sup> « *There is no richly-conceptualised alternative ideology with potential global appeal contesting the global constitutionalist grammar. The alternatives that exist take the form of a motley configuration of ideologies and power structures that are unlikely to form the basis of stable new coalitions or significantly expand their appeal, as the following brief analysis of anti-constitutionalist ideologies and the power structures that embrace them seeks to make clear* » (M. KUMM, J. HAVERCROFT, J. DUNOFF et A. WIENER (dir.), « Editorial. The End of "the West" and the Future of Global Constitutionalism », *Global Constitutionalism*, Editorial, vol. 6, 2017, p. 4).

<sup>14</sup> David Kennedy évoque aussi un moment particulier du discours : D. KENNEDY, « The Mystery of Global Governance », in J.L. DUNOFF et J.R. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 39.

<sup>15</sup> M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 20, n° 2, 2013, p. 605-628 ; M. KUMM, « Constitutionalism and the Cosmopolitan State », *NYU School of Law, Public Law Research Paper N° 13-68*, <https://ssrn.com/abstract=2338547>, p. 3.

nuisent tant à la connaissance qu'à la réflexion critique, il faut bien admettre que les phénomènes juridiques eux-mêmes ne sont pas directement les enjeux des débats relatifs au constitutionnalisme global.

Tout bon observateur est confronté à des données potentiellement contradictoires dont il a parfaitement conscience. Une lecture de cet état du droit vient perturber la présentation classique du modèle westphalien de l'État-nation. C'est ainsi chose commune de rappeler que de nouveaux systèmes de gouvernance, transcendant parfois la distinction entre public et privé, concurrencent la prétention des États à conserver le monopole de la législation, tout comme d'alerter sur le caractère supra-ou trans-étatique de certains enjeux contemporains (environnement, migrations internationales, etc.). En outre, tout juriste averti s'intéresse à ces processus de formalisation croissants (conv. ESDH, Union européenne, ONU, OMC, etc.), à ces jurisprudences nationales, européennes, internationales qui semblent « converger » vers la garantie des droits fondamentaux, isolant parfois un noyau impératif (*jus cogens*, indérogeabilité des droits), ou encore relève-t-il un certain mimétisme dans les techniques argumentatives mobilisées par les tribunaux (le *balancing*, la proportionnalité, l'interprétation téléologique ou vivante, etc.). Une autre lecture de cet état du droit conduit à des conclusions inverses et à autant de contre-arguments. Ainsi en est-il des formes contemporaines d'unilatéralisme non couvertes par le droit international, de la question des immunités étatiques<sup>16</sup>, ou encore des replis nationaux. En un mot, le système international repose toujours sur la compétence et le consentement des États et en dernier lieu sur une légitimation de la décision par le corps politique, « le peuple » ou « la nation ». Peu importe alors l'acception fictive ou réelle de ces titulaires de souveraineté, puisque le système se fonde sur l'affirmation incontestée selon laquelle la décision leur est ultimement imputée. Le débat ne porte donc pas tant sur la bonne description d'un objet « constitution » qui existerait par nature, mais sur la manière dont on choisit de l'identifier. Le concept de constitution ou de constitutionnalisme global « ne peut pas être compris de manière appropriée s'il est considéré comme un outil purement “analytique” ou “descriptif”. Il contient des enjeux sous-jacents qui méritent de retenir notre attention<sup>17</sup> ». Puisqu'il s'agit avant tout de discours et de manières de dire, la production académique n'est pas près de s'éteindre.

Encore faut-il savoir de quoi l'on parle et donner quelques points de repères. Sommairement, ces discours, bien qu'extrêmement variés, ont pour point commun de se prononcer en faveur de l'importation du registre conceptuel de la constitution ou du constitutionnalisme pour décrire les rapports juridiques existants au-delà (et en-deçà) de l'État. Ils se présentent de ce fait

---

<sup>16</sup> Cour internationale de justice, Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce Intervenant), arrêt du 3 février 2012, CIJ Recueil 2012, p. 99. Sur cette question voir notamment : Ch. BEAUCILLON (dir.), « L'immunité juridictionnelle des États face aux violations graves des droits de l'homme. À propos de l'affaire *Allemagne c. Italie* », *IREDIES Working Papers Series*, n° 1, 2017, [https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Couvertures\\_publications/Breves\\_1\\_Immunités\\_et\\_droits\\_de\\_l\\_homme.pdf](https://www.univ-paris1.fr/fileadmin/IREDIES/Couvertures_publications/Breves_1_Immunités_et_droits_de_l_homme.pdf)

<sup>17</sup> O. DIGGELMAN et T. ALTWICKER, « Is there Something Like a Constitution of International law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism », art. cité, p. 631.

comme une *proposition conceptuelle* que le champ lexical employé illustre largement : les auteurs font référence à un « appel<sup>18</sup> », un « état d'esprit<sup>19</sup> », un « *global turn*<sup>20</sup> » ou un « *cosmopolitan turn*<sup>21</sup> », un « agenda académique<sup>22</sup> ». Pour le constitutionnaliste, un tel changement conceptuel engendre des basculements sérieux. Véronique Champeil-Desplats en donne la mesure : « Repenser aujourd'hui, à partir d'une perspective de constitutionnaliste, la dissociation entre l'État et la constitution implique donc de procéder à un certain nombre de déplacements des cadres conceptuels qui se sont construits depuis plus d'un siècle » ; la question est de savoir « comment et à quel prix épistémologique<sup>23</sup> ? ».

Or, la discussion académique sur le constitutionnalisme global souffre de certaines impasses. Qu'y a-t-il de commun en effet entre une position kelsénienne presque axiomatique, la nécessité pratique exprimée par la philosophie de J. Habermas<sup>24</sup>, une théorie sociologique des constitutions sans l'État, et une dogmatique élaborée, plus ou moins prescriptive ? À première vue, peu de chose. Pourtant si les oppositions sont fortes, c'est bien que ces positions se rencontrent quelque part, ou qu'elles choisissent de ne pas se rencontrer à un endroit particulier – ce qui revient à peu près à la même chose. Pour ne pas réduire ces divergences à une simple opposition de prémisses, ou de manières de dire, il est important d'identifier les espaces dans lesquels la discussion est possible. Tel a été le projet du colloque organisé par l'Institut Villey les 29 et 30 mai 2017 et dont la publication des actes dans cette revue traduit le contenu. Plusieurs difficultés ayant trait au mou-

---

<sup>18</sup> C. SCHWÖBEL, « The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers », *German Law Journal*, vol. 13, p. 1-22.

<sup>19</sup> M. KOSKENNIEMI, « Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization », *op. cit.*, p. 9-36.

<sup>20</sup> M. XIFARAS, « Après les Théories Générales de l'État : le Droit Global ? », *Jus Politicum*, n° 8, <http://juspoliticum.com/article/Apres-les-Theories-Generales-de-l-Etat-le-Droit-Global-622.html>.

<sup>21</sup> M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State », in J.L. DUNOFF et J.R. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, *op. cit.*, p. 258.

<sup>22</sup> A. PETERS, « The Merits of Global Constitutionalism », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, n° 2, p. 402.

<sup>23</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, New York, Routledge, p. 161. Dans le même sens, voir O. DIGGELMAN et T. ALTWICKER : « *What exactly is it really about? What purpose is served by endorsing the concept? Why is it so successful among legal scholars?* » (O. DIGGELMAN et T. ALTWICKER, « Is there Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 68, 2008, p. 642).

<sup>24</sup> Sur cette position, voir l'article de P. Auriel, « La démocratie au-delà de l'État. La nécessité d'une constitution internationale et européenne dans l'œuvre de Jürgen Habermas », dans cette même livraison de *Jus Politicum*.

vement des concepts, aux niveaux des discours, devaient être dépassées afin de laisser émerger les questions.

*Le mouvement des concepts.* Peut-on adapter les concepts de constitution et de constitutionnalisme pour les dissocier de l'État-nation ? La réponse à cette question suppose d'emblée d'écarter certains arguments : l'argument essentialiste – l'objet constitution a une réalité propre que le concept permettrait de révéler –, l'argument circulaire – la constitution est autre chose que ce que l'on dit qu'elle est, parce qu'on a choisi de la définir autrement – et enfin l'argument idéologique – utiliser sciemment le mot « constitution » et ses dérivés pour leurs seules connotations positives. Ces trois écueils mis de côté, rien n'empêche, sur le plan ontologique, de proposer un concept désigné par un terme qui serait ailleurs employé autrement. Olivier Jouanjan écrit à propos de l'Union européenne qu'« il n'y a pas d'*interdit conceptuel* à appliquer le mot "constitution" à l'Union européenne, ni pour désigner l'état actuel du système, ni pour qualifier un texte futur. La dénotation n'est pas fixée par une quelconque autorité ou structure du monde objectif<sup>25</sup> ». Mais cela ne veut pas dire que l'on peut « tout faire<sup>26</sup> », du moins si l'on aspire à proposer une grille de lecture attrayante et à une réception du discours chez les juristes. Certains obstacles se présentent. Ils sont notamment liés aux usages habituels du concept. Il va de soi qu'une proposition conceptuelle ne doit pas « trop s'écarter, à moins d'une bonne raison, du langage et des concepts juridiques courants » sauf à déployer « une argumentation qui démontre que la nouvelle proposition est mieux adaptée à la démarche de la science du droit<sup>27</sup> ». Puiser dans le registre constitutionnel n'a rien de farfelu au regard du vocabulaire utilisé par certains acteurs juridiques, comme en témoigne la référence à un « traité-constitution » européenne, ou à une « charte constitutionnelle<sup>28</sup> » ; et le développement des mécanismes de garantie des droits fondamentaux abonde en ce sens<sup>29</sup>. Toutefois, cette simple correspondance terminologique avec le langage-objet n'est pas suffisante : le juriste ne doit pas non plus « être dupe des idéologies qu'il véhicule ». La difficulté tient à ce que, dans la littérature doctrinale classique, le concept « traîne avec lui cette *connotation* tique<sup>30</sup> ». À quoi bon cette dissociation entre État et constitution qui semble dès lors contre-intuitive et porteuse de confusion ?

Si l'emploi du terme de « constitution » a pu exercer un certain attrait pour décrire des systèmes juridiques trans-, et internationaux, c'est que l'association entre constitution et État, outre le fait qu'elle ne se soit pas im-

---

<sup>25</sup> O. JOUANJAN, « Ce que donner une Constitution à l'Europe veut dire », *Cités*, vol. 13, n° 1, 2003, p. 14.

<sup>26</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », in J.-P. ROBÉ, A. LYON-CAEN et S. VERNAC (dir.), *Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System*, *op. cit.*, p. 167.

<sup>27</sup> G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 51-53.

<sup>28</sup> Cour EDH Loizidou c. Turquie, 23 mars 1995, 15318/89.

<sup>29</sup> Sur cette question, voir S. HENNETTE-VAUCHEZ et J.-M. SOREL (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 308 p.

<sup>30</sup> O. JOUANJAN, « Ce que donner une Constitution à l'Europe veut dire », art. cité, p. 14.

posée d'emblée<sup>31</sup>, a été entachée par d'autres variations conceptuelles de la notion de constitution. Pour en donner un aperçu non exhaustif, on oppose l'approche formelle de la constitution – comme ensemble de normes qui fonde la validité d'autres normes et susceptible d'être modifiée selon une procédure spéciale de révision constitutionnelle – et l'approche matérielle, qui isole une substance particulière. On distingue encore la conception de la constitution comme ensemble de normes et celle de la machine autonome intégrant un ensemble de rouages minutieusement élaborés de manière à limiter le pouvoir. Une autre déclinaison sépare le « constitutionnalisme » comme mouvement d'idées philosophiques promouvant la limitation du pouvoir et la protection de la liberté, et l'approche descriptive des constitutions selon laquelle tout système juridique efficace suppose une constitution. Il existe également d'autres conceptions de la constitution : la version dite « néoconstitutionnaliste » selon laquelle elle contient un ensemble de valeurs objectives que les juridictions devraient garantir<sup>32</sup>, ou encore la version institutionnelle qui s'intéresse à une structure juridico-sociale orientée autour de certains principes<sup>33</sup>. Aucune de ces définitions n'est totalement étanche ou exclusive des autres. Elles traduisent différentes propriétés et conceptions parmi lesquelles il était possible de puiser des ressources argumentatives.

De nombreuses typologies tout à fait éclairantes ont permis de répertorier les diverses manières dont le registre constitutionnel a pu être utilisé par les auteurs favorables à cette importation conceptuelle<sup>34</sup>. Ceux-ci ont essen-

---

<sup>31</sup> Concernant l'évolution historique du concept de constitution et notamment le passage du pluriel au singulier, voir O. BEAUD, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, n° 3, <http://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>.

L'auteur renvoie aux travaux de R. KOSELLECK, « Begriffsgeschichtliche Problem der Verfassungsgeschichtsschreibung » (1981), réédité dans R. KOSELLECK, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Berlin, Suhrkamp, 2006.

<sup>32</sup> S. POZZOLO, « Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional », *Doxa*, vol. 21, n° 2, 1998, p. 339-353.

<sup>33</sup> Cette approche est présente sous des formes variées. Pour ne donner que quelques exemples : M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, *La Cité moderne et les Transformations du Droit*, 1925 (réédition : M. HAURIOU, « Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 23, *Aux sources du droit*, 1933 ; réimpression : M. HAURIOU, *Aux sources du droit, Le pouvoir, l'ordre et la liberté* (1925), Caen, Presses Universitaires de Caen, 1986, p. 89-128) ; R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Munich, Leipzig, Duncker & Humblot, 1928 (réédition : R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 119-276) ; C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), préfacé par G. Zagrebelsky, Milan, Giuffrè, 1998.

<sup>34</sup> Pour une cartographie de ces discours, voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View », art. cité ; G. TUSSEAU, « Un chaos constitutionnel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », art. cité ; O. DIGGELMAN et T. ALTWICKER, « Is there Something Like a Constitution of International law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism », art. cité ; T. KLEINLEIN, « Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International

tiellement retenu les acceptions formelle, axiologique et institutionnelle. Ainsi, sans trop de difficultés, le langage de la constitution et du constitutionnalisme a permis de décrire des processus de formalisation poussés (l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'homme, l'Organisation internationale du travail, etc.), des mécanismes juridictionnels de garantie des droits fondamentaux<sup>35</sup>, ou encore l'existence de « systèmes » autonomes, ou « régimes » transcendant la frontière entre public et privé et fonctionnant selon une logique propre. D'aucuns regretteront une dilution de la notion de constitution et l'abandon parallèle de l'équation Constitution-État-Peuple. Mais, le cœur de ces débats ne se réduit évidemment pas à une question terminologique.

*Les niveaux des discours.* Une autre difficulté potentielle touche les différents positionnements des auteurs dans la manière dont ils déploient leur concept de constitution. Trois types de voies sont poursuivies. La première raisonne par analogie et utilise le même concept de constitution pour désigner plusieurs objets, qu'ils soient ou non nationaux. Il s'agit, en quelque sorte, de « coller », un point de vue « interniste » à des phénomènes juridiques internationaux. La référence à une « communauté internationale<sup>36</sup> » ou à d'autres notions plus ou moins proches est destinée à identifier un semblant de pouvoir constituant ou de corps politique. Si cette approche subsiste dans le débat contemporain, elle s'avère franchement minoritaire, car souvent critiquée pour ses penchants utopistes ou idéologiques. La deuxième voie, que l'on peut appeler dogmatique<sup>37</sup>, emploie un langage constitutionnel modéré et tente de présenter l'articulation complexe entre systèmes nationaux et supra- ou transnationaux. Très largement suivie, elle n'englobe pas moins des approches nettement hétérogènes. La plupart d'entre elles prennent soin de souligner que l'importation du langage constitutionnel demeure « imparfait » vis-à-vis du référentiel des constitutions nationales. À défaut de « peuple » ou d'« État », il ne peut s'agir que d'une *autre* notion de constitution épousant les contours de l'objet décrit. Le vocabulaire employé est donc prudent et minutieux : il fait référence à un processus de « constitutionnalisation<sup>38</sup> », ou à des « qualités constitutionnelles<sup>39</sup> », ou en-

---

Law », art. cité ; K. MILEWICZ, « Emerging Patterns of Global Constitutionalization: Toward a Conceptual Framework », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, n° 2, 2009, p. 413-436.

<sup>35</sup> E. DE WET, « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order », *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2006, p. 611-612.

<sup>36</sup> « *International community as a whole over those of individual states* » (B. FASSBENDER, « The United Nations Charter As Constitution of The International Community », *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 36, n° 3, 1998, p. 553). Voir aussi G. ARANGIO-RUIZ, « The “Federal Analogue” and UN Charter Interpretation: A Crucial Issue », *European Journal of International Law*, vol. 8, n° 1, 1997, p. 1-28.

<sup>37</sup> Le terme est ici employé sans connotation péjorative : A.-J. ARNAUD, J.-G. BELLEY *e a.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 188-190.

<sup>38</sup> Sur cette notion, voir M. LOUGHLIN, « What is Constitutionalisation ? », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, *op. cit.*, p. 59 ; A. PETERS, « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2006, p. 579.

core à des « régimes constitutionnels<sup>40</sup> », à des « niveaux constitutionnels » multiples<sup>41</sup>, à une « *small-constitution* » distincte de la « *big-Constitution*<sup>42</sup> », ou à des « des éléments-types constitutionnels<sup>43</sup> ». À l'inverse de la première voie, celle-ci rejette une position « étatico-centrée ». En outre, certaines de ces approches assument ouvertement une position prescriptive : l'utilisation du langage du constitutionnalisme permettrait, dans une perspective critique, de « booster » la construction d'un espace international conforme aux principes de limitation du pouvoir et de garantie des droits<sup>44</sup>. La troisième voie, nettement différente, conduit à construire un concept de constitution à la manière d'une proposition de théorie du droit, de théorie politique ou sociologique. Que la constitution soit définie comme un contrat politique<sup>45</sup>, comme un système moniste composé de normes de production de normes dont la validité est présupposée par une norme fondamentale<sup>46</sup>, ou encore comme la structure d'un système émergent d'un milieu social<sup>47</sup>, ces différentes constructions ne se mesurent pas à l'aune de leur correspondance avec le langage-objet, mais en fonction de leurs vertus heuristiques. Elles se présentent comme des « théories de la constitution », que l'on peut choisir d'adopter si ce sur quoi elles proposent de mettre l'accent nous intéresse.

La pluralité de ces niveaux de discours obscurcit les espaces possibles de la discussion. Certaines confrontations semblent à première vue stériles. Comment serait-il possible de confronter, par exemple, une affirmation purement théorique, et pour cette raison invérifiable, – le système juridique est moniste et la constitution est identifiée au droit – à une position sciemment critique et recherchant la transposition d'un projet constitutionnaliste à l'échelle internationale ? La présence d'une teneur prescriptive de certains

---

<sup>39</sup> J. TULLY, J.L. DUNOFF, A.F. LANG Jr., M. KUMM et A. WIENER, « Editorial. Introducing Global Integral Constitutionalism », *Global Constitutionalism*, vol. 5, n° 1, 2016, p. 2.

<sup>40</sup> D. SCHNEIDERMAN, « Global Constitutionalism and International Economic Law: the Case of International Investment Law », *European Yearbook of International Economic Law*, vol. 7, 2016, p. 23-46.

<sup>41</sup> N. WALKER, « Le constitutionnalisme multiniveaux », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 441-462.

<sup>42</sup> M. KUMM, « The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship Between Constitutionalism in and Beyond the State », art. cité, p. 263.

<sup>43</sup> « *Constitution-like element* » (E. DE WET, « The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the Emerging International Constitutional Order », art. cité, p. 611).

<sup>44</sup> A. PETERS, « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », art. cité, p. 591.

<sup>45</sup> J. HABERMAS, *The Divided West*, part. IV, « The Kantian Project and the Divided West », chap. 8, « Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance? », Cambridge, Polity, 2006, p. 115-193 ; J. HABERMAS, « The Constitutionalization of International Law and the Legitimation Problems of a Constitution for World Society », *Constellations*, vol. 15, n° 4, 2008, p. 44.

<sup>46</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

<sup>47</sup> Sur la conception de Scelle, voir la contribution d'O. de Frouville pour cette même livraison de la revue.

discours nourrit d'ailleurs une critique familière qui conduit à les discréditer, ou du moins à les fragiliser. Pourtant, un discours prescriptif ne se présente pas de la même manière s'il est assumé comme tel, et détaché d'autres considérations, ou s'il est dissimulé derrière un discours descriptif. Ensuite, les « théories » des constitutions n'affranchissent pas leurs auteurs de l'exigence d'expliquer les raisons ayant justifié leur choix de délimitation de l'objet – raisons qui ne s'épuisent pas dans la seule invocation de l'intérêt de la science. Certes, l'élément prescriptif a une portée totalement différente puisque dans un cas il se présente comme un prérequis scientifique, dans l'autre cas, il se confond avec un projet politique. Mais cette frontière n'est pas aussi nette qu'il y paraît et il n'est pas certain qu'il soit intéressant de ne voir dans le débat autour du constitutionnalisme global qu'une simple opposition de niveaux de discours : il y aurait d'un côté les partisans de la science qui ne chercheraient qu'à connaître, et donc à décrire, et les autres, qui voudraient d'abord changer, et donc prescrire. Tout discours suffisamment clair et conscient de ses présupposés invite à une discussion autour des choix conceptuels opérés et des finalités recherchées.

*Les questions.* Plusieurs questions revêtent pour le constitutionnaliste une acuité particulière. La première, patente, touche la théorie constitutionnelle et politique. La notion de constitution ne devrait pas être détachée de celle du pouvoir constituant, car elle en perdrait sa dimension politique essentielle<sup>48</sup>. Ce n'est certainement pas un hasard si de nombreux discours du constitutionnalisme global se sont tournés vers l'œuvre des juridictions pour observer, à travers les mécanismes de garantie des droits, une axiologie constitutionnelle susceptible de supplanter l'appel à un corps politique<sup>49</sup>. Sans franchir ce pas, d'autres reprochent l'aspect fictionnel de la « souveraineté du peuple » dans la théorie classique et tentent de penser autrement le problème de la légitimité<sup>50</sup>. Il est révélateur, mais non moins étonnant, de voir que les auteurs utilisent souvent la théorie des moments constitutionnels, formulée par Bruce Ackerman, pour décrire des processus constitutionnels au-delà de l'État<sup>51</sup>. L'informalité de ces moments de fondation

---

<sup>48</sup> D. GRIMM, « The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN (dir.), *The Twilight of Constitutionalism?*, op. cit., p. 4-22, p. 10 : « *The two elements of constitutionalism, the democratic element and the rule of law, cannot be separated from each other without diminishing the achievement of constitutionalism* ». Voir N. WALKER, « Beyond the Holistic Constitution? », art. cité, p. 294, qui qualifie cette approche de « culturaliste ».

<sup>49</sup> M. POIARES MADURO, « Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism », in J.L. DUNOFF et J.R. TRACHTMAN (dir.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, op. cit., p. 356.

<sup>50</sup> Mattias Kumm défend l'idée que la théorie constitutionnelle classique repose sur la fiction de l'unité de la source alors que la constitution serait un ensemble de pratiques formelles et informelles structurée autour de grands principes (M. KUMM, « The Best of Times and the Worst of Times. Between Triumphalism and Nostalgia », art. cité, p. 203). Voir aussi, sur la notion de « citoyenneté », C. COLLIOT-THÉLÈNE, « La démocratie sans *demmos* », Paris, PUF, 2011, en particulier p. 187-193.

<sup>51</sup> L'enjeu principal de l'œuvre de Bruce Ackerman est de produire un récit de l'histoire constitutionnelle américaine permettant de « revitaliser » l'expression concrète du peuple contre une lecture trop centrée sur l'œuvre de la Cour Suprême. Voir B.A. ACKERMAN, *We*

constitutionnelle s’accommoderait sans doute aisément des modes d’apparition des phénomènes juridiques sur la scène internationale. On peut aussi y voir une stratégie destinée à impulser un levier politique quitte à prendre le risque d’aller trop vite et trop loin en détachant davantage le lien entre gouvernants et gouvernés. À cette première entorse à la théorie constitutionnelle classique s’en ajoute une autre qui atteint cette fois la perception « publique » du pouvoir. La naissance de nouveaux acteurs, spécialisés dans des domaines autonomes et ordinairement classés dans la sphère privée (économique, commercial, numérique, etc.), a nourri le thème de la « fragmentation<sup>52</sup> » de la gouvernance. Contre l’« étatismisme constitutionnel<sup>53</sup> », le recours à la notion de constitution pour décrire d’autres rapports que ceux qui lient État et individus devient un horizon possible : la théorie du « constitutionnalisme sociétal » en est un exemple abouti. Les « constitutions sociétales » naissent de différents milieux, social, économique, etc., ou de toute « institution » fonctionnant selon une logique de pouvoir propre, distincte du pouvoir politique. Ce glissement de la notion constitution vers le « privé » ou le « social » soulève des perspectives à la fois attrayantes et potentiellement inquiétantes. Si elle invite à percevoir l’articulation des multiples foyers du pouvoir, elle présente de faibles garanties pour ceux qui sont attachés au fondement libéral de la limitation du pouvoir politique<sup>54</sup>.

Enfin, s’opposent au sein de ce débat plusieurs options discursives. D’un côté, celle qui donne une présentation plutôt cohérente, ordonnée de son objet (le monisme ou le pluralisme ordonné<sup>55</sup>, ou encore le néoconstitutionnalisme). D’un autre côté, celle qui pointe au contraire l’aspect erratique, indompté de cet objet. Un discours trop homogénéisant se heurte parfois au reproche d’être néfaste, parce qu’il servirait les intérêts d’une partie

---

*the People*, vol. 1, *Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991 (traduction française : B.A. ACKERMAN, *Au nom du peuple, Les fondements de la démocratie américaine*, traduit par J.-F. SPITZ et préfacé par P. WEIL, Paris, Calmann-Lévy, 1998). Cité par exemple par S. BENHABIB, « The New Sovereignism and Transnational Law: Legal Utopianism, Democratic Scepticism and Statist Realism », *Global Constitutionalism*, vol. 5, n° 1, 2016, p. 109-144.

<sup>52</sup> M. KOSKENNIEMI et P. LEINO, « Fragmentation of International Law Postmodern Anxieties », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, n° 3 2002, p. 553-579 ; M. KOSKENNIEMI, « Global Legal Pluralism: Multiple Regime and Multiple Modes of Thought », conférence, Harvard University, 5 mars 2005, p. 3.

<sup>53</sup> G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels : le constitutionnalisme sociétal à l’ère de la globalisation*, Paris, Garnier, 2016.

<sup>54</sup> G. TEUBNER, « Constitutionnalisme sociétal : Neuf variations sur un thème de David Sciuilli », *Jus Politicum*, 19, janvier 2018 : « Quant à savoir si une telle autolimitation peut réussir aussi dans d’autres sous-systèmes sociaux qui présentent des tendances semblables à la totalisation, est l’une des questions les plus importantes du constitutionnalisme sociétal ». La référence à une « méta-constitution » permet d’identifier des « normes de collision » en mesure de résoudre les conflits entre les différentes constitutions sociétales.

<sup>55</sup> N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002, p. 317-359. Joseph H.H. Weiler fait référence à une « tolérance constitutionnelle » : J.H.H. Weiler, « On the Power of the Word: Europe’s constitutional iconography », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n°s 2-3, 2005, p. 184, <https://doi.org/10.1093/icon/moi015>.

du monde<sup>56</sup> ou encore parce qu'il ne tiendrait pas compte des différenciations culturelles, sociales, existantes<sup>57</sup>. Au mieux, y voit-on une forme d'auto-persuasion. Il y a certainement un relatif confort à hisser l'étendard du constitutionnalisme, tout comme il y a certainement un autre confort à en déconstruire les présupposés ; les fonctions recherchées sont, ici comme ailleurs, nettement différentes. S'il ne s'agit que de manières de dire, faut-il vraiment prêter attention à ce débat ? Il se pourrait, comme le suggère David Kennedy, qu'il nous montre finalement le peu de chose que nous savons de l'exercice réel du pouvoir et de la manière dont cohabitent ses différentes institutions ; le moment académique serait donc plutôt celui de l'inconnu (*unknowing*) et de la « réinvention »<sup>58</sup>. Que l'on adopte ou non les conclusions de ces discours, une immersion dans cet « *agenda* » du global met nécessairement à l'épreuve nos représentations et cloisons disciplinaires.

**Manon Altwegg-Boussac**

*Professeur de droit public à l'Université du Littoral Côte d'Opale*

---

<sup>56</sup> Concernant la perspective critique du constitutionnalisme global en matière de droit des investissements, voir notamment D. SCHNEIDERMAN, « Global Constitutionalism and International Economic Law: the Case of International Investment Law », art. cité.

<sup>57</sup> M.-C. PONTHEOREAU, « “Global Constitutionalism” », un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique », *Jus Politicum*, 19, janvier 2018.

<sup>58</sup> « *Moments of both of great unknowing and of disciplinary reinvention* » (D. KENNEDY, « The Mystery of Global Governance », art. cité, p. 39).