



## Trivium

Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales - Deutsch-französische Zeitschrift für Geistes- und Sozialwissenschaften

30 | 2019

La constitution au tournant des XXe et XXIe siècles

---

# L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé

Dieter Grimm

Traducteur : Olivier Joop

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/trivium/6956>

DOI : 10.4000/trivium.6956

ISSN : 1963-1820

### Éditeur

Les éditions de la Maison des sciences de l'Homme

### Référence électronique

Dieter Grimm, « L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé », *Trivium* [En ligne], 30 | 2019, mis en ligne le 18 décembre 2019, consulté le 08 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/trivium/6956> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/trivium.6956>

---

Ce document a été généré automatiquement le 8 septembre 2020.



Les contenus de la revue *Trivium* sont mis à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

---

# L'acquis du constitutionnalisme et ses perspectives dans un monde changé

Dieter Grimm

Traduction : Olivier Joop

---

## NOTE DE L'ÉDITEUR

Nous remercions Monsieur Dieter Grimm ainsi que la maison d'édition Suhrkamp de nous avoir accordé l'autorisation de traduire ce texte pour le présent numéro.

Wir danken Herrn Dieter Grimm und dem Suhrkamp-Verlag für die freundliche Genehmigung, diesen Artikel in französischer Übersetzung zu publizieren.

## I. Apogée à l'extérieur – érosion à l'intérieur

- 1 Le constitutionnalisme est un phénomène relativement récent dans l'histoire des institutions politiques. Il a émergé au cours des vingt-cinq dernières années du XVIII<sup>e</sup> siècle, à la suite de deux révolutions menées avec succès contre le pouvoir en place, la première dans les colonies anglaises d'Amérique du Nord, la seconde en France. Immédiatement perçu comme une avancée majeure, le constitutionnalisme n'a pas tardé à exercer également son pouvoir d'attraction en dehors des pays où il est apparu. Partout en Europe, et ensuite dans d'autres parties du monde, des tentatives pour mettre en place des constitutions modernes virent le jour. Tout le XIX<sup>e</sup> siècle fut traversé par les luttes pour une constitution, et le XX<sup>e</sup> siècle fut une période de sérieux revers, avant qu'au tournant du XXI<sup>e</sup> siècle, le constitutionnalisme ne finisse par accéder à une reconnaissance mondiale. De nos jours, seule une poignée d'États, parmi les quelque deux cents que compte le monde, ne possède pas de constitution.

- 2 On ne saurait pour autant prétendre que la constitution est partout prise au sérieux ou qu'elle prend toujours le dessus lorsqu'elle entre en conflit avec des desseins politiques. La reconnaissance universelle du constitutionnalisme en tant que modèle pour l'organisation et la légitimation du pouvoir politique se manifeste cependant en ceci que même les despotes qui ne sont pas enclins à se soumettre à des règles de droit tiennent au moins à entretenir l'apparence que leur pouvoir s'exerce à l'intérieur d'un cadre constitutionnel. Globalement, la propension des dirigeants à gouverner en conformité avec les dispositions inscrites dans leur constitution a toutefois sensiblement augmenté ces derniers temps, ce que confirme le grand nombre de cours constitutionnelles ou de juridictions compétentes pour trancher des contentieux constitutionnels mises en place durant le dernier quart du XX<sup>e</sup> siècle. 225 ans après ses débuts, le constitutionnalisme semble être au faîte de son évolution.
- 3 Toutefois, il ne faut pas se laisser tromper par ce succès apparent. Il s'accompagne d'une érosion à l'intérieur du système, laquelle a commencé presque imperceptiblement avec la transformation de la puissance étatique et conduit à ce que ce l'État ait finalement perdu le monopole de la puissance publique sur son territoire<sup>1</sup>. De nos jours, l'État est obligé de partager son pouvoir avec toute une série d'acteurs non étatiques, la plupart d'entre eux étant des organisations internationales auxquelles les États ont transféré des droits de souveraineté dont l'usage échappe désormais aux dispositions des constitutions nationales. Ce phénomène ne renvoie pas à la transgression ou au contournement des normes constitutionnelles : il y a toujours eu des écarts entre la norme et la réalité, sans pour autant que la vigueur du constitutionnalisme en fût affectée. En revanche, l'érosion par l'intérieur de la constitution fragilise la capacité de cette dernière à imposer des règles à la puissance publique. Cette érosion n'affecte donc pas seulement quelques constitutions isolées, mais les acquis du constitutionnalisme dans leur ensemble.
- 4 L'une des réactions possibles à cette évolution consiste à compenser à l'échelon international la perte d'importance des constitutions nationales. L'essor du terme « constitutionnalisation » est l'expression de cette tendance. Contrairement à l'activité constituante classique, le terme de constitutionnalisation ne désigne pas l'acte par lequel une constitution entre en vigueur, mais le processus qui aboutit à une constitution. De tels processus peuvent être observés en Europe, où la Convention européenne des droits de l'homme et le droit primaire de l'Union européenne sont décrits comme relevant du droit constitutionnel. Ils affectent en outre l'échelon mondial. Pour de nombreux auteurs, le droit international public prend des traits de droit constitutionnel. La Charte des Nations Unies, ainsi que les statuts d'autres organisations internationales, sont considérés comme la constitution de ces organisations. Même des réseaux politiques mondiaux ou des processus d'auto-organisation d'acteurs privés agissant mondialement sont analysés du point de vue du constitutionnalisme – autant d'objets pour lesquels, il y a encore quelques années, le terme de constitution n'aurait pas été employé<sup>2</sup>.
- 5 Avant de pouvoir déterminer dans quelle mesure la constitution nationale souffre de cette évolution et s'il existe une chance de compenser ce déclin à l'échelon international, il convient cependant de se faire une idée plus précise de ce que signifie le constitutionnalisme. Or, bien souvent, une telle définition fait défaut dans les débats sur l'avenir du constitutionnalisme. De nombreux auteurs tendent à assimiler constitutionnalisme et juridicisation de la politique. La juridicisation de la politique

n'est cependant pas un phénomène nouveau. Elle existait déjà bien avant l'avènement du constitutionnalisme. La meilleure manière de se faire une idée précise de la notion de constitutionnalisme consiste alors à évaluer ce que la constitution a apporté de nouveau lorsqu'elle est entrée sur la scène à l'occasion des deux révolutions majeures de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, et quelles conditions devaient être remplies afin qu'une constitution pût alors s'imposer<sup>3</sup>. Une telle approche permet d'une part de comparer le constitutionnalisme au sens classique du terme et la constitutionnalisation qui s'étend au-delà de l'État national, et d'autre part d'évaluer les perspectives futures de ce mouvement de constitutionnalisation.

## II. Les acquis et ses conditions préalables

- 6 Ce n'est pas un hasard si la constitution moderne est le fruit d'une révolution. Les révolutions américaine et française se distinguent des nombreuses autres périodes de révoltes et de troubles qui ont marqué l'histoire en ceci qu'elles ne se sont pas contentées de remplacer un souverain détesté par un nouveau monarque. Elles visaient davantage la mise en place d'un nouveau *régime* politique qui ne porterait plus en lui les défauts que les révolutionnaires attribuaient à l'Ancien Régime. Pour atteindre ce but, ces derniers formulèrent le projet d'un pouvoir légitime, avant que des personnes, sur la base de ce projet, ne fussent appelées au pouvoir et à l'exercer selon des modalités préalablement déterminées. La nouveauté historique de cette étape est souvent occultée par le fait que la juridicisation de la politique avait déjà commencé avant la naissance des premières constitutions. Le terme de « constitution » lui-même n'était pas nouveau, il fut utilisé longtemps avant celui de constitutionnalisme. Toutefois, les normes juridiques liant le pouvoir en place étaient de nature différente de celle d'une constitution, et le terme même de « constitution » revêtait des significations différentes avant et après la rupture que constituait la révolution<sup>4</sup>.
- 7 Dans son acception traditionnelle, le terme de « constitution » décrivait l'état d'un pays tel qu'il était déterminé par différents éléments comme sa situation géographique, les caractéristiques de sa population ou encore les rapports de force à l'intérieur de ce pays. Parmi ces éléments figuraient également les règles de droit fondamentales régissant la structure politique et sociale du pays en question. Vers la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, le terme prit un sens différent, plus retreint, caractérisant alors l'état d'un pays tel qu'il était déterminé par ses lois fondamentales. À ce stade, ces lois fondamentales ne formaient toutefois pas encore une « constitution ». Le concept n'est pas de nature normative, mais empirique. Dans cette approche descriptive, chaque pays avait une constitution ou, autrement dit, il était constitué. Utilisé dans un sens normatif, le terme de « constitution » désignait alors une certaine catégorie de lois, par exemple des lois édictées directement par l'empereur du Saint-Empire romain germanique (*Constitutio Criminalis Carolina*). Par ailleurs, il existait des normes juridiques qui régissaient l'exercice du pouvoir, mais, précisément, elles n'étaient pas appelées « constitution », mais forme du gouvernement, *leges fundamentales*, etc.
- 8 Au Moyen Âge, le droit était considéré une composante de l'ordre mis en place par la création divine. Le droit divin primait sur toute autre norme et ne pouvait être modifié par le pouvoir temporel. La mission de ce dernier était au contraire d'imposer la volonté divine. Dans la mesure où des lois étaient édictées par le pouvoir temporel, elles n'étaient pas considérées comme génératrices de droit nouveau, mais comme la

concrétisation et l'adaptation du droit éternel aux circonstances géographiques et temporelles. Cette conception du droit fut balayée par la Réforme au début du XVI<sup>e</sup> siècle. Les guerres de religion – de véritables guerres civiles – conduisirent à ce que le rétablissement de la paix intérieure fût considéré comme l'objectif suprême du pouvoir. Cet objectif ne pouvait toutefois pas être atteint sur la base de l'ordre social médiéval, dans lequel les droits de souveraineté étaient répartis entre de nombreux acteurs indépendants les uns des autres, qui en outre n'exerçaient pas ces droits au titre d'une fonction à part entière, mais comme le prolongement d'un certain statut – souvent celui de propriétaire de terres. Par ailleurs, ces droits étaient exercés non pas tant sur un territoire donné, que sur certaines catégories de personnes, si bien que sur un même territoire, pouvaient coexister plusieurs détenteurs de droits de souveraineté différents.

- 9 Le rétablissement de la paix intérieure ne semblait au contraire possible que si un souverain parvenait à s'arroger des droits de souveraineté éparpillés et à les concentrer entre ses mains pour en faire la souveraineté (au singulier). À l'époque, seuls les princes étaient en mesure d'assumer ce rôle. Leur pouvoir ne pouvait cependant pas demeurer limité à l'exécution du droit, il devait s'étendre également au droit de mettre en place un ordre juridique indépendant de la vérité religieuse si controversée. Le droit divin perdit alors sa force juridique et continua d'exister uniquement en tant qu'impératif moral. Pour être en mesure de faire respecter le droit séculier, les princes revendiquèrent alors le monopole de la violence sur leur territoire, une évolution qui faisait écho, au sein de la société, à une complète privatisation. Pour ce nouveau type d'exercice de la puissance publique en Europe apparut vite un nouveau terme : l'État. Son attribut essentiel était la souveraineté, entendue depuis *Bodin* comme le droit du souverain d'édicter du droit s'imposant à tous, sans être lui-même lié par ce droit<sup>5</sup>. L'État naquit sous la forme de l'État absolu.
- 10 Avant la Révolution française, l'absolutisme demeura toutefois une ambition qui ne se concrétisa nulle part intégralement. Bien que définie comme pouvoir suprême et indivisible sur tous les sujets de l'État, la souveraineté ne fut en réalité que relative. Des règles juridiques héritées du Moyen Âge subsistèrent, de nouvelles furent créées. Cependant, toutes ces règles ne formaient pas une unité cohérente. La plupart d'entre elles découlaient de conventions que les ordres statutaires [*Stände*] privilégiés de la société, en raison du fait que le souverain dépendait de leur service ou de leur consentement, avaient pu imposer aux princes de leur concéder. Ces conventions étaient considérées comme liant les deux parties et pouvaient même parfois être invoquées devant les tribunaux. Cela dit, aucun de ces engagements juridiques ne remettait en cause le droit du prince de régner. Ce droit, reposant sur la volonté divine ou sur la tradition comme base de légitimité, était antérieur à ces engagements. Ces derniers avaient pour seul effet de limiter le pouvoir du souverain d'une manière ou d'une autre, et uniquement au bénéfice des parties contractantes, et non de tous.
- 11 L'existence de règles de droit d'origine divine ou laïque liant le pouvoir confirme qu'il ne suffit pas de décrire le constitutionnalisme comme juridicisation du pouvoir. Une telle juridicisation a toujours existé. La particularité de ces nouvelles constitutions était qu'elles ne se bornaient pas à modifier les règles régissant un pouvoir qui existait déjà avant elles. Au contraire, elles précédaient le pouvoir et l'établissaient par leurs dispositions. En même temps, elles déterminaient les modalités selon lesquelles le pouvoir pouvait être exercé légitimement. Contrairement aux types antérieurs de

règles de droit liant le pouvoir, elles réglèrent le pouvoir public de manière systématique et exhaustive. Cela ne signifie nullement que la puissance publique fût bornée à assurer l'exécution du droit, comme cela avait été le cas au Moyen Âge, mais que le constitutionnalisme n'admettait ni qu'il y eût des détenteurs de la puissance publique extérieurs à la constitution, ni que cette puissance pût être exercée avec des moyens ou par des voies extraconstitutionnels. En définitive, l'obligation faite au pouvoir de respecter la constitution ne bénéficiait pas uniquement aux catégories privilégiées de la société qui disposaient d'un pouvoir de négociation suffisant, mais à tous les habitants du territoire sur lequel elle s'appliquait.

- 12 Ces différences engendrèrent une série de conséquences qui tendirent à affiner la notion de constitution. En tant qu'acte fondateur légitimant le pouvoir ainsi établi, la constitution ne pouvait être le fait du prince. Il fallait qu'elle s'appuyât sur une source indépendante de la volonté du prince. Cette source fut trouvée dans le peuple, qui se constituait en tant qu'entité politique. Le principe conférant sa légitimité à l'État constitutionnel n'était pas la souveraineté du monarque, mais la souveraineté populaire. Cette idée n'est cependant pas propre aux révolutions américaine et française. Ses origines remontaient bien plus loin dans le temps, et elle fut communément reconnue une fois que la Réforme eut ôté à la révélation divine sa qualité de fondement de l'ordre social. Faute de pouvoir s'appuyer sur cette légitimité divine, la philosophie contemporaine se tourna alors vers la raison, perçue comme le lot commun de toute l'humanité et indépendante de toute confession religieuse. Afin de fonder la légitimité du pouvoir politique, les philosophes imaginèrent un état naturel, dans lequel tous les hommes étaient, par définition, égaux. La question qui se posait alors fut de savoir pourquoi et dans quelles conditions ces êtres doués de raison seraient disposés à échanger l'état naturel contre un état de domination.
- 13 Une explication fut trouvée dans l'insécurité fondamentale que l'état naturel faisait peser sur le corps et la vie des hommes. La raison commandait par conséquent d'abandonner l'état naturel. Toutefois, étant donné que l'état naturel se définissait par l'égalité de liberté de chaque individu, le passage à un état de domination ne pouvait se produire qu'avec le consentement de tous. Seule une domination fondée sur le consentement des dominés était par conséquent considérée comme légitime. De même, il revenait aux dominés de définir les conditions dans lesquelles le pouvoir politique pouvait être exercé légitimement. Ces conditions évoluèrent au fil du temps. Pour les philosophes qui formulaient leurs théories en réaction aux guerres de religion des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, la fin des hostilités et le rétablissement de la paix civile constituaient une priorité absolue. Ce but ne leur semblait pouvoir être atteint que si les individus cédaient l'intégralité de leurs droits naturels au souverain et recevaient en échange ce bien plus précieux que tous les autres : la sécurité. Dans ces conditions, la théorie du contrat justifiait le caractère absolu du pouvoir.
- 14 Toutefois, plus le souverain absolu parvenait à accomplir sa mission historique, celle d'assurer la paix civile, moins il paraissait alors justifié d'acheter cette paix au prix du renoncement à tous les droits individuels. La fonction du souverain semblait désormais résider davantage dans la protection de la liberté individuelle des sujets, et à cette fin, le seul droit auquel il suffisait de renoncer était le droit à se faire justice soi-même. Depuis le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, les traités de droit naturel furent remplis de catalogues de plus en plus détaillés de droits humains que l'État devait respecter et protéger. En même temps s'imposa dans l'économie politique l'idée que la prospérité et

la justice pouvaient être plus sûrement atteintes dans le cadre d'un ordre fondé sur le droit de propriété et la liberté contractuelle que sous un ordre féodal et à travers le dirigisme économique de l'État. De plus en plus se répandit alors l'idée que la concentration du pouvoir constituerait toujours une menace pour la liberté individuelle. Par conséquent, pour garantir cette liberté, un système de séparation des pouvoirs ou de contrôle mutuel des pouvoirs (*checks and balances*) parut indispensable.

- 15 Bien que ces théories eussent déjà contenu tous les éléments qui allaient faire partie des futures constitutions, les philosophes ne les poussèrent pas jusqu'au point de réclamer une constitution à valeur juridique. Ils envisageaient davantage ces théories comme la pierre de touche de la légitimité d'un système politique, ce dernier étant considéré comme légitime s'il pouvait être *pensé* comme étant le résultat du consentement des individus soumis au pouvoir de domination. Tout comme l'état naturel, la théorie du contrat reposait sur une fiction. À l'exception d'Emer de Vattel<sup>6</sup>, aucun des philosophes de l'Ancien Régime ne réclama un document écrit ou un plébiscite. Le contrat faisait office d'idée régulatrice. Il n'était pas le produit d'un processus d'accord effectif. Son autorité reposait sur les arguments avancés, et non sur une quelconque force juridique. Aucun souverain de l'Ancien Régime n'avait été disposé à se rallier à cette théorie. La plupart d'entre eux la rejetaient catégoriquement. Droit naturel et droit positif étaient en opposition.
- 16 Ce n'est qu'avec le renversement du pouvoir établi, engendré par les révolutions, que ces idées purent servir d'orientation pour la mise en place d'un ordre nouveau remplissant la vacance du pouvoir légitime. La logique voulut que fût enfin établie une constitution. L'ordre nouveau reposait sur le principe de la souveraineté du peuple comme source de légitimité. Cependant, contrairement au monarque absolu, le peuple n'avait pas la capacité de se gouverner lui-même. Il avait besoin de représentants qui gouverneraient en son nom. Le pouvoir démocratique repose sur l'idée d'un mandat et appelle une organisation correspondante. Le mandat donné aux représentants du peuple ne l'était d'ailleurs pas sans conditions. Par opposition au pouvoir illimité du Parlement britannique ou du roi de France, les révolutionnaires voulaient établir un pouvoir limité. La durée et le périmètre du pouvoir, ainsi que sa répartition entre différentes autorités, devaient être définis sous la forme de règles. En raison de la nouvelle ère amorcée par la rupture que constituait la révolution, ces règles prirent la forme d'une constitution écrite.
- 17 L'apport des révolutions américaine et française réside alors dans le fait qu'elles parvinrent à transposer les idées philosophiques relatives au droit naturel dans un code de lois particulier destiné à légitimer et à limiter le pouvoir. Seul le droit possédait la capacité de dissocier le consensus atteint sur le but et les formes du pouvoir politique du moment historique de sa réalisation et de le projeter vers l'avenir, de mettre en place des critères contraignants pour renouveler ce consensus et faire reposer le pouvoir politique non plus sur le pouvoir de persuasion, mais sur la force du droit en vigueur. Surgit alors le problème qu'après l'effondrement de l'ordre médiéval perçu comme d'origine divine, le droit était devenu le produit de décisions politiques. Indéniablement, le droit était un droit positif. Il en allait de même du droit destiné à régir la mise en place et l'exercice du pouvoir. Dès lors, la question qui en découlait était de savoir de quelle manière le droit, lui-même le fruit d'une procédure politique, pouvait à son tour lier cette procédure.

- 18 La solution consista à reprendre l'ancienne hiérarchie des normes qui distinguait entre le droit divin et le droit séculier et de la transposer au droit positif. Ce dernier fut scindé en deux parties : l'une ayant pour source le peuple et liant le pouvoir, et l'autre ayant pour origine le pouvoir et imposant des obligations au peuple. La première part réglait l'adoption et l'application de la seconde. Le droit devint réflexif. Cette évolution ne pouvait toutefois réussir que si le droit ayant pour source le peuple primait sur celui posé par l'autorité publique. Les théoriciens de l'époque des révolutions étaient parfaitement conscients de cette nécessité. Les Américains créèrent le terme de « *paramount law* » pour y répondre et décrire la distinction entre le maître et son serviteur, le principal et son agent, tandis que Sieyès eut recours à la dichotomie entre *pouvoir constituant* et *pouvoir constitué*<sup>7</sup>. Sans cette distinction, et celle qui en découlait, entre droit constitutionnel et loi ordinaire et la soumission du second au premier, le constitutionnalisme n'aurait pu remplir sa fonction.
- 19 La constitutionnalisation n'est donc pas la même chose que la juridicisation du pouvoir public. Le constitutionnalisme constitue plutôt une forme spécifique et particulièrement ambitieuse de juridicisation, dont les principaux éléments peuvent être résumés comme suit :
- 20 1. La constitution moderne est un ensemble de règles de droit, et non pas une théorie philosophique. Ses normes reposent sur un choix politique, et non sur une vérité préexistante.
- 21 2. Le but de ces normes est de régler la mise en place et l'exercice de l'autorité publique. Elles ne se bornent pas simplement à modifier les règles régissant une puissance publique qui existerait déjà.
- 22 3. Les règles sont exhaustives dans le sens qu'elles excluent la possibilité qu'il y ait d'une part des détenteurs extraconstitutionnels de l'autorité publique et d'autre part des moyens extraconstitutionnels d'exercice de cette autorité publique.
- 23 4. La constitution émane du peuple, seule source légitime de toute autorité publique. La distinction entre *pouvoir constituant* et *pouvoir constitué* est fondamentale pour la constitution.
- 24 5. Le droit constitutionnel est un droit supérieur. Il prime sur les lois et les autres actes juridiques adoptés par les pouvoirs publics. Un acte non conforme à la constitution ne produit pas d'effets juridiques.
- 25 Ces cinq éléments portent sur la *fonction* de la constitution. Ils se distinguent ainsi des nombreuses tentatives de définir une constitution moderne par son contenu : la démocratie, l'État de droit, la séparation des pouvoirs, les droits fondamentaux, etc. La raison en est que le constitutionnalisme est ouvert à de nombreux types différents d'organisation de l'autorité publique : monarchie ou république, État unitaire ou fédéral, régime parlementaire ou présidentiel, régime monocaméral ou bicaméral, constitution contenant ou non un catalogue de droits fondamentaux, constitution prévoyant ou non une justice constitutionnelle, etc. Tous ces aspects sont laissés à la décision du pouvoir constituant. Cela ne signifie toutefois pas que la constitution moderne soit compatible avec tout type de contenu. La raison en est justement la fonction qui lui revient, c'est-à-dire fonder la légitimité du pouvoir et déterminer de manière exhaustive les règles pour l'exercice de ce pouvoir. Un ordre constitutionnel qui ne reconnaîtrait pas l'origine populaire de l'autorité publique et qui ne serait pas

conçu pour limiter chacun des pouvoirs publics manquerait aux exigences du constitutionnalisme.

- 26 Aussi les deux éléments du constitutionnalisme que sont la démocratie et l'État de droit ne peuvent-ils être dissociés l'un de l'autre sans amoindrir les acquis du constitutionnalisme. Il est généralement reconnu qu'un acte dépourvu de l'intention d'assujettir le pouvoir politique au droit ne mérite pas de porter le nom de « constitution ». Cette affirmation est cependant moins nette pour ce qui concerne la démocratie comme principe de légitimation de l'autorité publique. Dans le même temps, tout autre principe de légitimation que celui de la démocratie minerait la fonction de la constitution. Si la compétence d'exercer un pouvoir de domination repose sur une vérité absolue postulée, que celle-ci soit d'ordre religieux ou séculier, cette vérité s'imposera toujours en cas de conflit avec le droit positif. Le même résultat se produira si une élite revendique une capacité éminente à discerner le bien commun et s'arroge à ce titre le droit de gouverner sans tenir compte du consentement de ceux qui sont soumis au pouvoir. Pour cette raison, il serait erroné de considérer qu'il existe deux types équivalents de constitution, qui représenteraient tous deux les acquis : le type démocratique et le type de l'État de droit<sup>8</sup>. Lorsqu'il s'agit non de dresser une typologie de constitutions historiques, mais de relever *l'acquis* du constitutionnalisme, seule une constitution contenant ces deux éléments répond pleinement aux exigences.
- 27 Le constitutionnalisme, ainsi entendu, mérite d'être qualifié d'« acquis »<sup>9</sup> au sens de « conquête », parce qu'il exclut toute forme de pouvoir absolu ou arbitraire des hommes sur d'autres hommes. En assujettissant tout acte de pouvoir au respect des règles de droit, il rend prévisible l'exercice de l'autorité publique et donne aux individus soumis à cette autorité la possibilité de s'organiser en fonction des décisions du gouvernement et d'interagir sans crainte avec les détenteurs de l'autorité publique. Il offre aux individus et aux groupes aux idées et aux intérêts les plus divers une base de consensus sur laquelle ils peuvent s'affronter de manière civilisée. Il rend possible un changement paisible de gouvernement. Dans des conditions favorables, il peut même contribuer à l'intégration sociale<sup>10</sup>. Bien que tout acquis implique aussi des faiblesses ou des erreurs, le constitutionnalisme tel qu'il est défini par les cinq éléments décrits ne constitue pas un idéaltype au sens wébérien du terme, dont on ne peut que s'approcher sans jamais l'atteindre complètement. Les constitutions au sens de l'acquis décrit sont une réalité, tant historique que contemporaine, qui s'est déjà concrétisée dans les premières constitutions en Amérique du Nord et en France et qui remplit également ses promesses dans toute une série d'autres pays.
- 28 Pour ces raisons, les cinq éléments définissant l'acquis réalisé par le constitutionnalisme ne sauraient être envisagés comme la description de tous les documents qui, depuis les deux révolutions mentionnées, prirent le nom de « constitution ». Il y eut nettement plus de documents compris comme « constitution » ou désignés par ce terme que de constitutions au sens plein de l'acquis défini précédemment. Une fois que la constitution était entrée dans l'histoire comme une force agissante, il devenait également possible de recourir à une constitution au sens formel sans en même temps reprendre tous les éléments matériels définissant une telle loi fondamentale. Il y eut des constitutions qui ne remirent pas en cause le droit du souverain de régner qui était antérieur à la constitution. Il y eut des constitutions sans véritable volonté de se soumettre les pouvoirs politiques. Il y eut des constitutions dépourvues de toute primauté par rapport aux actes des pouvoirs publics, et qui

pouvaient au contraire être écartées de manière légale par des décisions politiques. Néanmoins, dans la mesure où des éléments fondamentaux du constitutionnalisme faisaient défaut à ces constitutions, elles restèrent en deçà de l'acquis réalisé par le constitutionnalisme et furent également considérées comme incomplètes par leurs contemporains.

- 29 Le fait que, historiquement, le constitutionnalisme fit son entrée sur scène relativement tard amène cependant à penser que des conditions supplémentaires devaient être remplies pour permettre l'avènement d'une constitution, et non d'une simple juridicisation de l'action des pouvoirs publics. Bien que les premières constitutions fussent le produit de révolutions, la rupture révolutionnaire ne constitue pas la condition indispensable de la mise en place d'une constitution. Certes, la rupture avec le pouvoir traditionnel en place, combinée avec une conception nouvelle de la légitimité du pouvoir, fut déterminante lors de l'invention de la constitution. Mais une fois inventée, l'idée de constitution ne dépendait plus de ses origines révolutionnaires. Elle pouvait également devenir le fruit d'une évolution. Il suffit que les questions portant sur la légitimité du pouvoir et l'organisation d'un tel pouvoir puissent être tranchées par des décisions politiques. Si l'ordre politique et social est déjà déterminé indépendamment de l'accord du peuple sans pouvoir être modifié, une constitution n'a plus sa place. Dans ce cas, un document qui prendrait le nom de constitution ne pourra jouir de primauté et restera subordonné à la vérité absolue proclamée.
- 30 Même entendue comme régulation systématique et complète de l'institution et de l'exercice de l'autorité publique, la constitution ne pouvait toutefois émerger avant que ne fussent remplies deux conditions supplémentaires. Tout d'abord, il devait y avoir un objet susceptible d'être réglé par une constitution. Avant la naissance de l'État au sens moderne aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, un tel objet n'existait pas. Ce qui distingue l'État moderne de l'ordre médiéval est qu'il concentre entre ses mains tous les droits de souveraineté s'exerçant sur un territoire donné. Ce n'est qu'une fois qu'autorité publique et puissance de l'État étaient devenues identiques que cette autorité pouvait être régie de manière détaillée par une loi spéciale, dont l'objectif était précisément de réguler cette autorité. Le monde médiéval avec ses droits de souveraineté éparpillés n'était pas simplement dépourvu de constitution. Il n'aurait pas pu en avoir<sup>11</sup>. Toutes les affirmations formulées au sujet de la constitution du Saint Empire romain germanique, des royaumes du Moyen Âge ou encore de la constitution britannique se réfèrent à un objet différent.
- 31 La naissance de l'État moderne fut donc une condition nécessaire pour qu'une constitution pût émerger. Mais elle n'était pas une condition suffisante. Façonné par la mission historique qui était la sienne, l'État émergent sur le continent européen était un État absolutiste. Il ne reposait pas sur le consentement de ceux qui étaient soumis à sa domination. Au contraire, il réclama un pouvoir illimité vis à vis d'eux. Contrairement à un pouvoir exercé par délégation, un pouvoir que le souverain détient et exerce en vertu d'un droit propre ne requiert pas que soit réglé juridiquement le rapport entre mandant et mandataire. Dans de telles conditions, le pouvoir absolu constitue la seule norme constitutionnelle. Mais même lorsque le souverain dispose d'un mandat, il est inutile de prévoir des règles pour son exercice, si ce mandat a été donné de manière inconditionnelle. Le pouvoir illimité est l'opposé du constitutionnalisme. Ce n'est qu'une fois que s'est imposée l'idée que, dans l'intérêt de la liberté des individus et de l'autonomie des différents domaines de la vie sociale, la

puissance de l'État doit être limitée que la question d'une constitution peut être débattue.

- 32 La concentration de tous les pouvoirs publics entre les mains de l'État avait une contrepartie : la privatisation de la société. La constitution ne changea rien à cet état des faits. Elle renversa seulement l'ordre de priorité entre l'État et la société. Désormais, la priorité revenait à la liberté individuelle, cependant que l'État déduisait d'elle sa raison d'être et devait se contenter du rôle de garant de la liberté contre les agresseurs et les criminels. Afin d'être en mesure d'exercer cette compétence limitée, il fallait qu'il gardât un pouvoir de domination sans partage et le monopole de la violence. Seuls changèrent les buts pour lesquels il était autorisé à en faire usage et les conditions qu'il devait alors respecter. Pour cette raison, la ligne de partage entre ce qui relève du domaine privé de l'individu et ce qui relève du domaine de l'autorité publique est déterminante lorsqu'il est question d'une constitution<sup>12</sup>. Un système dans lequel l'État jouirait des mêmes libertés que les individus serait non moins dépourvu de constitution au sens où l'entend le constitutionnalisme qu'un système dans lequel les particuliers disposeraient de l'autorité publique. Si les particuliers détenaient une part de la puissance publique, la constitution ne pourrait plus prétendre régler de manière exhaustive la mise en place et l'exercice de l'autorité publique, à moins que les particuliers ne se soumettent aux obligations imposées par la constitution, renonçant ainsi à leur statut de membres libres de la société.
- 33 Le fait que l'objet susceptible de donner lieu à une constitution revêtît la forme de l'État territorial engendra comme conséquence qu'une multitude d'États purent coexister. La seconde condition pour qu'une constitution fût en mesure de régler de manière complète l'autorité publique exercée dans son champ d'application territorial était alors que la puissance de l'État ne connût pas de concurrence à l'intérieur de ce territoire. Par conséquent, le champ d'application d'une constitution trouvait ses limites aux frontières de l'État. Aucune constitution ne prétend régir une autorité publique étrangère, de même qu'elle ne reconnaît pas d'applicabilité sur son territoire aux actes d'une autorité publique étrangère. De même que les limites entre la sphère privée des individus et la sphère publique de l'État sont déterminantes pour qu'il y ait une constitution, de même la frontière entre un espace intérieur et un espace extérieur est une condition indispensable pour qu'une constitution soit en mesure de réaliser son objectif de prévoir une réglementation exhaustive<sup>13</sup>. Un État qui ne serait pas capable de protéger ses frontières des actes d'une autorité publique étrangère n'est également pas en mesure de garantir sur son territoire la pleine application de la constitution.
- 34 Au-dessus des États, il n'existait pas de *vide juridique*. C'est le droit international public qui s'appliquait. Mais ce dernier reposait sur le postulat de la souveraineté et de l'intégrité territoriale des États. Il réglait les relations des États entre eux sur la base du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures. Tout engagement juridique d'un État ne pouvait alors avoir comme source qu'un accord volontaire entre États. Seule la condition sur laquelle reposait le fonctionnement de cet ordre international, la règle *pacta sunt servanda*, était applicable indépendamment d'un consentement explicite. En revanche, il n'existait pas à l'échelon international d'institutions chargées d'imposer le respect des engagements contractés par les États. Dès lors, la guerre ne pouvait être exclue comme moyen de faire respecter le droit, tout au plus pouvait-elle être soumise à certaines règles par le droit international public. Mais ce dernier n'exerçait aucune influence sur l'ordre interne des États. Le droit international public

s'appliquait entre les États, et non en leur sein. Ces deux sphères juridiques – le droit constitutionnel en tant que droit interne, le droit international en tant que droit « externe » – coexistaient de manière indépendante.

### III. Perspectives dans un contexte renouvelé

- 35 S'il est vrai que l'émergence de la constitution moderne dépendait de la réalisation de certaines conditions sans lesquelles elle n'aurait pas été possible, alors il est envisageable que ces conditions, dans certains cas, disparaissent. Une telle situation ne signifie toutefois pas nécessairement que le modèle constitutionnel toucherait à sa fin. Il est peu probable que la disparition de ces conditions advienne brutalement. Si elle devait avoir lieu, il s'agirait vraisemblablement d'un processus long, porteur de conséquences lointaines plutôt qu'immédiates. Si la constitution devait survivre à une telle évolution, il serait alors hautement probable qu'elle adopterait un sens nouveau et produirait des effets différents. Pour l'avenir de la constitution, il est par conséquent d'une importance primordiale de déterminer si les conditions qui ont conduit à l'essor de ce modèle ont changé et ce que ces changements signifient pour l'acquis qu'est le constitutionnalisme. La question de l'avenir de la constitution est la question de la persistance des conditions dans lesquelles elle s'est développée.
- 36 Pour deux de ces conditions, la réponse semble nette. Elles ne posent pas de problème, du moins dans la plupart des régions du monde. Les questions relatives à l'organisation politique peuvent encore et toujours être tranchées par des décisions politiques. Elles ne sont pas considérées prédéterminées ni soustraites à la volonté humaine. De même, l'idée d'une limitation du pouvoir demeure valable dans les États de tradition occidentale. Des problèmes se posent en revanche en ce qui concerne l'État et ses deux limites déterminantes : la distinction entre la sphère intérieure et la sphère extérieure, ainsi que celle entre les sphères privée et publique. Nul ne peut contester que nous assistions de nos jours à une érosion des caractères traditionnels de l'État<sup>14</sup>, bien que ce en quoi cette érosion consiste ne soit pas toujours clairement analysé. Si l'élément distinctif de l'État par rapport aux entités politiques qui l'ont précédé résidait dans le fait que l'autorité publique dans un territoire donné se trouve concentrée entre les mains de l'État et soustraite à l'ingérence de tiers, il est alors logique de rechercher là la source de cette érosion.
- 37 En effet, les frontières s'estompent. La frontière entre les sphères privée et publique est devenue perméable, déjà du fait de l'accroissement des missions de l'État. Depuis déjà bien longtemps, l'action de l'État ne se limite plus à garantir la liberté individuelle et les mécanismes du marché. L'État est redevenu régulateur de l'économie, il promeut le développement de la société, assure la sécurité sociale et essaie de protéger la société contre tout type de risque. Nombre de ses missions ne peuvent être assurées uniquement avec les moyens classiques de l'État que sont l'injonction et la contrainte. Dans un nombre croissant de cas, l'État renonce en fait à formuler unilatéralement des injonctions et opte plutôt pour des négociations avec les acteurs privés. Des conventions se substituent alors aux lois. De cette manière, les acteurs privés participent à l'autorité publique, sans toutefois être soumis aux normes relatives à la légitimité et à la responsabilité auxquelles la constitution assujettit les détenteurs de l'autorité publique. En même temps, et pour des raisons structurelles qui ont fait naître

cette évolution, cette dernière ne saurait être tout simplement interdite ni entièrement constitutionnalisée<sup>15</sup>.

- 38 Une observation similaire vaut également pour ce qui concerne la frontière entre les sphères intérieure et extérieure. Après avoir perduré pendant près de trois siècles, cette frontière est devenue perméable depuis que les États ont commencé à fonder des organisations internationales, pour renforcer leur capacité à résoudre les problèmes qui se posent à eux, et qu'ils ont transféré certains de leurs droits de souveraineté à ces organisations qui exercent ces droits en produisant des effets directs sur le territoire des États, sans que ces derniers ne puissent s'y opposer en invoquant leur souveraineté. Le premier pas dans cette direction fut la mise en place de l'Organisation des Nations Unies en 1945, dont le but n'est pas uniquement de coordonner les actions des États, mais également d'accomplir sa propre mission de préservation de la paix. À cette fin, les États membres ne se sont pas bornés à renoncer à leur droit de recourir à la violence pour régler leurs conflits (hormis en cas de légitime défense). Cette mesure d'autolimitation prise en tant que telle n'aurait pas dépassé le cadre classique du droit international public et aurait laissé intacte la souveraineté des États. Mais au contraire, les États ont habilité l'ONU à imposer le renoncement à la violence, au besoin par des moyens militaires. Ainsi, le droit d'autodétermination ne s'applique plus qu'aux relations des États entre eux et ne peut être invoqué contre la puissance publique de l'organisation internationale.
- 39 Entre-temps, cette évolution est allée plus loin. De nos jours, il est généralement reconnu que l'ONU a le droit d'intervenir pour des raisons humanitaires en cas de violations graves des droits de l'homme aux dépens de groupes de population tout entiers, en particulier des minorités. En outre, des juridictions internationales ont été créées pour réprimer les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Certaines de ces juridictions, comme les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, trouvent leur origine non pas dans une convention internationale, mais dans des résolutions du Conseil de sécurité et peuvent agir sur le territoire des États sans que le consentement de ces derniers ne soit requis. De plus, un droit international public impératif (*ius cogens*) s'est développé sous l'égide de l'ONU dont la source n'est pas un traité, mais qui lie les États justement lorsqu'ils passent une convention internationale. Des effets comparables se sont produits avec la mise en place de l'Organisation mondiale du commerce, laquelle, en substance, constitue certes un forum pour des négociations et des accords entre les États, mais qui, à travers son mécanisme pour trancher des litiges sous la forme juridictionnelle, s'est émancipée de la volonté des États.
- 40 Dès lors, aujourd'hui, aucun État n'est plus souverain, au sens où les États l'étaient avant 1945. Cela dit, nulle part dans le monde cette évolution n'a connu de plus grandes avancées qu'en Europe. Certes, les interventions des Nations Unies peuvent, lorsqu'elles ont lieu, prendre des formes bien plus massives que les actes que peuvent prendre les institutions européennes. Mais ces interventions sont rares, d'une part parce que les actions de la majorité des États ne donnent pas de raisons pour une telle intervention, et d'autre part parce que les membres permanents du Conseil de sécurité disposent d'un droit de veto permettant de faire obstacle à une intervention. Contrairement au pouvoir étatique, le pouvoir de l'ONU n'est que rarement appliqué, et lorsqu'il l'est, il vise des États qui manquent à leurs obligations découlant de la Charte, manquements qui déclenchent l'action de l'ONU. La majorité des États n'a jamais fait l'objet de

sanctions de la part de l'ONU. Pour eux, le changement qui a eu lieu avec la mise en place de l'ONU est donc moins tangible et la perte de souveraineté moins manifeste.

- 41 Il en va tout autrement des États européens. Bien qu'à ce jour, aucune institution européenne ne se soit vu attribuer la compétence de recourir à la force, les États membres sont exposés en permanence à des actes juridiques des institutions européennes qu'ils doivent accepter et respecter. Seule varie l'étendue de ces obligations. Le Conseil de l'Europe n'exerce son autorité publique qu'à travers la Cour européenne des droits de l'homme. Les arrêts de cette dernière lient certes les 46 États membres, mais ils ne produisent pas d'effets juridiques directs à l'échelon national. La CEDH n'est pas une cour de cassation qui aurait la compétence de casser les décisions des tribunaux nationaux. Elle ne peut que constater une violation de la Convention européenne des droits de l'homme, les actions correctives à engager étant laissées aux États. Quoi qu'il en soit, les conséquences d'un arrêt de la CEDH pour les États membres peuvent être considérables, selon les cas. Elles peuvent même aller jusqu'à imposer à un État une obligation découlant du droit international de modifier sa constitution.
- 42 En comparaison, les compétences de l'UE possèdent un champ d'application plus large et interfèrent plus profondément avec la souveraineté des États membres. Ces compétences sont tant de nature législative que de nature exécutive et de nature judiciaire. Certes, l'UE ne dispose que des compétences qui lui ont été attribuées par les États membres. S'agissant du transfert de droits de souveraineté, les États gardent leur droit à l'autodétermination, ils demeurent « maîtres des traités ». Mais une fois transférées, les compétences sont exercées par les institutions de l'UE. Les actes adoptés par ces dernières ne prétendent pas uniquement à un effet direct dans les États membres, mais également à la primauté vis-à-vis de toute norme juridique nationale, fût-elle constitutionnelle. Bien que cet effet du droit de l'Union ne soit pas explicitement prévu dans le texte des traités européens, il a été accepté par les États membres comme la condition indispensable du bon fonctionnement de l'Union, en particulier du Marché unique. Seules les ultimes limites de ces effets prêtent lieu à des débats, dans la mesure où tant la CJUE que diverses cours constitutionnelles nationales réclament pour elles le dernier mot lorsqu'il s'agit de trancher la question de savoir si l'UE a outrepassé ses compétences dans un cas concret<sup>16</sup>.
- 43 Dès lors, l'État n'est plus la seule source du droit sur son territoire. Des lois et des actes juridiques de source non-étatique s'imposent à l'intérieur de l'État et font fi du droit national. L'identité entre autorité publique et pouvoir étatique, qui à l'origine faisait partie intégrante de la notion de souveraineté et constituait le fondement tant de l'ordre interne des États que de l'ordre international, s'efface alors. La constitution se trouve forcément affectée par une telle évolution<sup>17</sup>. Étant donné que la constitution présuppose qu'il doit y avoir un État et qu'elle se réfère au pouvoir de ce dernier, la fragmentation de l'autorité publique conduit nécessairement à une perte d'importance de la constitution de l'État. Certes, cette perte d'importance n'a pas eu lieu contre la volonté des États. Ces derniers ont de leur plein gré renoncé à certains droits de souveraineté, parce qu'ils en attendaient une contrepartie : un renforcement de leur capacité à régler leurs problèmes dans des affaires qui ne pouvaient plus être réglées de manière satisfaisante au seul échelon national. En outre, les États continuent en général à exercer une influence sur les processus de décision des organisations internationales, qui exercent désormais les droits de souveraineté transférés. Toutefois, cette influence

ne saurait être regardée comme compensant la perte de légitimation et de limitation de l'autorité publique, deux aspects qui découlent de la constitution.

- 44 Au regard des cinq éléments précédemment identifiés comme caractérisant la constitution moderne, cette évolution se traduit par les conséquences suivantes :
- 45 1. La constitution demeure un ensemble de normes juridiques, dont la valeur trouve sa source dans une décision politique.
- 46 2. L'objet de la constitution est toujours de régler la mise en place et l'exercice de l'autorité publique, mais seulement, désormais, dans la mesure où cette autorité publique est exercée par l'État.
- 47 3. Puisque autorité publique et pouvoir étatique ne sont plus identiques, la constitution cesse de régler exhaustivement l'autorité publique qui s'exerce dans son champ territorial d'application.
- 48 4. Par conséquent, la primauté de la constitution n'est plus assurée de manière absolue. Désormais, elle prime uniquement sur les lois de l'État et des actes pris sur le fondement de ces dernières, mais non plus sur tout acte d'un pouvoir public.
- 49 5. La constitution émane toujours du peuple ou est supposée en émaner. Elle ne peut toutefois plus garantir que tout acte d'un pouvoir public applicable à l'échelon interne trouve son origine et sa légitimité dans une décision populaire.
- 50 L'émergence d'une autorité publique internationale n'a donc pas rendu la constitution caduque, pas davantage qu'elle ne l'a privée d'effets. Mais dans la même mesure où la puissance étatique s'érode, l'influence de la constitution diminue elle aussi. Elle s'affaiblit parce que la constitution ne peut plus prétendre légitimer et régler toute forme d'autorité publique s'exerçant dans son champ d'application. Un acte émanant d'un pouvoir public qui ne fait pas partie de l'État ne doit pas répondre aux exigences de la constitution de cet État, et son application dans l'État ne dépend pas de sa conformité à la constitution. La constitution en est réduite à constituer un ordre juridique partiel. Seule une perspective incluant le droit constitutionnel national et le droit international permet d'obtenir une vue complète du cadre juridique pour l'exercice du pouvoir politique dans un pays donné. Le fait que de nombreuses constitutions admettent explicitement le transfert de droits de souveraineté exclut qu'une telle situation soit contraire à la constitution. Ce fait, cependant, ne permet pas de combler le fossé entre, d'un côté, la portée de l'autorité publique et, de l'autre, la portée des normes constitutionnelles.
- 51 Cette évolution conduit à envisager la question de savoir si la perte d'importance subie par la constitution à l'échelon national peut être compensée à l'échelon international. Le besoin de légitimation et de limitation n'est pas inhérent au pouvoir de l'État, mais concerne l'autorité publique en tant que telle, indépendamment de la question de savoir qui l'exerce. La constitution a apporté avec succès une réponse à l'échelle de l'État. Dès lors, il paraît aisément concevable d'essayer de répéter ce succès au niveau international<sup>18</sup>, ce qui explique pourquoi la notion de « constitutionnalisation » jouit d'une telle popularité dans la littérature scientifique et dans le débat public. La constitutionnalisation désigne alors un processus de création d'une constitution au-delà de l'État<sup>19</sup>. Le terme est utilisé pour qualifier des institutions politiques internationales et des textes juridiques internationaux, et il est même appliqué pour désigner des processus de production de normes dans le cadre d'un partenariat entre acteurs publics et privés, voire entre acteurs privés agissant à l'échelon mondial.

- 52 Etant donné les conditions qui avaient dû être remplies pour que des constitutions nationales devinssent possibles, se pose alors la question de savoir s'il existe, pour commencer, un objet susceptible d'être constitutionnalisé. La réponse ne peut être la même pour chaque organisation internationale, les disparités entre elles étant trop grandes. Ce constat est d'autant plus valable si l'on envisage également des institutions de la société. Le cas le plus évident est celui de l'Union européenne qui, d'une part, n'est pas un État, mais, d'autre part, n'est pas non plus une organisation internationale au sens classique. Elle se distingue des autres organisations internationales tant par ses objectifs, qui ne se limitent pas à un seul champ particulier, que par la densité de sa structure, qui connaît tous les pouvoirs qui sont les attributs d'un État. Elle se distingue en dernier lieu également par l'intensité des effets que ses actes juridiques produisent à l'égard des États membres et de leurs citoyens. Tous ces éléments réunis permettent d'affirmer que l'Union européenne se rapproche de l'échelon central d'un État fédéral.
- 53 Le pouvoir de l'Union européenne n'est bien entendu pas un pouvoir sans normes. Bien au contraire, ce pouvoir s'insère dans un étroit réseau de normes. Bien que ces normes ne soient pas contenues dans une constitution mais dans des traités internationaux conclus par les États membres, elles remplissent à l'échelon de l'Union la plupart des mêmes fonctions que les normes constitutionnelles au niveau des États. Les traités ont fondé la communauté qui aujourd'hui porte le nom d'Union européenne. Les traités ont mis en place les institutions de l'Union, déterminé les compétences et les procédures de l'Union, réglé la relation de celle-ci avec les États membres, ainsi que celle entre l'Union et les citoyens. Au sein d'un État, toutes ces normes figureraient dans une constitution. Les traités constituent également une catégorie de droit supérieure : tout acte juridique de l'Union doit leur être conforme. C'est pour cette raison que de nombreux auteurs n'hésitent pas à qualifier les traités de constitution de l'Union européenne, et la CJUE a elle aussi eu recours à ce terme.
- 54 Toutefois, cette expression néglige l'un des éléments caractérisant une constitution au sens plein du terme<sup>20</sup>. Contrairement à une constitution, les traités ne sont pas le fruit d'un acte d'autodétermination d'un peuple ou d'une société cherchant à déterminer le but et les formes de son unité politique. L'Union européenne ne se donne pas elle-même son fondement juridique. Ce fondement lui est donné par les États membres qui en conviennent dans des traités de droit international public. De ce fait, les traités n'ont pas une origine démocratique. Cela ne les rend pas illégitimes. Mais leur légitimité n'est pas une légitimité démocratique comme celle que la constitution confère dans le cadre d'un État. Les citoyens de l'Union ne participent pas à la mise en place des bases juridiques de l'Union. Ils n'ont pas attribué un mandat à une assemblée constituante pour créer l'Union, pas plus qu'ils ont pu se prononcer dans le cadre d'un référendum sur le texte fondateur de l'Union. La ratification s'opère au niveau des États, et même si certains d'entre eux ont recours à la procédure du référendum, ce dernier ne constitue pas une mesure européenne, mais nationale, au moyen de laquelle on détermine si l'État en question doit approuver ou non le traité européen. Le document ne fait même pas référence au peuple comme source de tout pouvoir public.
- 55 On rencontre cependant dans l'histoire des exemples d'une constitution au sens complet du terme trouvant son origine dans une convention entre des États désireux de former une entité plus large. Dans un tel cas, le traité fondateur ne constitue toutefois que le moyen pour l'établissement d'une constitution. Une fois que le traité a été adopté en tant que fondement juridique de la nouvelle entité politique, les États qui

l'ont fondée perdent leur droit de déterminer le sort ultérieur de ce texte et transfèrent ce droit à la nouvelle entité politique qui obtient alors la compétence pour maintenir, modifier ou abroger ce texte. Ce texte, qui constitue un traité par son origine, est une constitution par sa nature juridique. À cet égard, les dispositions relatives aux révisions du texte sont déterminantes. Si les États membres conservent le droit de révision et s'il s'exerce au moyen de la conclusion de traités modifiant le texte existant, alors le traité ne s'est pas transformé en constitution. Si en revanche l'entité nouvellement fondée a de ce fait acquis le droit d'autodétermination (même si les États membres continuent de prendre part aux décisions de la nouvelle entité), alors le fondement juridique de cette entité a accédé au rang d'une constitution.

- 56 L'Union européenne n'a cependant pas encore vécu une telle transformation. Celle-ci ne résultait même pas du projet de traité constitutionnel, qui a finalement échoué. Ce traité n'aurait pas accédé au rang de constitution, même s'il avait été ratifié par tous les États membres. Cela ne veut toutefois pas dire que l'Union européenne ne soit pas susceptible de faire l'objet d'une constitutionnalisation. Avec ses larges compétences et la densité de sa structure, qui se rapprochent de celles de l'échelon central dans un État fédéral, l'Union pourrait très bien être dotée d'un fondement juridique sous la forme d'une constitution. Pour ce faire, il suffirait que les États membres transfèrent à l'Union leur droit à déterminer les bases juridiques de l'Union. La question qui se pose en Europe n'est donc pas de déterminer si une telle évolution est possible, mais si elle est souhaitable. La question centrale est alors de savoir si une démocratisation des formes de l'Union engendrerait également plus de démocratie substantielle, ou si au contraire le principe de démocratie serait mieux servi si les décisions sur le fondement juridique de l'Union demeuraient là où les conditions sont plus favorables pour la réalisation des exigences démocratiques qu'elles ne le sont à l'échelon de l'Union. De la même manière, on peut se demander si ce n'est pas justement le caractère innovant de l'Union européenne, comme entité politique située à mi-chemin entre une organisation internationale et un État fédéral, qui mérite d'être préservé.
- 57 Il en va autrement à l'échelon mondial. Aucune organisation ne possède – loin s'en faut – un nombre comparable de compétences et une structure aussi dense que l'Union européenne. Il existe des organisations spécifiques aux missions limitées – souvent même orientées vers une seule mission – et, par conséquent, aux compétences et aux moyens également limités. Non seulement ces organisations n'existent pas isolées les unes des autres, mais elles poursuivent même parfois des objectifs antagoniques, par exemple des buts économiques pour l'une et des objectifs humanitaires pour une autre. Ces organisations ne s'associent pas pour former un système d'autorité publique mondiale, elles apparaissent plutôt comme des îlots dans l'océan des relations internationales traditionnelles. Ainsi, l'ordre international ressemble aujourd'hui plus à l'ordre pré-étatique du monde médiéval, où se côtoyaient indépendamment les uns des autres différents détenteurs de droits de souveraineté spécifiques<sup>21</sup>. À l'instar de cet ordre médiéval, l'ordre international contemporain n'est actuellement pas susceptible d'adopter la forme d'un ordre juridique cohérent et complet de type constitutionnel.
- 58 Les Nations Unies ne font pas exception sur ce point. Elles se distinguent des autres organisations internationales mondiales par leur large influence sur la scène mondiale, leur mission de préservation de la paix et les prérogatives qui sont les leurs pour assurer cette mission. Mais elles sont loin de détenir l'ensemble de l'autorité publique exercée au niveau mondial, et plus encore de posséder les pouvoirs publics concentrés

et complets d'un État. Pour cette raison, la Charte des Nations Unies n'est pas une constitution mondiale. La mise en place de l'ONU a marqué une étape importante dans la juridicisation des relations internationales, mais elle ne s'étend pas au-delà de cette juridicisation. Ce constat est plus valable encore pour des organisations internationales comme l'Organisation mondiale du commerce, le Fonds monétaire international, l'Organisation internationale du travail, etc. Les traités constitutifs de ces organisations déterminent leurs compétences et règlent leur mode de fonctionnement. Mais en raison de leurs compétences limitées et du caractère non démocratique de leur structure, elles ne sauraient prétendre faire l'objet de ce type spécial de juridicisation qu'est une constitution.

- 59 Malgré cela, il est devenu courant de considérer que, même au niveau mondial, des processus de constitutionnalisation sont à l'œuvre, et de désigner les traités constitutifs d'organisations internationales ou encore les normes de *ius cogens* du droit international public par le terme de constitution. Ce terme ne se borne certes pas à une signification unique, et comme indiqué précédemment, il a par le passé été employé pour désigner des phénomènes très divers<sup>22</sup>. Toutefois, lorsqu'on l'applique aux organisations internationales et à leurs fondements juridiques, on ne doit pas perdre de vue qu'il n'a plus grand chose à voir avec l'*acquis* réalisé avec le constitutionnalisme. Il ne fait aucun doute que le droit international public connaît actuellement une transformation profonde, qu'il se développe et gagne en efficacité<sup>23</sup>. L'emploi du terme « constitution » témoigne cependant d'une forte dilution du concept de Constitution. Le constitutionnalisme est alors assimilé à la juridicisation. Or, comme nous l'avons relevé, la juridicisation existait déjà bien avant le constitutionnalisme et se distinguait nettement de ce dernier. L'usage du terme de « constitution » tend alors à aplanir cette distinction.
- 60 Cette constatation vaut plus encore pour ce que l'on appelle le « constitutionnalisme sociétal »<sup>24</sup>. Cette forme de constitutionnalisme est non seulement détachée des États, mais aussi des organisations internationales que les États ont mises en place. Les partisans du constitutionnalisme sociétal considèrent, d'une part, que les États ne sont plus en mesure de réguler les transactions effectuées par les acteurs privés agissant mondialement. Mais ils estiment aussi, d'autre part, que les organisations internationales ne disposent pas non plus des moyens de régulation adéquats pour créer un cadre juridique pour le secteur privé, qui empêcherait que les acteurs mondiaux ne poursuivent leurs intérêts de manière débridée. À la rigueur, les organisations internationales pourraient pour ainsi dire s'auto-constitutionnaliser, si elles soumettaient leurs propres actions au respect de certaines normes. L'écart entre la législation internationale et le champ d'intervention des acteurs privés agissant à l'échelle mondiale ne pourrait au contraire être comblé que si l'idée du constitutionnalisme était détachée de sa relation traditionnelle avec la sphère politique et appliquée de manière féconde également à la sphère sociale. De cette manière, un droit transnational pourrait émerger, qui constituerait un troisième ordre juridique à côté du droit national et du droit international.
- 61 On attribue à ce droit nouveau la faculté d'exercer, vis-à-vis des acteurs privés mondiaux, la même fonction qu'une constitution. Une telle évolution exigerait cependant une adaptation de la notion de « constitution » à l'objet réglé par ce droit, à savoir les acteurs privés opérant à l'échelle mondiale. Contrairement aux constitutions des États, une constitution sociale n'entrerait pas en vigueur sur la base de l'acte

autoritaire d'un pouvoir constituant. Elle serait plutôt le résultat d'un processus caractérisé par une évolution de longue durée, processus qui serait d'ailleurs susceptible d'être déclenché ou accéléré par une certaine pression politique ou des exigences juridiques. Les constitutions sociétales ne seraient ni de simples textes juridiques, ni simplement le reflet de situations de fait, et elles ne régleraient pas non plus exhaustivement la puissance privée exercée à l'échelon mondial. Contrairement aux constitutions nationales traditionnelles, qui embrassent toute la puissance publique, mais demeurent limitées dans leur champ d'application territoriale, les constitutions sociétales revendiqueraient une valeur mondiale, tout en se limitant à certains domaines spécifiques de la société. La valeur territoriale du droit national se trouverait nuancée par la limitation du droit mondial à certains secteurs.

- 62 De plus, pour mériter le nom de « constitution », ce droit sociétal devrait présenter au moins quelques-unes des caractéristiques structurelles d'une constitution nationale. Il faudrait premièrement qu'une constitution sociétale soit un droit hiérarchiquement supérieur et régissant l'adoption de normes de rang inférieur. Deuxièmement, ce droit supérieur devrait comprendre des dispositions relatives à l'organisation et à l'activité des acteurs privés mondiaux. En troisième lieu, il faudrait qu'il encadre cette activité, de la même manière que les droits fondamentaux constitutionnels limitent le pouvoir d'un État. Enfin, en quatrième lieu, il faudrait qu'il prévoie des mécanismes de contrôle comparables à ceux d'une justice constitutionnelle, de manière à vérifier que les acteurs respectent le droit qu'ils ont eux-mêmes fixé. Les partisans de cette idée concèdent qu'un tel droit n'existe jusqu'à présent que dans un état tout au plus rudimentaire. Ils placent toutefois leur espoir dans la capacité de ce droit sociétal d'imposer, dans les domaines de la société qu'il règle, le respect de l'autonomie des autres secteurs de la société, voire aussi de l'existence de zones dans lesquelles les activités des acteurs privés peuvent être surveillées de manière indépendante et critique.
- 63 Si cette potentialité existe réellement, sa concrétisation dépend toutefois de toute une série de conditions, que l'on ne saurait *a priori* tenir pour acquises. En l'absence d'un législateur mondial, la limitation opérée par des constitutions sociétales ne sera jamais plus qu'une autolimitation des acteurs privés et, par conséquent, cette autolimitation sera guidée par des considérations d'intérêts particuliers, et non d'intérêt général. Ces intérêts peuvent se recouper ici ou là, mais jamais totalement. Dès lors, une autolimitation qui concilie les intérêts des acteurs privés avec les intérêts de ceux qui sont concernés par leurs activités, ainsi qu'avec l'intérêt général, semble peu probable, tant qu'elle n'émane pas d'une autorité publique dont le rôle est justement de veiller à un juste équilibre entre les intérêts en présence. À l'échelon national, ce rôle est assumé par l'État. Mais comment le même effet pourrait-il être atteint au niveau international en l'absence d'un organisme équivalent à l'État ou d'autres institutions disposant d'un pouvoir suffisant de légiférer ? Même à supposer que des organisations internationales possèdent un tel pouvoir, la question demeure de savoir comment elles pourraient l'utiliser efficacement, alors que l'élément démocratique et représentatif qui assure aux acteurs concernés un droit de participation, et rend ainsi possible une approche des problèmes qui dépasse les différents intérêts particuliers, leur fait défaut. À l'heure actuelle, aucune de ces soi-disant constitutions, au niveau international ou transnational, n'est en mesure de répondre aux attentes démocratiques les plus élémentaires.

## IV. Quelles conclusions en tirer ?

- 64 La présente enquête permet de conclure qu'en raison de l'érosion de la puissance étatique et du transfert de prérogatives d'autorité publique à des organisations internationales, l'écart entre autorité publique, d'une part, et légitimation et limitation de cette autorité par la constitution, d'autre part, ne peut être comblé à l'heure actuelle. D'un côté, il n'est pas possible, ni d'ailleurs souhaitable, de revenir à l'ordre mis en place par les traités de Westphalie. De l'autre, l'acquis du constitutionnalisme ne peut être reproduit aux échelons international et transnational. En même temps, il sera impossible aux constitutions nationales de retrouver la capacité de régler complètement les pouvoirs publics agissant dans leur champ d'application. La réglementation de l'autorité publique exercée au niveau international est en voie d'extension mais demeure au stade de la juridicisation, sans accéder au rang de constitution. Lorsque, dans ce contexte, le constitutionnalisme est invoqué, il s'agit d'un succédané de constitution, dans lequel on renonce tacitement aux éléments démocratiques.
- 65 Si le constitutionnalisme au sens plein du terme n'est alors plus une option, la meilleure solution qui reste consistera à préserver, dans les circonstances données, le plus grand nombre des éléments de l'acquis du constitutionnalisme. Une telle démarche est possible de deux manières : par un accroissement de l'autorité publique au niveau international<sup>25</sup> ou par un coup d'arrêt à l'érosion de la puissance étatique. La première option ne serait envisageable que dans la perspective où l'ordre international évoluerait progressivement pour devenir l'objet d'une possible constitution. À moyen terme, cette perspective n'apparaît que peu probable<sup>26</sup>. Aucun modèle convaincant ne se dessine pour l'instant pour un pouvoir démocratique à l'échelon international. Même au sein de l'Union européenne, il est difficile de réaliser une démocratie qui ne soit pas spoliée de ses éléments participatifs et dont les conditions de réalisation au sein de la société, en particulier la possibilité d'un débat public robuste, soient satisfaites. Au niveau international, même une démocratie purement formelle semble peu probable.
- 66 Dès lors, la seconde option, qui met l'accent sur l'État, dans le cadre duquel le constitutionnalisme trouve des conditions plus avantageuses pour la légitimation et la responsabilité démocratiques qu'au niveau international, ne doit pas être écartée d'emblée. Cette perspective ne saurait toutefois être perçue comme appel au retour à l'État-nation traditionnel. Au contraire, l'internationalisation de la politique doit encore être poursuivie. Rapprocher la sphère d'action de la politique de celle des acteurs privés opérant mondialement constitue une demande forte. Il semble cependant tout aussi important que les États démocratiques demeurent la source première de légitimité de l'autorité publique, y compris pour les organisations internationales. Ces dernières ne doivent pas évoluer vers des entités se déterminant elles-mêmes et qui existeraient loin des citoyens, ne seraient pas susceptibles de voir leurs activités contrôlées et n'assumeraient pas la responsabilité des effets de ces activités.
- 67 En réalité, les États ne se sont aucunement retirés de la scène internationale et transnationale. À ce jour, aucune organisation internationale ne dispose de son propre pouvoir de contrainte, *a fortiori* d'un monopole de la contrainte. La société mondiale

morcelée ne possède pas un pouvoir propre lui permettant d'imposer sa volonté. Les tribunaux et les organes d'arbitrage internationaux dépendent des États, lorsque leurs décisions doivent être imposées par la contrainte à l'encontre de parties qui refuseraient de s'y conformer. En outre, les États prennent part à la gouvernance des organisations internationales qu'ils ont créées. Cet aspect joue un rôle important, tant en ce qui concerne l'Union européenne qu'à l'échelon mondial. Dans ce contexte, ils demeurent liés par les exigences de leur constitution nationale. Ce lien ne doit pas être brisé précipitamment, ni affaibli durablement.

- 68 S'agissant de l'échelon supranational, la question de savoir s'il ne faudrait pas abandonner l'idée du constitutionnalisme et de la constitutionnalisation mérite réflexion. Ces deux notions prêtent à malentendu, dans la mesure où elles peuvent susciter l'espoir que la perte d'importance subie par la constitution sous l'effet de l'internationalisation et de la mondialisation pourrait être compensée au niveau international. Ce serait une illusion. L'assujettissement de l'autorité publique telle qu'elle s'exerce au niveau international reste en deçà de ce que le constitutionnalisme a réalisé à l'échelon national. Les conditions qui seraient nécessaires pour transposer le constitutionnalisme au niveau international ne sont pas réunies. L'internationalisation de l'autorité publique est un phénomène nouveau, porteur de défis nouveaux. L'espoir que ces défis puissent être relevés à l'aide d'un modèle qui avait été développé pour un objet tout différent entrave la recherche de solutions tenant réellement compte de la nouvelle situation et adaptées à cette dernière.

---

## BIBLIOGRAPHIE

- Albert, M. / Stichweh, R. (éd.) (2007) : *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Anderson, J. (éd.) (2002) : *Transnational Democracy: Political Spaces and Border Crossings*, Abingdon, Routledge.
- Beisheim, M. et al. (1999) : *Im Zeitalter der Globalisierung? Thesen und Daten zur gesellschaftlichen und politischen Denationalisierung*, Baden-Baden, Nomos.
- Böckenförde, E.-W. (1983) : « Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung », in : Buschmann, A. / Knemeyer, F. L. / Otte, G. / Schubert, W. (éd.) : *Festschrift für R. Gmür zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, Giesecking.
- Bodin, J. (1576) : *Les Six Livres de la République*, Paris, Jacques Du Puys.
- Burca, G. de (2008) : « Developing Democracy Beyond the State », in : *Columbia Journal of Transnational Law*, 46 (2), p. 221-278.
- Cass, D. (2005) : *The Constitutionalization of the World Trade Organisation*, Oxford, Oxford University Press.
- Claes, M. (2006) : *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing (= Modern Studies in European Law, 5).

- Dobner, P. (2002) : *Konstitutionalismus als Politikform*, Baden-Baden, Nomos.
- Fassbender, B. (1998) : « The United Nations Charter as Constitution of the International Community », in : *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, p. 529-619.
- Fischer-Lescano, A. / Teubner, G. (2006) : *Regimekollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp.
- Frowein, J. A. (1999) : « Konstitutionalisierung des Völkerrechts », in : *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 39, p. 427-447.
- Grimm, D. (1995a) : *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 3<sup>e</sup> éd., Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp (= Neue Historische Bibliothek).
- Grimm, D. (1995b) : *Braucht Europa eine Verfassung?*, Munich, Siemens-Stiftung.
- Grimm, D. (2002) : *Die Zukunft der Verfassung*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin, Suhrkamp.
- Grimm, D. (2003) : « Lässt sich die Verhandlungsdemokratie konstitutionalisieren? », in : Offe, C. (éd.) : *Demokratisierung der Demokratie*, Francfort-sur-le-Main, Campus Verlag, p. 193-210.
- Grimm, D. (2004) : « Verfassung – Verfassungsvertrag – Vertrag über eine Verfassung », in : Beaud, O. (éd.) : *L'Europe en voie de Constitution*, Bruxelles, Bruylant, p. 279-287.
- Grimm, D. (2009) : *Souveränität*, Berlin, Berlin University Press.
- Grimm, D. (2012a) : « Ursprung und Wandel der Verfassung », in : id. (éd.) : *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, Suhrkamp, p. 11-66.
- Grimm, D. (2012b) : « Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung », in : id. (éd.) : *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, Suhrkamp, p. 67-91.
- Grimm, D. (2012c) : « Die Bedeutung nationaler Verfassungen in einem vereinten Europa », in : id. (éd.) : *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, Suhrkamp, p. 92-127.
- Grimm, D. (2012d) : « Entwicklung und Funktion des Verfassungsbegriffs », in : Grimm, D. (éd.) : *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, Suhrkamp, p. 203-211.
- Grimm, D. (2012e) : « Integration durch Verfassung? », in : id. (éd.) : *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, Suhrkamp, p. 241-261.
- Grimm, D. (2012f) : « Gesellschaftlicher Konstitutionalismus – Eine Kompensation für den Bedeutungsschwung der Staatsverfassung? », in : id. (éd.) : *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, Suhrkamp, p. 293-314.
- Halter, U. (2003) : « Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende », in : *Archiv des öffentlichen Rechts*, 128 (4), p. 511-557.
- Held, D. / McGrew, A. / Goldblatt, D. / Perraton, J. (éd.) (1999) : *Global Transformations*, Cambridge, Polity Press.
- Knauff, M. (2008) : « Konstitutionalisierung im inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz? », in : *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 68, p. 453-490.
- Kreidel, R. / Niederberger, A. (éd.) (2008) : *Transnationale Verrechtlichung*, Francfort-sur-le-Main, Campus Verlag.
- Kuper, A. (2004) : *Democracy Beyond Borders*, Oxford, Oxford University Press.
- Leibfried, S. / Zürn, M. (éd.) (1999) : *Transformationen des Staates?*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp (= Edition Zweite Moderne).

- Loughlin, M. (2010) : « What is Constitutionalisation? », in : Dobner, P. / Loughlin, M. (éd.) : *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press (= Oxford Constitutional Theory), p. 47-70.
- Luhmann, N. (1990) : « Die Verfassung als evolutionäre Errungenschaft », in : *Rechtshistorisches Journal*, 9, p. 176-220.
- Lutz-Bachmann, M. / Bohman, J. (éd.) (2002) : *Weltstaat oder Staatenwelt*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp.
- Madison, J. / Hamilton, A. / Jay, J. (1788) : *The Federalist Papers*, 78, Dublin (Ohio), Coventry House Publishing.
- Mayer, F. C. (2000) : *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, Munich, C. H. Beck.
- McIlwain, C. H. (1940) : *Constitutionalism, Ancient and Modern*, Indianapolis (Indiana), Liberty Fund.
- Mohnhaupt, H. / Grimm, D. (2002) : *Verfassung*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humblot (= Schriften zur Verfassungsgeschichte, 47).
- Möllers, C. (2009) : « Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung », in : Bogdandy, A. v. / Bast, J. (éd.) : *Europäisches Verfassungsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Heidelberg, Springer, p. 227-278.
- Niederberger, A. (2007) : « Wie demokratisch ist die transnationale Demokratie? Paradigmatische Überlegungen zur Form der Demokratie in der Weltgesellschaft », in : Albert, M. / Stichweh, R. (éd.) : *Weltstaat und Weltstaatlichkeit*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, p. 109-133.
- Pernice, I. (1999) : « Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? », in : *Common Market Law Review*, 36 (4), p. 703-750.
- Peters, A. (2001) : *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, Duncker & Humblot (= Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel ; VIIR, 137).
- Peters, A. (2006) : « Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures », in : *Leiden Journal of International Law*, 19 (3), p. 579-610.
- Quaritsch, H. (1970) : *Staat und Souveränität*, Königstein im Taunus, Athenäum Verlag.
- Ruffert, M. (2004) : *Die Globalisierung als Herausforderung des Öffentlichen Rechts*, Stuttgart, Boorberg (Jenaer Schriften zum Recht).
- St. John Macdonald, R. / Johnston, D. M. (éd.) (2005) : *Towards World Constitutionalism*, 2005, Leyde, Brill Academic Pub.
- Sassen, S. (1996) : *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization*, New York, Columbia University Press.
- Sassen, S. (2008) : *Territory, Authority, Rights*, Princeton (New Jersey), Princeton University Press.
- Schepel, H. (2005) : *The Constitution of Private Governance*, Oxford, Hart Publishing (= International Studies in the Theory of Private Law, 4).
- Sciulli, D. (2005) : *Theory of Social Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press (= American Sociological Association Rose Monographs).
- Sieyès, E. (1789) : *Qu'est-ce que le Tiers Etat ?*, Paris, Flammarion (= Champs classiques, 928).
- Slaughter, A.-M. / Stone Sweet, A. / Weiler, J. H. H. (éd.) (1998) : *The European Court and National Courts*, Oxford, Hart Publishing.

- Teubner, G. (2003) : « Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie », in : *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 63, p. 1-28.
- Teubner, G. (2004) : « Global Private Regimes: Non-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors? », in : Ladeur, K.-H. (éd.) : *Public Governance in the Age of Globalization*, Londres, Taylor & Francis, p. 71-88.
- Trachtman, J. P. (2006) : « The Constitution of the WTO », in : *European Journal of International Law*, 17 (3), p. 623-646.
- Uerpmann, R. (2001) : « Internationales Verfassungsrecht », in : *Juristenzeitung*, 56 (11), p. 565-572.
- Vattel, E. de (1758) : *Le droit des gens ou le principe de la loi naturelle*, Paris, Hachette Bnf (= Sciences Sociales).
- Vorländer, H. (éd.) (2002) : *Integration durch Verfassung*, Wiesbaden, Springer.
- Wahl, R. (2002) : « Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff? », in : Eberle, C.-E. et al. : *Der Wandel des Staates vor Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für W. Brohm zum 70. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck.
- Wahl, R. (2006) : *Herausforderungen und Antworten. Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, Berlin, De Gruyter (= Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 178).
- Walker, R. B. J. (1993) : *Inside/outside. International Relations as Political Theory*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Walter, C. (1999) : « Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess », in : *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 59, p. 961-983.
- Walter, C. (2001) : « Constitutionalizing International Governance – Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law », in : *German Yearbook of International Law*, 44, p. 170-201.
- Wet, E. de (2006) : « The International Legal Order », in : *International and Comparative Law quarterly*, 55 (1), p. 51-76.
- Weiler, J. H. H. (1999) : *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Zangl, B. / Zürn, M. (2004) : *Verrechtlichung – Bausteine für Global Governance?*, Berlin, Karl Dietz Verlag.
- Zangl, B. (2006) : *Die Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit*, Francfort-sur-le-Main, Campus Verlag (= Staatlichkeit im Wandel).

## NOTES

1. Pour les causes et les effets internes aux États et qui ne seront pas au centre des développements du présent chapitre, cf. Grimm (2002) ; Grimm (2012a).
2. Le nombre de contributions à ce sujet ne cesse d'augmenter. Pour des contributions générales, cf. St. John Macdonald / Johnston (2005) ; Peters (2006), p. 579 ; de Wet (2006), p. 51 ; Uerpmann (2001), p. 565 ; Knauff (2008), p. 453 ; Walter (2001), p. 170 ; Kreidel/ Niederberger (2008), p. 200 ; Frowein (1999), p. 427. Au sujet des Nations Unies, cf. Fassbender (1998), p. 529. Au sujet de l'OMC, cf. Cass (2005) ; Trachtmann (2006), p. 623. Au sujet de la CEDH, cf. Walter (1999), p. 961. En ce qui concerne l'Union européenne, il est quasiment impossible de garder une vue d'ensemble sur les contributions existantes. Citons à titre d'exemples Weiler (1999) ; Pernice (1999), p. 703 ; Peters

- (2001). Au sujet du constitutionnalisme des acteurs privés, cf. Teubner (2003), p. 1 ; Fischer-Lescano / Teubner (2006) ; Schepel (2005). Appréciations critiques chez Wahl (2002), p. 191 ; Haltern (2003), p. 511 ; Dobner (2002) ; Grimm (2012b).
3. Cf. Grimm (2002) ; Grimm (1995a), p. 10 sqq.
  4. Cf. Mohnhaupt / Grimm (2002) ; McIlwain (1940).
  5. Bodin (1576), I 8, I 10.
  6. Vattel (1758), I, 3 § 27.
  7. Madison et al. (1788) ; Sieyès (1789).
  8. À cet égard, cf. Möllers (2009), p. 227.
  9. Luhmann (1990), p. 176.
  10. Cf. Grimm (2012e) ; Vorländer (2002).
  11. Cf. Quaritsch (1970), p. 184 ; Böckenförde (1983), p. 9 ; Grimm (2002), p. 37 sqq.
  12. Cf. Grimm (2012a), p. 30 ; Sassen (2008).
  13. Cf. Grimm (2012a), p. 30 sq. ; Walker (1993).
  14. Cf. p.ex. Leibfried / Zürn (1999) ; Beisheim et al. (1999) ; Held et al. (1999) ; Sassen (1996) ; Sassen (2008).
  15. Cf. Grimm (2003), p. 193.
  16. Cf. Mayer (2000) ; Claes (2006) ; Slaughter et al. (1998).
  17. Cf. Grimm (2012c), p. 94 sqq. ; Ruffert (2004) ; Wahl (2006).
  18. Cf. les références citées dans la note 2.
  19. Cf. Loughlin (2010), p. 47.
  20. Cf. Grimm (1995b) ; Grimm (2012d) ; Grimm (2004), p. 279.
  21. Cf. Sassen (2008). Sur les différences par rapport au Moyen Âge, cf. Grimm (2009), p. 105 sq.
  22. Cf. Mohnhaupt / Grimm (2002).
  23. Zangl / Zürn (2004) ; Zangl (2006).
  24. Cf. Sciulli (2005) ; Teubner (2004), p. 71 ; en outre, cf. Fischer-Lescano / Teubner (2006). Appréciation critique chez Grimm (2012f).
  25. Cf. Lutz-Bachmann / Bohman (2002) ; Albert / Stichweh (2007).
  26. Cf. Kuper (2004) ; Anderson (2002) ; Niederberger (2007), p. 109 ; Burca (2008), p. 221.
- 

## INDEX

**Mots-clés** : constitution, constitutionnalisme, constitutionnalisation

**Schlüsselwörter** : Verfassung, Konstitutionalismus, Konstitutionalisierung

## AUTEURS

### DIETER GRIMM

Le juriste Dieter Grimm est professeur émérite à l'Université Humboldt à Berlin. Pour plus d'informations, voir la notice suivante.