



HAL
open science

Entre globalisation et nationalisme : les défis pour le droit constitutionnel français

Véronique Champeil-Desplats

► **To cite this version:**

Véronique Champeil-Desplats. Entre globalisation et nationalisme : les défis pour le droit constitutionnel français. Keio law journal, 2020. hal-03052654

HAL Id: hal-03052654

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-03052654v1>

Submitted on 16 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Entre globalisation et nationalisme : les défis pour le droit constitutionnel français

Par Véronique Champeil-Desplats,
Professeure de droit public à l'Université de Paris Nanterre, UMR 7074 CTAD- équipe
CREDOF

In, Keio Law Journal, mai 2020, vol. 92, n° 5, pp. 23-28, traduit en japonais par Baba Satomi

Envisager les défis lancés au droit constitutionnel français par la globalisation et le nationalisme suppose d'avoir préalablement identifié les enjeux juridiques dont seraient porteurs ces deux concepts qui renvoient à des phénomènes complexes, avant tout d'ordre économique, politique et sociétal pour le premier, d'ordre politique et idéologique, pour le second. L'entreprise est d'autant plus délicate que chacun d'eux est sujet à des compréhensions diverses et présentent des histoires propres. Le nationalisme est un concept classique de l'histoire des idées politiques. Ils désignent, à grand trait, diverses expressions d'exacerbation du sentiment national. La globalisation est au contraire un concept qui renvoie à des phénomènes contemporains rattachés, symboliquement au passage dans le nouveau millénaire, de circulation transfrontière des technologies, des personnes, des biens, des capitaux. L'unité, si ce n'est la réalité, de ces phénomènes restent fortement discutées, tout particulièrement dans le champ juridique¹.

Pour surmonter ici la difficulté des définitions, on envisagera le questionnement en l'abordant par le problème général que semble poser la mise en rapport des termes qui le composent, à savoir celui des effets possibles, observables ou potentiels, sur le droit constitutionnel de deux mouvements politico-idéologiques répondant à des dynamiques en apparence contradictoires, mais plus vraisemblablement, aujourd'hui, dialectiques.

Le nationalisme porte en effet à défier le droit constitutionnel par ses aspirations au repli national et par les valeurs anti-libérales qu'il peut véhiculer. En France, ce mouvement existe comme dans de nombreux autres Etats. Il se manifeste institutionnellement par la priorité donnée aux politiques migratoires et sécuritaires, même si toutes leurs mesures ne sont pas explicitement justifiées par un élan nationaliste. Il s'exprime plus ouvertement par la voix des partis politiques de droite et d'extrême droite. Ceux-ci n'ayant pas accès aux fonctions gouvernementales, les effets du nationalisme n'ont toutefois pas atteint en France la forme structurelle qu'il connaît dans des Etats aujourd'hui qualifiés de démocraties illibérales comme la Hongrie, la Pologne ou le Brésil.

La globalisation défie pour sa part le droit constitutionnel par les redéfinitions des phénomènes normatifs qu'elle charrie, en particulier par ses aspirations à détacher les normes de régulation sociales et économiques du contrôle étatique. En tant qu'il est traditionnellement associé à l'expression du pouvoir normatif suprême de l'Etat qu'il est en même temps supposé l'encadrer, le droit constitutionnel est soumis, avec la globalisation, à des épreuves, d'une part, de fragilisation de son autorité et, d'autre part, de définition voire d'identité. Autrement dit, la globalisation conduit à envisager le droit constitutionnel autrement que comme un droit de l'Etat.

¹ J.-Y. Chérot, B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

Même ainsi présentés à grands traits, on comprend que nationalisme et globalisation placent les représentations générales du droit constitutionnel et de ses fonctions sous tension. Afin de cerner de façon un peu plus précise les formes que prend cette tension en France, on procèdera par interrogation. Au regard des défis qui lui sont lancés, de quoi le droit constitutionnel français peut-il être le rempart ? Dans quelle mesure a-t-il pu être envisagé de le penser autrement que comme l'expression de volonté suprême de l'Etat ?

I. De quoi la constitution est-elle le rempart?

Comment et dans quelle mesure les expressions protéiformes du pouvoir dont sont porteur les expressions contemporaines du nationalisme et de la globalisation sollicitent-elles le droit constitutionnel français? Nous choisirons de répondre à la question non pas en la considérant dans sa généralité, mais à partir de deux débats politico-juridiques selon nous significatifs des problèmes posés : celui du terrorisme contemporain qui a conduit à vouloir intégrer dans la constitution française des instruments de protection de la nation (A) ; celui des rapports de la constitution avec le droit international et européen qui a porté le Conseil constitutionnel à produire un concept inédit « de règle et principe inhérent à identité constitutionnelle de la France » dont on peut se demander ce qu'il contient et permet exactement (B).

A. Protéger la nation par la constitution ? : nation, nationalisme juridique à l'heure du terrorisme global

Les préoccupations de sécurité nationale ont particulièrement été exacerbées après la vague d'attentats qu'a subi la France entre 2015 et 2017. Jusqu'alors, la portée des exigences sécuritaires au niveau constitutionnel a été laissée à l'appréciation du Conseil constitutionnel. S'il veille à ce que celles-ci ne portent pas d'atteintes manifestement déséquilibrées aux droits et libertés que la constitution garantit, le Conseil reste pour autant réceptif aux politiques de sauvegarde de l'ordre public et de sécurité promues par le législateur depuis plus de trente ans². Et c'est d'ailleurs lui qui a affirmé la valeur constitutionnelle de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public³ auquel il rattache une exigence de « sécurité des personnes et des biens » et de « sécurité publique »⁴.

Pour autant, c'est bien, en partie, par la crainte que le Conseil constitutionnel ne se montre trop libéral qu'aux lendemains du 13 novembre 2015, le Président Hollande estimait « en conscience que nous devons faire évoluer notre Constitution pour permettre aux pouvoirs publics d'agir, conformément à l'Etat de droit, contre le terrorisme de guerre »⁵. Après avis pris auprès du Conseil d'État, un projet de loi constitutionnelle « de protection de la Nation » était en ce sens déposé à l'Assemblée nationale le 23 décembre 2015 proposant deux mesures. La première prévoyait de constitutionaliser le régime de l'état d'urgence. La seconde préconisait d'insérer dans la constitution la possibilité de déchoir de leur nationalité « les binationaux » condamnés pour un crime « constituant une atteinte grave à la vie de la Nation ».

² Voir V. Champeil-Desplats, « L'autonomisation relative des références à la sécurité dans les décisions du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, n° 20, 2018, [<http://juspoliticum.com/article/L-autonomisation-relative-des-references-a-la-securite-dans-les-decisions-du-Conseil-constitutionnel-1240.html>].

³ Décisions DC n° 80-127, 20 janvier 1981, *rec.* 15 ; n° 93-323 du 5 août 1993, *rec.* 213, n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *rec.* 170, n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, *rec.* 31, etc...

⁴ Voir par exemple, décisions 2003-467 DC, 13 mars 2003, *rec.* 211 ; n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, *rec.* 122.

⁵ [Discours du président de la République devant le Parlement réuni en Congrès](#), 16 novembre 2015.

L'exposé des motifs de la loi présente la constitutionnalisation de l'état d'urgence simplement, comme une mesure « nécessaire pour compléter les moyens d'action des forces de sécurité sous le contrôle du juge ». La justification de la possibilité de déchoir de leur nationalité des binationaux est plus étoffée et en dit plus long sur l'importance conférée au sentiment national : « il s'agit pour la communauté nationale de pouvoir décider de sanctionner ceux qui par leurs comportements visent à détruire le lien social. Il en va fondamentalement ainsi pour ceux qui commettent des actes de terrorisme et frappent aveuglément des victimes innocentes, en niant le respect dû à la vie humaine et les valeurs qui sont le fondement de notre Nation. (...) L'élargissement des cas de déchéance de nationalité française contribuera (...) à renforcer la protection de la société française, en permettant notamment de procéder à l'éloignement durable du territoire de la République, par la voie de l'expulsion, des personnes dont le caractère dangereux est avéré par la condamnation définitive dont elles ont fait l'objet et à interdire leur retour sur le territoire ». L'exposé des motifs prend appui sur un avis rendu par le Conseil d'Etat le 11 décembre 2015 expliquant que la déchéance prévue « répond à un objectif légitime consistant à sanctionner les auteurs d'infractions si graves qu'ils ne méritent plus d'appartenir à la communauté nationale ».

Si ce projet et ses termes avaient ses partisans, des partis de droite jusqu'à la majorité gouvernementale à l'époque socialiste, il avait aussi ces opposants, au sein même de cette majorité. Pour beaucoup, la déchéance de nationalité revenait en effet à ce que la constitution française admette que protéger la Nation puisse consister à exclure certains de ses membres, non parce qu'ils sont uniquement terroristes, mais parce qu'ils sont terroristes et binationaux. Etaient ainsi créée une « division des Français en deux catégories »⁶ au mépris des principes d'égalité et de non-discrimination⁷. Cette orientation a conduit la Ministre de la Justice, Christiane Taubira, à choisir de démissionner plutôt que de porter le projet. Finalement, la virulence des débats a conduit à abandonner la procédure de révision constitutionnelle.

De quoi la polémique est-elle révélatrice ?

D'un côté, elle interroge sur la nécessité et l'adéquation de la réponse constitutionnelle face aux enjeux sécuritaires que présentent les formes contemporaines déterritorialisées, et en ce sens globales, du terrorisme. Si le renforcement des législations en matière de lutte contre le terrorisme est observable dans presque tous les Etats occidentaux au moins depuis les attentats du 11 septembre, peu d'Etats ont entrepris de modifier leur constitution sur ces questions. Le gouvernement français a cru bon devoir s'engager dans cette voie, mais il a fini, sous la pression, par y renoncer. Pour de nombreux acteurs associatifs comme institutionnels (Défenseur des droits, Commission nationale consultative des droits de l'homme...), protéger la Nation par un changement de constitution, qui plus est avec la teneur du projet présenté par le gouvernement, n'était pas nécessaire. Pour certains même, le passage par une révision constitutionnelle n'était pas opportun, ni adéquat face aux nouvelles formes que présente le terrorisme. Comme l'a tout particulièrement mis en évidence François Saint-Bonnet, les états d'exception prévus dans le cadre de l'Etat moderne pour répondre à une menace s'inscrivent en effet dans un double ancrage spatial et temporel : un territoire déterminé qu'il s'agit de protéger d'un ennemi identifié ; une réplique limitée dans sa durée. Or le terrorisme contemporain n'est ni spatialement circonscrit - il ne connaît pas les frontières -, ni

⁶ « Contre la constitutionnalisation de la frénésie sécuritaire », *Le Monde* du 21 novembre 2015.

⁷ C. Taubira, *Murmures à la jeunesse*, Paris, Philippe Rey, 2016, p. 33.

temporellement défini : il se veut combattre pour l'éternité⁸. Que peut la constitution, instrument juridique de l'Etat moderne par excellence, contre des attaques qui s'affranchissent des cadres territoriaux de l'Etat-Nation ?

D'un autre côté, si toute référence à la Nation et à la communauté nationale n'est pas l'expression d'un nationalisme, force est de constater que le vocabulaire employé par les défenseurs de l'état d'urgence et du projet de loi constitutionnelle était glissant⁹. L'exposé des motifs et les débats parlementaires n'ont pas manqué de recourir à un registre de l'émotion et de la peur (« l'extrême gravité des faits », « sous le choc de circonstances », « détruire le lien social », « menaces de radicalisation violente et de terrorisme », « frappe[r] aveuglement des victimes innocentes ») et à une rhétorique du rassemblement des Français face à l'ennemi (« protéger la nation contre le terrorisme et le fanatisme [...] est attendu par tous les Français », « tous les Français doivent pouvoir se rassembler autour de cette ambition partagée »). Ils ont également pu faire appel à des valeurs ultimes : « fidélité aux valeurs de la République » ; « la démocratie ne combat pas ceux qui nient ses valeurs en y renonçant ».

Le défi lancé au droit constitutionnel français était alors ici de savoir jusqu'à quel point il pouvait s'accommoder d'un glissement sécuritaire du concept de Nation. Il y a eu dans les débats politiques et juridiques l'expression d'une résistance symbolique encore assez forte pour que le texte constitutionnel ne soit pas rattrapé par des tentations du repli.

B. Quelle identité constitutionnelle ?

La globalisation, comme l'internationalisation du droit, est productrice d'un enchevêtrement complexe de normes. Cet enchevêtrement multi-niveau ne rend pas toujours aisé la détermination des modalités d'articulation entre les normes de droit interne et les normes supra- ou trans-nationales, ni d'ailleurs parfois celle de la juridicité de ces dernières¹⁰. Les conflits normatifs qui en résultent sont en large mesure réglés au cas par cas, *in fine*, par les juges lorsqu'ils en sont saisis.

Pour ce qui est de la France, lesdits juges restent prudents et souvent embrassés à l'égard de sources normatives non produites par les autorités publiques ou relevant d'une normativité régulatrice souple. La Cour de cassation a déjà admis d'examiner le Code de conduite d'une entreprise multinationale, en l'occurrence le « *Code of Business Conduct* » de Dassault Systèmes, qu'elle a déclaré contraire à la législation française sur la protection des données¹¹. Le Conseil d'Etat accueille aussi, dans certaines conditions, les moyens visant à contester devant lui le « droit souple » produit par des autorités de régulations françaises¹². Mais il se heurte à plus de difficultés lorsque les normes proviennent d'autorités non

⁸ F. Saint-Bonnet, « Le terrorisme djihadiste et les catégories juridiques modernes », JCP G 2015, 1348 ; C. Cerda-Guzman, « La Constitution : une arme efficace dans le cadre de la lutte contre le terrorisme ? », *RFDC*, 2008/1, p. 49.

⁹ V. Champeil-Desplats, « Les qualifications de l'état d'urgence par le pouvoir exécutif », in R. Maison, O. Mamoudy, (dir.), *Autour de l'état d'urgence français*, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Colloques et Essais, 2018, pp. 69-88.

¹⁰ Voir B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 2014, pp. 99 et s. ; S. Cassese, *Il diritto globale. Gisutizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino Einaudi, 2009, pp. 32 et s. ; H. Revak, « Corporate Codes of Conducts: Binding Contract or Ideal Publicity? » *Hastings Law Journal*, August 2012, Vol. 63, p. 1645.

¹¹ Cass. Soc., 8 décembre 2009, req. n°08-17.191.

¹² CE, 21 mars 2016, *Fairvesta et Numericable* ; voir L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet « Un recours souple pour le droit souple », *AJDA*, 2016, p. 717.

nationales. En témoigne la récente question préjudicielle adressée à la Cour de justice de l'Union européenne, révélatrice de la complexification des rapports normatifs se présentant devant les juges. Le Conseil d'Etat a en effet été saisi de la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir contre un avis rendu par une autorité de régulation française qui entend se conformer aux orientations d'une autorité de régulation européenne (l'Autorité bancaire européenne) relatives aux modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail, la validité de ces « orientations » étant aussi contestée par les requérants¹³. La validité d'un acte de droit souple européen ne pouvant être apprécié que par la Cour de Justice de l'Union européenne, celle-ci a donc été saisie par le Conseil d'Etat. Sa réponse est attendue.

Il y a, avec le droit européen et les ramifications sophistiquées de ses sources, l'illustration d'un cas-limite significatif de la façon dont les ordres juridiques nationaux sont sollicités par de nombreuses formes de normativités supra-ou trans-nationales, les intègrent et en posent des bornes. A l'égard du droit de l'Union européenne, c'est précisément au niveau constitutionnel que l'on trouve l'affirmation de ces bornes. Leur portée est précisée par le Conseil constitutionnel et, le cas échéant, par le Conseil d'Etat.

Les traités relatifs à l'organisation de l'Union Européenne sont ainsi soumis au contrôle classique de constitutionnalité des engagements internationaux. Le Conseil constitutionnel exige que lorsqu'« un engagement international contient une clause contraire à la constitution, met en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de le ratifier appelle une révision constitutionnelle »¹⁴. En cas d'inconstitutionnalité, l'Etat français reste en principe maître de sa réaction : soit il ne ratifie pas l'engagement international, soit il émet des réserves à l'égard des dispositions concernées, soit il choisit de modifier en conséquence la constitution. Dans le cas de l'Union européenne toutefois, ce choix est amplement réduit par les enjeux politiques et économiques. Jusqu'à présent, la France a toujours procédé aux révisions constitutionnelles rendues nécessaires pour ratifier les traités de l'Union.

Plus complexe est la question des limites constitutionnelles posées à l'application des actes de droit dérivé. Selon le Conseil constitutionnel, les lois de transposition des directives européennes ne peuvent être déclarées contraires à la constitution que dans la stricte hypothèse où elles contreviennent à une « règle ou à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »¹⁵. Le Conseil d'Etat adopte une position similaire et rappelle de façon générale que « le principe de primauté issu du droit communautaire ne saurait conduire dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution »¹⁶.

Face à la multiplication et à la diversification des normes supra-nationales, l'affirmation de la suprématie du droit constitutionnel dans l'ordre interne apparaît donc comme un ultime rempart juridique, réduit aux atteintes à l'identité constitutionnelle de la France lorsque ces normes prennent la forme particulière de directives produites par l'Union européenne. Reste alors une question essentielle : à quoi permet concrètement de s'opposer l'énoncé de ces limites ?

¹³ CE, 4 décembre 2019, n° 415550.

¹⁴ Décision n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005.

¹⁵ Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006 ; voir également, Conseil constitutionnel, décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004.

¹⁶ CE, 3 décembre 2001, *Syndicat National des Industries Pharmaceutiques*, req n° 226514.

On l'a évoqué, pour le moment, les déclarations d'inconstitutionnalité des dispositions d'engagements internationaux, et surtout celles relatives aux traités de l'Union européenne, ont toutes données lieu à des révisions constitutionnelles, à l'exception notable de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires¹⁷. Les conséquences d'un défaut de ratification de certains engagements internationaux signés sont en effet souvent telles que l'Etat français se trouve politiquement contraint de procéder à une révision de sa constitution. S'agissant plus particulièrement du contrôle de constitutionnalité des normes de transpositions des actes de droit dérivé de l'Union européenne, les juges nationaux ont jusqu'à présent tout fait pour éviter ou minimiser les conflits. Aucun principe opposé aux lois de transposition d'une directive européenne n'a été qualifié d'inhérent à l'identité constitutionnelle de la France. Si on ne sait donc pas de quoi cette identité est composée, on sait en revanche de quoi elle ne l'est pas. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont ainsi estimé que ni la liberté d'entreprendre, ni la liberté d'expression et de communication, ni le principe d'égalité, ni la liberté contractuelle ne constituaient une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France susceptibles de faire obstacle à la transposition d'une directive européenne¹⁸. Parallèlement, le Conseil d'Etat s'est engagée dans une interprétation conciliante des principes constitutionnels avec ceux énoncés au sein de l'Union européenne. Il a notamment présupposé que le principe d'égalité inscrit dans la Constitution française équivalait au principe d'égalité inscrit dans l'ordre juridique de l'Union¹⁹.

La volonté de passer outre les dissonances entre les ordres juridiques est donc patente, au point que certains doutent que des conflits majeurs n'éclatent entre l'ordre juridique national et européen²⁰. Ce cas-limite des rapports avec l'Union européenne interroge en tout cas sur le poids que peut encore avoir le droit constitutionnel étatique face aux normes supra-, voire trans-nationales. Concernant les engagements internationaux ou européens jugés inconstitutionnels, plutôt que de les abandonner, la voie choisie est plutôt celle, soit par interprétation, soit par révision, d'aménager la constitution pour qu'elle soit rendue compatible avec ceux-ci. S'agissant du droit dérivé, seule une atteinte à une partie congrue du droit constitutionnel, celle exprimant l'identité constitutionnelle de la France, reste opposable. Enfin, face aux modes multiformes d'expression des normativités globales, le Conseil constitutionnel, en l'état de sa compétence, ne peut rien. Seuls peuvent en être saisis les juges judiciaires et administratifs. Mais encore faut-il qu'il le soit et qu'il soit aussi en mesure de se prononcer sur leur constitutionnalité.

Confronté aux tentations nationalistes comme aux expressions normatives diffuses reliées à la globalisation, il est possible que le droit constitutionnel français n'apparaisse finalement que comme un rempart de papier... à moins de pouvoir le penser autrement que par son aspect contentieux et sa dimension formelle, ce qui fait encore aujourd'hui quelque peu défaut dans la doctrine juridique française.

II. Penser le droit constitutionnel autrement ?

Comment penser le droit constitutionnel dans un contexte de globalisation de la production normative ? En France, plus particulièrement encore depuis le développement de

¹⁷ Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999.

¹⁸ CC, n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006 ; n° 2018-761 DC, 21 mars 2018 ; n° 2018-768 DC, 26 juillet 2018 ; CE, 21 février 2018, req. n°410678.

¹⁹ CE, 3 juin 2009, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, req. n°287110.

²⁰ Voir S. Pinon, « Les démêlés du juge constitutionnel et du juge administratif avec le principe de 'primauté' du droit communautaire », *AJDA*, n° 20, 2008, p. 1078.

l'activité du Conseil constitutionnel, le droit constitutionnel fait l'objet d'un mode de définition essentiellement formel, fondé sur sa place dans la hiérarchie des normes. Il est en outre étroitement associé à l'expression de la souveraineté de l'Etat (A). La montée en puissance d'organisations internationales intégrées, entre autres l'Union européenne, ainsi que le développement de la production normative d'acteurs transnationaux ont conduit à penser l'idée de constitution sur un plan matériel et détachée de ses liens à l'Etat. Cette voie faiblement investie par la doctrine française présente néanmoins son lot de difficultés (B).

A. La prégnance d'un format étatique du droit constitutionnel

Les liens entre le terme « constitution » et la forme d'organisation du pouvoir qu'est l'Etat se sont noués progressivement. Le terme « constitution » est en effet d'abord né en dehors du champ politique et des cadres conceptuels qui se rapportent à l'Etat. Comme le rappelle Olivier Beaud : « A l'origine, le terme de constitution qui vient du latin *constitutio*, renvoie tantôt aussi bien à la médecine (où il décrit l'idée d'état, d'ordre ou d'organisation d'un tout), qu'au droit où il désigne à la fois un ensemble de textes pontificaux ou monastiques et un acte de procédure ou d'établissement d'un acte authentique ». L'auteur précise : « Pour ce qui concerne le cas particulier de la France, il est avéré que le mot même de constitution, employé sans qualificatif, n'a pendant longtemps pas eu de réelle signification politique »²¹.

L'émergence du sens politique du mot « constitution » est datée au début du XVIII^{ème} siècle mais elle ne conduit pas immédiatement à l'associer au concept d'Etat. C'est plutôt à ceux de Nation ou de gouvernement qu'on le trouve rapporté. Les expressions « constitution de la Nation », « constitution de la République », « constitution monarchique », « constitution du peuple » et, surtout, « constitution du gouvernement » (entendu au sens large et matériel d'action de gouverner) sont les plus fréquentes. Et, lorsque l'Etat est évoqué, les concepts de Nation ou de gouvernement ne sont jamais très loin²².

La rencontre entre le concept politique de constitution et celui d'Etat, que cristallise la diffusion des expressions « constitution de l'Etat » ou « constitution d'Etat », ne s'est donc pas imposée d'emblée. Elle procède d'une transformation progressive du sens du mot « constitution » qui a fini par désigner une forme d'encadrement juridique spécifique des pouvoirs de l'Etat. Hans Kelsen a sans doute porté le plus loin l'association des concepts d'Etat et de constitution, en présentant la constitution comme l'« acte constitutif » de l'Etat : « à travers les multiples transformations qu'elle a subies, la notion de constitution a conservé un noyau permanent : l'idée de principe suprême déterminant l'ordre étatique tout entier et l'essence de la communauté constituée par cet ordre. De quelque façon qu'on définisse la Constitution, c'est toujours le fondement de l'Etat (...), c'est la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques »²³.

²¹ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *Jus Politicum*, n° 3, <http://juspoliticum.com/L-histoire-du-concept-de.html>, pdf, p. 8 ; voir aussi J.-M. Denquin, « L'objet du droit constitutionnel : Etat, Constitution, Démocratie », in D. Chagnollaud, M. Troper (eds.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, t. 1, pp 51-53.

²² Voir par exemple Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, tout particulièrement le livre XI.

²³ H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », Paris, Giard, 1928, §2.

Cette approche de la constitution comme acte suprême d'un ordre juridique étatique a imprégné une grande partie de la doctrine française jusqu'à aujourd'hui²⁴. Pour Raymond Carré de Malberg par exemple, la constitution est la « condition absolue et la base même de l'Etat » ; « La naissance de l'Etat coïncide avec l'établissement de sa première constitution, écrite ou non, c'est-à-dire avec l'apparition du statut qui pour la première fois a donné à la collectivité des organes assurant l'unité de sa volonté et faisant d'elle une personne étatique »²⁵.

Cette conception est largement reprise par les organes étatiques. On en trouve l'une des plus remarquables expressions dans la décision du Conseil constitutionnel relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe²⁶. Le Conseil y dénie en effet le caractère authentiquement constitutionnel du « traité international souscrit par les Etats signataires » précisément parce que ses règles d'entrée en vigueur, de révision et de dénonciation sont celles d'un engagement international, et non l'expression d'un acte constitutif d'un Etat. Il s'appuyait également sur l'article I-5 du Traité qui prévoyait que « L'Union respecte l'égalité des Etats devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » pour conclure que la dénomination « Constitution » « est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne ». Autrement dit, l'Union européenne n'est pas un Etat et sa « Constitution » n'en est pas une.

Sortir de ce schéma suppose de penser les conditions de dissociation conceptuelle entre l'Etat et la constitution. Les discussions autour du Traité établissant une Constitution pour l'Europe ont constitué un moment privilégié pour les envisager. Le moment plus contemporain du constitutionnalisme global l'est aussi. Toutefois, la doctrine constitutionnaliste française n'a pas été à la pointe des débats internationaux sur ces questions. Même si plusieurs travaux ont progressivement vu le jour, ils présentent souvent une tonalité dubitative et critique²⁷.

B. Les hypothèses prudentes d'un droit constitutionnel matériel hors l'Etat

Pour prendre l'hypothèse de l'existence d'un droit constitutionnel hors l'Etat au sérieux, un changement de regard semble nécessaire. Les auteurs français contemporains qui ont entrepris de se détacher d'une approche strictement étatique du concept de constitution se sont souvent appuyés sur la littérature allemande²⁸. Olivier Beaud trouve ainsi dans les travaux de

²⁴ Voir O. Jouanjan, « Ce que 'donner une constitution à l'Europe' veut dire », *Cités*, 13, 2003, pp. 25 et s. ; O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, pp. 208 et s. ; F. Rouvillois, *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*, Paris, Flammarion, « Champs-Universités, 2002, p. 101.

²⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920), t.1, rééd. CNRS, 1962, p. 65 ; voir aussi par exemple, G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », in *Etudes offertes à Achilles Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 57.

²⁶ Décision n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004.

²⁷ Voir notamment M. Xifaras, « Après les théories générales de l'État : le droit global », *Jus Politicum*, n° 8, 2012 ; voir aussi le dossier « Constitutionnalisme global », *Jus politicum* (janvier 2018), <http://juspoliticum.com/article/Le-constitutionnalisme-global-quels-espaces-pour-la-discussion-1211.html> ; S. Pinon, « Les visages cachés du constitutionnalisme global », *RFDC*, 2016/4 n°108, p. 927 ; G. Tusseau, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », in J.-Y. Chérot, B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation, op. cit.*, p. 182.

²⁸ O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat », *op. cit.* ; O. Jouanjan, « Ce que 'donner une constitution à l'Europe' veut dire », *op. cit.*

Reinhart Koselleck²⁹ une conception structurelle de la constitution conçue comme un mode de structuration du pouvoir, quels que soient le cadre d'exercice et les formes d'expression de celui-ci. L'historien allemand déplore alors la réduction « de l'histoire constitutionnelle à l'histoire de la 'constitution de l'Etat' (*Staatsverfassung*) »³⁰ et invite « les historiens du droit à étendre le champ de leur objet et à étudier parallèlement aux constitutions étatiques le droit qui se rapporte à la société (droit privé, droit économique ou droit du travail) et aux rapports entre Etat et société civile, afin de jeter un pont 'entre l'histoire du droit prémoderne et l'histoire constitutionnelle moderne' ». Il s'agit alors d'« intégrer dans une telle étude l'histoire aussi bien 'pré-étatique que post-étatique' »³¹. Cette proposition a notamment nourri chez Olivier Beaud une théorie « désétatisé de la Fédération »³², où une telle Fédération n'en aurait pas moins une constitution³³.

Cette approche n'est pas la seule possible. D'autres auteurs ont aussi donné corps à l'idée de constitution – ou plutôt de constitutionnalisation – hors l'Etat en observant la portée et les effets du développement des décisions des Cours constitutionnelles et des Cour européenne des droits de l'homme, Cour interaméricaine des droits de l'homme et Cour de Justice de l'Union européenne. Le poids moral et juridique conféré aux droits de l'homme a pu porter à se demander si ceux-ci n'avaient pas « constitutionnalisé le monde »³⁴. La réflexion a aussi gagné en France le niveau international. Certains sont prêts, en héritiers de Georges Scelle, à affirmer la possibilité d'une « constitution internationale »³⁵, au moyen de trois principaux arguments à l'appui : 1°) « La Constitution est inhérente au concept de Droit » et, réciproquement, il n'y aurait pas de « Droit sans Constitution » ; 2°) la canalisation du pouvoir se concrétiserait par « la réalisation des fonctions constitutionnelles internationales » (les fonctions législatives, exécutives et juridictionnelles) ; 3°) La Constitution n'est pas forcément écrite³⁶.

Une telle représentation de la constitution internationale demeure encore toutefois fortement ancrée dans l'appareillage conceptuel de l'Etat. Non seulement les « fonctions constitutionnelles internationales » s'apparentent aux fonctions étatiques (législatives, exécutives, juridictionnelles) mais, en outre, l'idée constitutionnelle est ici essentiellement promue pour encadrer les rapports interétatiques. Une étape supplémentaire exigerait de penser « une constitution du monde »³⁷ ou un constitutionnalisme global qui couvrirait tout type de rapports de pouvoir, aussi bien les rapports classiques entre l'Etat et les individus ou entre les Etats eux-mêmes que ceux se développant entre les Etats et les organisations

²⁹ Voir R. Koselleck, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Suhrkamp, 2007, pp. 365-401, cité in O. Beaud, *op. cit.* p. 2.

³⁰ O. Beaud, *op. cit.*

³¹ *Ibid.*, p. 3.

³² O. Jouanjan, « Ce que 'donner une constitution à l'Europe' veut dire », *op. cit.*, p. 30.

³³ O. Beaud, *Théorie de la fédération*, Paris, PUF, 2009.

³⁴ S. Hennette-Vaucher, J.-M. Sorel, (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisé le monde?*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

³⁵ Voir O. De Frouville, « Le paradigme de la constitutionnalisation vu du droit international », in S. Hennette-Vaucher, J.-M. Sorel, *op. cit.*, p. 198.

³⁶ Voir O. De Frouville, *op. cit.*, p. 200.

³⁷ A Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, Latera, 1994. ; voir aussi M. Loughin, N. Walker (eds.), *The paradox of constitutionalism : constituent power and constitutional form*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

internationales, les Etats et les entreprises multinationales, les entreprises multinationales et les individus...³⁸.

C'est ce stade de la réflexion que les juristes français ont le moins investi et, ceci explique peut-être cela, sur lequel ils se montrent le plus souvent critiques³⁹.

Dans la mesure en effet où le concept de constitution est appelé à qualifier des formes très hétérogènes d'encadrement du pouvoir, certains peuvent craindre une « dislocation » de l'idée constitutionnelle⁴⁰. S'il ne s'agit pas forcément de défendre l'existence d'un supposé vrai sens du mot « constitution », le problème reste de déterminer les retombées heuristiques et conceptuelles de son extension. Les réflexions que Georges Burdeau menait dans un tout autre cadre trouvent ici une résonance particulière : « Le pluralisme conduit à la relativité des normes constitutionnelles qui ne sont plus que des recettes appréciées ou discréditées selon les circonstances. La notion de Constitution prend alors un caractère de fluidité où elle se dissout. [Or], il n'y a de Constitution qu'en fonction d'une option politique ferme »⁴¹.

L'hypothèse d'une constitutionnalisation en dehors de l'Etat interroge aussi sur les fins poursuivies ainsi que sur l'adéquation des moyens envisagés pour les atteindre. A ce stade, on raisonnera essentiellement par questions. Que recherche-t-on exactement lorsqu'on envisage la perspective d'une constitutionnalisation qui s'étendrait à des relations se détachant du cadre étatique? « Est-ce bien une constitutionnalisation que l'on recherche, ou est-ce un simple agencement des normes de manière à parvenir à un ordre juridique »⁴²? Est-ce bien une constitutionnalisation ou un mode de régulation efficace à l'égard de nouveaux acteurs qui défient tout ordre de contrainte auquel ils n'auraient pas directement consenti ? Ou encore : dans quelle mesure est-il nécessaire de passer par la « case constitutionnelle »⁴³ qui s'est imposée comme un moment fondateur de la construction des Etats modernes pour penser l'encadrement de comportements d'acteurs qui échappent en grande partie à ces derniers? Enfin, en pensant la constitutionnalisation « par analogie avec le droit constitutionnel des Etats-Nations »⁴⁴ ne s'enferme-t-on pas dans des représentations classiques, devenues inadéquates, de nouvelles formes de pouvoir? En tentant d'appréhender celles-ci au moyen de concepts pluriséculaires forgés dans une cadre stato-centré ne risque-t-on pas de passer à côté d'une occasion historique de renouvellement en profondeur – pour ne pas dire paradigmatique – des cadres théoriques et des modes de conceptualisation de la pensée juridique?

L'inventivité qui est à l'œuvre pour établir de nouvelles formes de pouvoir constitue alors un défi non seulement pour les vieux pouvoirs et ses formes d'encadrement juridique,

³⁸ Voir J. P. Robé, A. Lyon-Caen, S. Vernac (dir.), *Constituzionalisation of the world power system*, Oxford, Routledge, 2016.

³⁹ Voir notamment M. Xifaras, « Après les théories générales de l'État : le droit global », *Jus Politicum*, n° 8, 2012 ; M. Altwegg-Boussac « Le constitutionnalisme global, quels espaces pour la discussion ? », *Jus Politicum*, n° 19 ; M.-C. Ponthoreau, « 'Global Constitutionalism', un discours doctrinal homogénéisant. L'apport du comparatisme critique », *Jus Politicum*, n° 19 ; S. Pinon, « Les visages cachés du constitutionnalisme global », *RFDC*, 2016/4 n°108, p. 927 ; G. Tusseau, « Un chaos conceptuel qui fait sens : la rhétorique du constitutionnalisme global », *op. cit.*, p. 182.

⁴⁰ M. Barberis, *Stato Costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi editore, 2012, p. 21.

⁴¹ G. Burdeau, « Une survivance : la notion de Constitution », in *Etudes offertes à Achilles Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p. 60.

⁴² J. M. Sorel, « Le côté obscur de la force », in S. Hennette-Vauchez, J.-M. Sorel, *op. cit.*, p. 221.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ G. Teubner, « Réflexions sur la constitutionnalisation du système-monde de pouvoirs », Journée d'étude du groupe de recherche « constitutionnalisation du système monde de pouvoir », Collège des Bernardins, conférence, 28 juin 2013.

mais aussi pour ceux qui entreprennent de les saisir et de les comprendre. Rappelons qu'entre l'émergence de la forme « Etat » et la pensée de sa limitation par le constitutionnalisme moderne, près de deux siècles se sont écoulés. Faisons alors preuve d'enthousiasme à l'égard du travail qui attend la pensée juridique à défaut de l'être autant sur les phénomènes qui la défient.